

ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

Respaldo 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 de las Comunidades Autónomas. Dicho reconocimiento quedó refrendado por el CINDOC del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

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.

Las pruebas que el Anuario envíe al autor deberán ser corregidas y enviadas por éste en un plazo no mayor a diez días a partir de su fecha de recepción. Las correcciones que el autor haga sólo podrán referirse a detalles de forma, por lo que no se aceptarán modificaciones de fondo o derivadas de los cambios legislativos ocurridos con posterioridad a la fecha del envío del original a la revista. De no devolverse las pruebas en el plazo indicado se entenderá que éstas han sido aceptadas.

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 2007: 105 € CADA TOMO
PRECIO AÑO 2008 110,00 €
PRECIO AÑO 2009 115,00 €
PRECIO AÑO 2010 120,00 €

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 X

Iprolex
2010

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

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

Juan Antonio Carrillo Salcedo
Catedrático de Derecho internacional público
de la Universidad de Sevilla

Marc Fallon
Professeur ordinaire à l'Université
Catholique de Louvain

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

Leonel Pereznieta 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

Santiago Álvarez González (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Santiago de Compostela); **Juan José Álvarez Rubio** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad del País Vasco); **Rafael Arenas García** (Catedrático de Derecho internacional privado 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 Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid); **Carlos A. Esplugues Mota** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia); **Federico F. Garau Sobrino** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de las Islas Baleares); **Francisco J. Garcimartín Alférez** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid); **Cristina González Beilfuss** (Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona); **Alejandro Garro** (Professor of Law, Columbia Law School); **Toshiyuki Kono** (Professor of Faculty of Law, Universidad de Kyushu, Fukuoka/Japón); **Stefan Leible** (Catedrático de Derecho privado, Derecho internacional privado y Derecho comparado, Universität Bayreuth); **Pedro Martínez Fraga** (DLA Piper, Miami, USA); **Guillermo Palao Moreno** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia); **Pilar Rodríguez Mateos** (Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo).

Secretaria

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

Redactores

Elena Artuch Iriberry (Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid); **M^a Victoria Cuartero Rubio** (Letrada del Tribunal Constitucional); **Fernando Esteban de la Rosa** (Profesor Titular de la Universidad de Granada); **Julio García López** (Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Katia Fach Gómez** (Profesora Titular de la Universidad de Zaragoza); **Miguel Garderías Santiago** (Profesor Titular de la Autónoma de Barcelona); **Pilar Jiménez Blanco** (Profesora Titular de la Universidad de Oviedo); **Aurelio López-Tarruella Martínez** (Profesor Titular de la Universidad de Alicante); **Cristian Oró Martínez** (Investigador Postdoctoral de la Universitat Autònoma de Barcelona); **Carmen Otero García-Castrillón** (Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Marta Requejo Isidro** (Profesora Titular de la Universidad de Santiago de Compostela) y **Benedetta Ubertazzi** (Università IULM di Feltre).

Comité evaluador de la calidad científica*

Paloma Abarca Junco (Catedrática de Derecho internacional privado de la Uned); **Pilar Blanco-Morales y Limones** (Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Extremadura); **Alegría Borrás Rodríguez** (Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona); **Alfonso Luis Calvo Caravaca** (Catedrático de Derecho internacional privado 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 Derecho internacional privado de la Universidad de Alicante); **José M^a Espinar Vicente** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Alcalá de Henares); **Carlos Aurelio Esplugues Mota** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia); **Luis Fernández de la Gándara** (Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid); **Joaquín-Joan Forner Delaygua** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona); **M^a Paz García Rubio** (Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela); **Luis Garau Juaneda** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de las Islas Baleares); **Mónica Guzmán Zapater** (Catedrática de Derecho internacional privado de la Uned); **José Luis Iglesias Buhigues** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia); **Antonio Ortiz-Arce de la Fuente** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid); **José Manuel Otero Lastres** (Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Alcalá de Henares); **Elisa Pérez Vera** (Magistrada del Tribunal Constitucional); **José Picón Martín** (Notario de Madrid); **Andrés Rodríguez Benot** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla); **Juan Sánchez Calero Guilarte** (Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid); **Ignacio Solís Villa** (Notario de Madrid); **Blanca Vilá Costa** (Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Ramón Viñas Farré** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona); **Miguel Virgós Soriano** (Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid); **Elena Zabalo Escudero** (Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Zaragoza); **Francisco Javier Zamora Cabot** (Catedrático de Derecho internacional privado 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

Álvarez González, Santiago
Álvarez Rubio, Juan José
Amandi Rendueles, Raquel
Añoveros Terradas, Betraiz
Arenas García, Rafael
Asami, Etsuko
Bergé, Jean-Sylvestre
Borrás, Alegía
Boutin I., Gilberto
Caro Gándara, Rocío
Cordero Álvarez, Clara Isabel
Dávalos Fernández, Rodolfo
De Dios Marcer, Josep María
De Miguel Asensio, Pedro A.
Elvira Benayas, María Jesus
Espiniella Menéndez, Ángel
Fernández Pérez, Ana
Fernández Rozas, José Carlos
Font i Segura, Albert
Forner Delaygua, Joaquim J.
Fuentes Camacho, Victor
Fuentes, Mónica
Garau Sobrino, Federico F.
Gardenes Santiago, Miguel
Gayán Rodríguez, Eloy
González Beilfuss, Cristina
Guzmán Peces, Monserrat
Hellner, Michael
Herranz Ballesteros, Mónica
Hsu, Yao-Ming

Iruretagoiena Agirrezabalaga, Íñigo
Jacquet, Jean-Michel
Jiménez Blanco, Pilar
Lafuente Sánchez, Raúl
Lara Aguado, Ángeles
Magallón Elósegui; Nerea
Marchal Escalona, Nuria
Medina Ortega, Manuel
Michinel Álvarez, Miguel-Ángel
Guzmán Zapater, Mónica
Miquel Sala, Rosa
Nagi, Csongor István
Orejudo Prieto de los Mozos, Patricia
Oró Martínez, Cristian
Palazón Garrido, María Luisa
Paredes Pérez, José Ignacio
Patterson Hernández, Mariela
Pérez Milla, Javier
Requejo Isidro, Marta
Rodríguez Mateos, Pilar
Rodríguez-Uría Suárez, Isabel
Rühl, Giesela
Sáez Crespo, Ana María
Saldoval Sahik, Darío A.
Salvadori, Margherita
Sánchez Lorenzo, Sixto A.
Sánchez-Calero, Juan
Santos i Arnau, Lidia
Staath, Claire
Ubertazzi, Benedetta

SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

Jean-Michel JACQUET

LA APLICACIÓN DE LAS LEYES DE POLICÍA EN MATERIA DE CONTRATOS
INTERNACIONALES 35-48

Jean-Sylvestre BERGÉ

EL DERECHO EUROPEO ANTE LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO APLICA-
BLE A LAS RELACIONES INTERNACIONALES: LA MIRADA DEL INTER-
NACIONALPRIVATISTA 49-68

Manuel MEDINA ORTEGA

EL DERECHO PATRIMONIAL EUROPEO EN LA PERSPECTIVA DEL PROGRAMA
DE ESTOCOLMO 69-90

Giesela RÜHL

LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO 91-120

Rosa MIQUEL SALA

EL FRACASO DE LA ELECCIÓN DEL DERECHO A LA LUZ DEL REGLAMENTO
ROMA I Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES 121-154

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

EL IDIOMA DEL CONTRATO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 155-182

Benedetta UBERTAZZI

DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMPETENCIA EXCLUSIVA (POR
RAZÓN DE LA MATERIA); ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVA-
DO Y PÚBLICO 183-257

Marta REQUEJO ISIDRO

LITIGACIÓN CIVIL INTERNACIONAL POR ABUSOS CONTRA DERECHOS
HUMANOS. EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNA-
CIONAL 259-300

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ INCIDENCIA DE LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL EN SU RESIDENCIA FISCAL	301-317
Miguel-Ángel MICHINEL ÁLVAREZ INVERSIONES EXTRANJERAS Y SOSTENIBILIDAD	319-338
Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ EFECTOS EN ESPAÑA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN LLEVADA A CABO EN EL EXTRANJERO	339-377
Michael HELLNER EL FUTURO REGLAMENTO DE LA UE SOBRE SUCESIONES. LA RELACIÓN CON TERCEROS ESTADOS	379-395
Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS EL ACUERDO FRANCO-ALEMÁN INSTITUYENDO UN RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL COMÚN	397-416
Rocío CARO GÁNDARA (DES)CONFIANZA COMUNITARIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS: AL- GUNAS CLAVES PARA EL DEBATE	417-439
Beatriz AÑOVEROS TERRADAS LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA EN EL DERE- CHO INTERNACIONAL PRIVADO	441-469
José Ignacio PAREDES PÉREZ LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA LEY APLICA- BLE AL ESTATUTO FAMILIAR	471-490
Montserrat GUZMÁN PECES ¿HACIA UN DERECHO DISPOSITIVO EN MATERIA DE ESTATUTO PERSONAL Y FAMILIAR?. REFLEXIONES A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL	491-510
Csongor István NAGY EL DERECHO APLICABLE A LOS ASPECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMO- NIO: LA LEY RECTORA DEL MATRIMONIO EMPIEZA DONDE EL AMOR ACABA	511-529
Gilberto BOUTIN I. EL FIDEICOMISO-TESTAMENTARIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRI- VADO PANAMEÑO Y COMPARADO	531-546

Rafael ARENAS GARCÍA

CONDICIONANTES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERTERRITORIAL ESPA- ÑOL ACTUAL: DESARROLLO NORMATIVO, FRACCIONAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN Y PERSPECTIVA EUROPEA	547-593

Juan José ÁLVAREZ RUBIO

HACIA UNA VECINDAD VASCA: LA FUTURA LEY DE DERECHO CIVIL VASCO .	595-614

Javier PÉREZ MILLA

UNA PERSPECTIVA DE RENOVACIÓN Y DOS PARÁMETROS DE SOLUCIÓN EN LOS ACTUALES CONFLICTOS INTERNOS DE LEYES ESPAÑOLAS	615-637

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ

LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE SUCESIONES Y TESTAMENTOS Y SU POSIBLE APLICACIÓN AL DERECHO INTERREGIONAL: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS	639-665

VARIA

Yao-Ming HSU

LOS NUEVOS CÓDIGOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE CHINA Y TAIWÁN DE 2010-ESPECIAL REFERENCIA A LA MATERIA DE FAMILIA	669-689

Etsuko ASAMI

LA LEY JAPONESA SOBRE LAS NORMAS GENERALES DE APLICACIÓN DE LAS LEYES (LEY 78/2006 DE 21 DE JUNIO)	691-705

María Jesús ELVIRA BENAYAS

MATRIMONIOS FORZOSOS	707-715

Claire STAATH

LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COMO FUNDAMENTO DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL REPUDIO ISLÁMICO	717-729

Mónica GUZMÁN ZAPATER

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y NACIMIENTO EN EL EXTRANJERO: HACIA UN MODELO DE REGULACIÓN (SOBRE LA INSTRUCCIÓN DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010)	731-743

Juan SÁNCHEZ-CALERO y Mónica FUENTES

LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES Y LOS TRABA- JOS PREPARATORIOS DE LA <i>EUROPEAN MODEL COMPANY ACT</i> (EMCA)	745-758

Iñigo IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA

LOS APPRI EN LA UNIÓN EUROPEA POST-LISBOA 759-791

FOROS INTERNACIONALES

Alegría BORRÁS

LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS I A DOMICILIADOS EN
TERCEROS ESTADOS: LOS TRABAJOS DEL GRUPO EUROPEO DE DE-
RECHO INTERNACIONAL PRIVADO 795-814

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO

ESTRATEGIAS DE LA OHADAC PARA LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO
COMERCIAL EN EL CARIBE 815-828

Margherita SALVADORI

EL CONVENIO SOBRE ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO Y EL REGLA-
MENTO BRUSELAS I: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PROCEDI-
MIENTOS PARALELOS 829-844

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ

LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2010- MAYO 2011 .. 845-865

TEXTOS LEGALES

UNIÓN EUROPEA

REGLAMENTOS

Reglamento (UE) n° 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de marzo de 2010 por el que
se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) n°
562/2006 por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración 869

Reglamento (UE) n° 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 2010 por el que
se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo 869

Reglamento (UE) n° 541/2010, de 3 de junio de 2010, por el que se modifica el Reglamento (CE)
n° 1104/2008, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de
Información de Schengen de segunda generación (SIS II)..... 870

Reglamento (UE) n° 542/2010, de 3 de junio de 2010, por el que se modifica la Decisión 2008/839/JAI,
sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información
de Schengen de segunda generación (SIS II) 870

Reglamento(UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una
cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial 871

DIRECTIVAS

Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (Versión refundida)	878
Directiva 2010/64 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de octubre relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales	879

LEGISLACION ESPAÑOLA**Disposiciones generales**

Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista	881
Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria	882
Real Decreto 247/2010, de 5 de marzo, por el que se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio	882
Ley Orgánica 3/2010, de 10 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y complementaria a la Ley para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso por la Comisión de infracciones penales	884
Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso	885
Nota de Pilar JIMÉNEZ BLANCO	896
Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual	903
Nota de Miguel-Ángel MICHINEL ÁLVAREZ	905
Real Decreto 459/2010, de 16 de abril, por el que se regulan las condiciones para el reconocimiento de efectos profesionales a títulos extranjeros de especialista en Ciencias de la Salud, obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea	907
Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo ..	907
Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	907
Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital	910
Nota de Rafael ARENAS GARCÍA	917
Real Decreto 1002/2010, de 5 de agosto, sobre expedición de títulos universitarios oficiales	922
Nota de José M ^a DE DIOS MARCER	925
Real Decreto 1737/2010, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles	926

Comunidades Autónomas**COMUNIDAD DE CATALUÑA**

Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum.....	927

Nota Lidia SANTOS I ARNAU	927
Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia	932
Nota de Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS	934

COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA

Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra	935

CONVENIOS INTERNACIONALES

Multilaterales

Convenio de La Haya de 19 de octubre de 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	937
Nota de Pilar RODRÍGUEZ MATEOS	946
Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, hecho en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.....	950
Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, hecho en Ginebra el 20 de diciembre de 1996	950
Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999.....	951
Nota de Ana M. SÁEZ CRESPO	951
Convenio relativo a la expedición de certificados de nacionalidad (Convenio de la Comisión Internacional del Estado Civil, nº 28), hecho en Lisboa el 14 de septiembre de 1999.....	956
Nota de Eloy GAYÁN RODRÍGUEZ	959
Convenio Civil sobre la Corrupción (nº 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999	961
Nota de Ana M. SÁEZ CRESPO	965
Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001	971

Bilaterales

ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL

Protocolo adicional al Convenio de cooperación judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Colombia, de 29 de mayo de 1997, hecho en Madrid el 12 de julio de 2005	977
Convenio entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos sobre la asistencia judicial mutua en materia penal, hecho en Madrid el 24 de noviembre de 2009	981

ELECTORALES

Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia, sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid el 5 de febrero de 2009	981
Canje de Notas, de fecha 6 de febrero de 2009, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Perú sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada pa-	

ís residentes en el territorio del otro	983
Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Quito el 25 de febrero de 2009	983
Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Islandia sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid y París el 31 de marzo de 2009	983
Canje de Notas, de 12 de mayo de 2009, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro	984
Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Paraguay sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid y Asunción el 13 de mayo de 2009	984
Acuerdo entre el Reino de España y Nueva Zelanda sobre participación en determinadas elecciones de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Wellington el 23 de junio de 2009	984
Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y el Estado Plurinacional de Bolivia sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2009	984
EXTRADICIÓN	
Convenio de extradición entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos, hecho en Madrid el 24 de noviembre de 2009	984
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 Filipinas 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 Manila el 24 de marzo de 2009	984
RECONOCIMIENTO DEL TÍTULOS	
Acuerdo en materia de acceso a la universidad entre el Reino de España y el Principado de Andorra, hecho en Madrid el 4 de mayo de 2010	985
TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS	
Convenio entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos relativo al traslado de personas condenadas, hecho en Madrid el 24 de noviembre de 2009	986

JURISPRUDENCIA

Dirección: José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

ADOPCIÓN

EFFECTOS EN ESPAÑA DE LAS ADOPCIONES CONSTITUIDAS POR AUTORIDADES EX- TRANJERAS	
2010/1.– AP Barcelona, Sección Decimoctava, Auto nº 3/2010, de 13 de enero de 2010	989
2010/2.– AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 200/2010, de 23 de marzo de 2010	990
EQUIVALENCIA FUNCIONAL DE LA KAFALA CON LA TUTELA A LOS EFECTOS DE LA CONCESIÓN DEL VISADO	
2010/3.– TSJ Madrid, Sala de lo C–A, Sección Primera, Sentencia nº 610/2010, de 25 de junio de 2010	990
NECESIDAD DE CUMPLIMENTAR LOS REQUISITOS DEL CONVENIO ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS PARA EL EXECUTATU DE UNA SENTENCIA DE ADOPCIÓN	
2010/4.– AP Cádiz, Sección Quinta, Auto nº 24/2010, de 26 de octubre de 2010	992

ALIMENTOS

ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LAS RECLAMACIONES INTERNACIONALES DE ALIMENTOS	
2010/5.– AP Madrid, Sección Vigésimosegunda, Auto nº 365/2009, de 3 de diciembre de 2009	993
2010/6.– AP Asturias, Sección Primera, Auto nº 16/2010, de 29 de enero de 2010	993
2010/7.– AP Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia nº 430/2010, de 23 de noviembre de 2010...	995
Nota de Federico F. GARAU SOBRINO	996
MODIFICACIÓN EN ESPAÑA DE MEDIDAS RELATIVAS A OBLIGACIONES ALIMENTICIAS	
2010/8.– AP Madrid, Sección Vigésimosegunda, Auto nº 64/2010, de 26 de febrero de 2010	1000
2010/9.– AP Valencia, Sección Décima, Auto nº 227/2010, de 15 de junio de 2010	1001

ARBITRAJE

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS	
2010/10.– JPI nº 86 de Madrid, Auto nº 993/09, de 10 de diciembre de 2009	1002
2010/11.– AP Valladolid, Sección Primera, Auto nº 88/2010, de 8 de octubre de 2010	1003
ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES <i>INAUDITA PARTE</i> DURANTE LA TRAMITACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL	
2010/12.– AP Barcelona, Sección Decimoquinta, nº 55/2010, de 4 de marzo de 2010	1004
DECLINATORIA INTERNACIONAL: INEFICACIA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y PAPEL DEL <i>LOCUS EXECUTIONIS</i>	
2010/13.– AP Barcelona, Sección Cuarta, Auto nº 172/2010, de 14 de septiembre de 2010	1005
SUMISIÓN A ARBITRAJE EN EL TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA	
2010/14.– AP Madrid, Sección Vigésimosegunda, Auto nº 184/2010, de 10 de diciembre de 2010.....	1007

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS CONTRATO DE AGENCIA	
2010/15.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 11 de marzo de 2010. As. 19/09	1008

2010/16.– AP Barcelona, Sección Primera, Auto nº 72/2010, de 17 de marzo de 2010	1009
Nota de Cristian ORÓ MARTÍNEZ	1011
ALCANCE DE LA REGLA DE ESPECIALIDAD PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS ENTRE BLOQUES NORMATIVOS REGULADORES TRANSPORTE INTERNACIONAL	
2010/17.– TJ, Gran Sala, Sentencia de 4 de mayo de 2010. As. C–533/08	1014
Nota Juan José ÁLVAREZ RUBIO	1015
INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS AGENTES DIPLOMÁTICOS	
2010/18.– AP Madrid, Sección Novena, Sentencia nº 477/2010, de 8 de octubre de 2010.....	1017
COMPETENCIA JUDICIAL EN PROCEDIMIENTO MONITORIO EUROPEO	
2010/19.– AP Barcelona, Sección Decimosexta, Auto nº 200/2010, de 20 de octubre de 2010	1018
RECLAMACIÓN DERIVADA DE SERVICIOS PROFESIONALES FRENTE A UN CLIENTE DOMICILIADO EN OTRO ESTADO MIEMBRO	
2010/20.– AP Alicante, Sección Quinta, Auto nº 203/2010, de 27 de octubre de 2010	1019
DISTINCIÓN ENTRE ACCIONES DE CARÁCTER REAL Y ACCIONES DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL	
2010/21.– AP Sevilla, Sección Segunda, Auto nº 215/2010, de 11 de noviembre de 2010	1020
CONSUMIDORES	
CONTRATOS DE CONSUMO CELEBRADOS A TRAVÉS DE INTERNET: ALCANCE DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS I	
2010/22.– TJ, Gran Sala, Sentencia de 7 de diciembre de 2010, Asuntos C–585/08 y C–144/09	1020
Nota de Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO	1021
CONTRATOS	
DISTINCIÓN ENTRE COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS	
2010/23.– TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 22 de febrero de 2010, As. C–381/08	1023
Nota de Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ	1024
VALIDEZ DEL CONVENIO ATRIBUTIVO DE COMPETENCIA EN LOS CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN	
2010/24.– AP Madrid, Sección Decimocuarta, Auto nº 61/2010, de 22 de febrero de 2010	1029
COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS	
2010/25.– AP Murcia, Sección Quinta, Sentencia nº 89/2010, de 18 de marzo de 2010	1031
2010/26.– AP Murcia, Sección Cuarta, Sentencia nº 408/2010, de 15 de julio de 2010	1032
2010/27.– AP Asturias, Sección Séptima, nº 412/2010, de 29 de septiembre de 2010	1032
2010/28.– AP Alicante, Sección Quinta, Sentencia nº 387/2010, de 4 de noviembre de 2010	1033
CONTRATO DE SEGURO Y PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL	
2010/29.– TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 20 de mayo de 2010, As. C–111/09	1034
DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL	
COMPATIBILIDADES DE LOS APPRIS CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	
2010/30.– TJ, Sala Segunda, Sentencia de 19 de noviembre de 2009, As 118/07	1035
DERECHO SOCIAL INTERNACIONAL	
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL ORDEN SOCIAL	

2010/31.– TSJ Galicia, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 134/2010, de 15 de enero de 2010.....	1037
2010/32.– TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 2351/2010, de 26 de marzo de 2010	1038
EFECTOS DE SENTENCIA FRANCESA DE DIVORCIO EN LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE UNA PENSIÓN DE VIUDEDAD	
2010/33.– TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 1045/2010, de 31 de marzo de 2010	1040
DERECHO MARÍTIMO	
LEY APLICABLE AL CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE MARÍTIMO	
2010/34.– AP Valencia; Sección Novena, Sentencia nº 32/2010, de 27 de enero de 2010	1041
Nota de Víctor FUENTES CAMACHO	1043
CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA INSERTA EN CONOCIMIENTOS DE EMBARQUE	
2010/35.– AP Pontevedra, Sección Primera, Auto nº 26/2010, de 4 de febrero de 2010	1045
2010/36.– AP Tarragona, Sección Primera, Auto nº 43/2010, de 12 de abril de 2010	1046
2010/37.– AP Madrid, Sección Vigésimotava, Auto nº 60/2010, de 23 de abril de 2010	1048
2010/38.– AP Santa Cruz de Tenerife, Sección Cuarta, Sentencia nº 186/2010, de 16 de junio de 2010	1051
2010/39.– AP Barcelona, Sección Decimoprimer, Sentencia nº 460/2010, de 17 de septiembre de 2010	1052
2010/40.– AP Madrid, Sección Vigésimotava, Auto nº 164/2010, de 18 de noviembre de 2010	1053
DIVORCIO Y SEPARACIÓN	
EXECUÁTUR DE DECISIONES EXTRANJERAS	
2010/41.– AP Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, Auto nº 244/2009, de 9 de diciembre de 2009	1055
2010/42.– AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Auto nº 49/2010, de 24 de febrero de 2010.....	1055
2010/43.– AP A Coruña, Sección Quinta, Auto nº 42/2010, de 4 de marzo de 2010	1056
2010/44.– AP Cádiz, Sección Quinta, Auto nº 53/2010, de 29 de marzo de 2010	1056
2010/45.– AP León, Sección Segunda, Auto nº 89/2010 de 9 de septiembre de 2010.....	1057
2010/46.– AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Auto nº 198/2010, de 13 de septiembre de 2010 ...	1058
2010/47.– AP Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, Auto nº 213/2009 de 2 de noviembre de 2010	1059
2010/48.– AP Madrid, Sección Vigésimosegunda, Auto nº 384/2010, de 19 de noviembre de 2010	1059
MODIFICACIÓN EN ESPAÑA DE MEDIDAS RELATIVAS A DIVORCIO	
2010/49.– AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 866/2009, de 17 de diciembre de 2009 ..	1060
2010/50.– AP Madrid, Sección Vigésimosegunda, Auto nº 46/2010, de 10 de febrero de 2010	1060
2010/51.– AP Málaga, Sección Sexta, Sentencia nº 292/2010, de 26 de mayo de 2010	1062
ADMISIÓN DE DEMANDAS DE DIVORCIO EN ESPAÑA PESE A LA EXISTENCIA DE SENTENCIAS DE DIVORCIO PRONUNCIADAS EN EL EXTRANJERO	
2010/52.– AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia nº 86/2010, de 11 de marzo de 2010	1063
2010/53.– AP Zaragoza, Sección Segunda, Auto nº 158/2010, de 16 de marzo de 2010	1064
MODIFICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES EN PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO	
2010/54.– AP Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia nº 375/2010, de 15 de junio de 2010	1065
COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE PROCEDIMIENTOS DE DIVORCIO	
2010/55.– AP Madrid, Sección Vigésimosegunda, Auto nº 229/2010, de 25 de junio de 2010	1066
2010/56.– AP Barcelona, Decimotava, Auto nº 280/2010, de 11 de noviembre de 2010	1066
2010/57.– AP Teruel, Sección Primera, Auto nº 182/2010, de 25 de noviembre de 2010	1067
2010/58.– AP Barcelona, Sección Duodécima, Auto nº 308/2010, de 20 de diciembre de 2010	1068

EXTRANJERÍA

ANULACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE VARIAS EXPRESIONES DEL REAL DE- CRETO 240/2007, DE 16 DE FEBRERO, SOBRE ENTRADA, LIBRE CIRCULACIÓN Y RE- SIDENCIA EN ESPAÑA DE CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE 2010/59. – TS, Sala de lo Contencioso–Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 1 de junio de 2010	1070

FILIACIÓN POR NATURALEZA

ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN NO MATRIMONIAL 2010/60. – AP Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia nº 436/2009, de 18 de diciembre de 2009	1071
MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN REALIZADA EN CALIFORNIA 2010/61. – JPI nº 15 de Valencia, Sentencia nº 193/2010, de 15 de septiembre de 2010	1072
Nota de Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS	1076

INSOLVENCIA

DENEGACIÓN POR UN ESTADO MIEMBRO DEL RECONOCIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA ADOPTADA POR EL TRIBUNAL COMPETENTE DE OTRO ESTADO MIEMBRO 2010/62. – TJ, Sala Primera, Sentencia de 21 de enero de 2010, As. C–444/07	1078
RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIÓN HOLANDESA EN PROCEDIMIENTO QUE DECLARÓ LA INSOLVENCIA DEL DEMANDADO 2010/63. – AP Alicante, Sección Quinta, Auto nº 229/2010, de 18 de noviembre de 2010	1079

MATRIMONIO

LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL 2010/64. – AP Barcelona, Sección Decimosexta, Sentencia nº 161/2010, de 22 de marzo de 2010 ..	1080

MEDIOS DE PAGO

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DEL PAÍS EN QUE EL CHEQUE HA DE PAGARSE 2010/65. – AP Barcelona (Sección Decimoprimer), Sentencia nº 524/2009, de 9 de noviembre de 2009 .	1082

MENORES

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL 2010/66. – TEDH, Sección Quinta, Sentencia de 22 de abril de 2010	1083
2010/67. – TJ, Sala Primera, Sentencia de 22 de diciembre de 2010, As. C–491/10 PPU	1085
LEY APLICABLE A LA TUTELA DE MENORES 2010/68. – AP Castellón, Sección Segunda, Auto nº 41/2010, de 27 de abril de 2010	1086
TRASLADO ILÍCITO 2010/69. – TJ, Sala Tercera, Sentencia de 1 de julio de 2010, As. C–211/PPU	1087
2010/70. – AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Auto nº 312/2010, de 20 de diciembre de 2010	1089
EXCLUSIÓN DEL REGLAMENTO (CE) Nº 2201/2003 DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES RELATIVAS AL DERECHO DE CUSTODIA 2010/71. – TJ, Sala Segunda, Sentencia de 15 de julio de 2010, As. C–256/09	1090
2010/72. – TJ, Sala Segunda, Sentencia de 9 de noviembre de 2010, As. C–296/10	1091

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

- 2010/73.– AP Soria, Sección Primera, Auto nº 52/2010, de 16 de julio de 2010 1093
 2010/74.– AP Girona, Sección Segunda, Sentencia nº 311/2010, de 27 de septiembre de 2010 1093

GUARDIA, CUSTODIA Y RÉGIMEN DE VISITAS

- 2010/75.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 5 de octubre de 2010, As. C-400/10 PPU 1094
 2010/76.– AP Burgos, Sección Segunda, Sentencia nº 524/2010, de 2 de diciembre de 2010 1095
 2010/77.– TJ, Sala Primera, Sentencia de 22 de diciembre de 2010 As. C-497/10 PPU 1096

MERCADO DE VALORES

TERRITORIALIDAD DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

- 2010/78.– AN, Sala de lo C-A, Sección Sexta, Sentencia de 12 de noviembre de 2009 1097
 2010/79.– AN, Sala de lo C-, Sección Sexta, Sentencia de 3 de noviembre de 2010 1097
 Nota de Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ 1099

FIANZA Y PIGNORACIÓN DE CARTERA DE VALORES SUJETA A DERECHO INGLÉS

- 2010/80.– TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 390/2010, de 24 de junio de 2010 1102
 Nota de Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS 1104

NACIONALIDAD

LA SITUACIÓN DE POLIGAMIA NO POSIBILITA LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

- 2010/81.– TS, Sala de lo C-A, Sección Quinta, Sentencia de 26 febrero 2010..... 1108

PÉRDIDA CON EFECTO RETROACTIVO DE LA NACIONALIDAD ADQUIRIDA POR NATURALIZACIÓN A CAUSA DE MANIOBRAS FRAUDULENTAS COMETIDAS CON OCA-SIÓN DE SU ADQUISICIÓN

- 2010/82.– TJ, Gran Sala, Sentencia de 2 de marzo de 2010, As. C-135/08 1109
 Nota de Pilar RODRÍGUEZ MATEOS 1110

PERSONA Y ESTADO CIVIL

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA EL CONOCIMIENTO DE DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO

- 2010/83.– AP Soria, Sección Primera, Auto nº 67/2010, de 15 de diciembre de 2010 1114

CONFORMIDAD CON DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA LEY AUSTRIACA SOBRE LA ABOLICIÓN DE LA NOBLEZA

- 2010/84.– TJ, Sala Segunda, Sentencia de 22 de diciembre de 2010, As. C-208/09 1115
 Nota de Pilar JIMÉNEZ BLANCO 1116

PROPIEDAD INTELECTUAL

RECIPROCIDAD REQUERIDA PARA LA EXPLOTACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

- 2010/85.– Juzgado de lo Mercantil nº 9, Sentencia de 8 marzo de 2010 1120

LEGISLACIÓN NACIONAL QUE MANTIENE EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DURANTE UN PERÍODO DE 70 AÑOS TRAS EL AÑO DEL FALLECIMIENTO ÚNICAMENTE A FAVOR DE LOS HEREDEROS

- 2010/86.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 15 de abril de 2010, As. C-518/08 1122

SOLICITUD POR EL PRIMITIVO TITULAR REGISTRAL DE LA MARCA HAVANA CLUB DE LA NULIDAD DE LOS REGISTROS POSTERIORES A RAIZ DE SU APROPIACIÓN POR

EL ESTADO CUBANO	
2010/87.– TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 747/2010, de 30 de diciembre de 2010 .	1122
RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EXTRANJERAS	
RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL CONTRA AUTO RECAÍDO EN PROCEDIMIENTO DE EXECUÁTUR	
2010/88. – TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Auto de 16 de febrero de 2010	1124
CONTRARIEDAD CON EL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL DE UN PRONUNCIAMIENTO QUE IMPONE UNA MEDIDA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN EL ORDEN CIVIL	
2010/89.– AP Barcelona, Sección Decimoquinta, Auto nº 32/2010, de 15 de marzo de 2010	1126
DUPLICACIÓN DEL PROCESO DE EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA PRONUNCIADA EN FRANCIA	
2010/90. – AP Madrid, Sección Decimoprimer, Auto nº 62/2010, de 26 marzo de 2010	1127
PROCESO DE EXECUÁTUR QUE NO RESPONDE A LA EXIGENCIA DE UN PLAZO RAZONABLE	
2010/91.– TEDH, Sección Tercera, Sentencia de 27 de mayo de 2010	1128
INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS CAUSALES DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO	
2010/92. – AP Barcelona, Sección Decimoquinta, Auto nº 105/2010, de 17 de junio de 2010	1129
RESPONSABILIDAD	
ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN ACAECIDO EN SUIZA Y ACREDITACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO	
2010/93.– TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 722/2009, de 23 de marzo de 2010 ..	1131
VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HONOR Y <i>FORUM DELICTI COMISSI</i>	
2010/94.– AP Madrid, Sección Octava, Sentencia nº 432/2010, de 18 de octubre de 2010	1134
RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL	
2010/95.– AP Girona, Sección Primera, Sentencia nº 178/2010 de 10 de mayo de 2010	1135
2010/96.– AP Valencia; Sección Novena, Sentencia nº 277/2010, de 7 octubre de 2010	1137
2010/97.– AP Zaragoza, Sección Cuarta, Sentencia nº 524/2010 de 22 de noviembre de 2010	1138
SOCIEDADES	
FALTA DE ACREDITACIÓN DE LA TITULARIDAD FIDUCIARIA DE LA SOCIEDAD EXTRANJERA SOBRE LAS FINCAS RADICANTES EN ESPAÑA	
2010/98.– AP Madrid, Sección Novena, Sentencia nº 423/2010, de 15 de septiembre de 2010	1140
SUCESIONES	
EFFECTOS EN ESPAÑA DE UN <i>TRUST MORTIS CAUSA</i> OTORGADO EN EE UU	
2010/99.– AP Jaén, Sección Segunda, Sentencia nº 72/2010, de 25 de marzo de 2010	1141
ÁMBITO DEL REENVÍO DE RETORNO EN EL DERECHO SUCESORIO	
2010/100.– AP Barcelona, Sección Décimosexta, Auto nº 52/2010, de 31 de marzo de 2010	1144
2010/101.– AP Alicante, Sección Sexta, Sentencia nº 304/2010, de 5 de octubre de 2010	1144
CUESTIONES SOBRE PRUEBA DE DERECHO EXTRANJERO	
2010/102.– AP Madrid, Sección Vigésimoprimer, Sentencia nº 204/2010, de 20 de abril de 2010	1146

CUESTIONES DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES	
2010/103.– AP Burgos, Sección Segunda, Auto nº 352/2010, de 29 de julio de 2010	1148
2010/104.– AP A Coruña, Sección Cuarta, Sentencia nº 106/2010, de 22 de septiembre de 2010	1149
LA REVOCABILIDAD O IRREVOCABILIDAD DEL TESTAMENTO NO FORMA PARTE DEL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL	
2010/105.– TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 602/2010 de 8 de octubre de 2010 .	1150
REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO POR SEPARACIÓN DE HECHO CON RUPTURA DE LA UNIDAD FAMILIAR POR ALGUNA DE LAS CAUSAS QUE PERMITEN LA SEPARACIÓN JUDICIAL O EL DIVORCIO	
2010/106.– AP Barcelona, Sección Decimosexta, Sentencia nº 660/2010, de 22 de diciembre de 2010	1151
TRANSPORTE	
LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR	
2010/107.– AP Madrid, Vigésimoctava, Sentencia nº 137/2010, de 21 de mayo de 2010	1154
Nota de Raquel AMANDI RENDUELES	1157

CRÓNICA DE DERECHO INTERTERRITORIAL

Dirección: Rafael ARENAS RODRÍGUEZ

COMPETENCIA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL. LA STC 31/2010 Y EL ART. 129 EAC	
2010/1/Int.– TC, Sentencia nº 31/2010, de 28 de junio de 2010	1167
Nota de Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	1169
APLICACIÓN DE LAS NORMAS AUTONÓMICAS SOBRE CONFLICTO DE LEYES: ART. 9.8º CC Y TRONCALIDAD VIZCAINA	
2010/2/Int.– TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 111/2010, de 11 de marzo de 2010 ...	1073
Nota Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI	1174
PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD Y APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN	
2010/3/Int.– AP Barcelona, Sentencia de 1 de febrero de 2010	1177
Nota Albert FONT I SEGURA	1177
PACTO A FAVOR DE TERCERO EN UN CONFLICTO DE DERECHO INTERNO	
2010/4/Int.– AP Guipúzcoa, Sección Tercera, Sentencia nº 197/2010, de 12 de julio de 2010	1182
Nota de Pilar JIMÉNEZ BLANCO	1183
OTORGAMIENTO DE UN MANDATO QUE NO SE EXTINGA POR SU INCAPACIDAD O INCAPACITACIÓN	
2010/5/Int.– DGRN, Resolución (2ª) de 1 de septiembre 2009	1186

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Dirección: Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

ADOPCIÓN

DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE UNA ADOPCIÓN EXTRANJERA (ETÍOPE) POR FALTA DE EQUIVALENCIA DE EFECTOS	
2010/DGRN/1. – Resolución (1ª) de 3 de septiembre de 2009	1189
Nota de Nuria MARCHAL ESCALONA	1198
IMPOSIBILIDAD DE CONSTITUIR Y RECONOCER ADOPCIONES SURCOREANAS CUANDO LOS ADOPTANTES SON ESPAÑOLES	
2010/DGRN/2. – Resolución (5ª) de 4 de septiembre de 2009	1203
Nota de Ángeles LARA AGUADO	1204
INSCRIPCIÓN DE UNA ADOPCIÓN EXTRANJERA POR DOBLE NACIONAL ESPAÑOLA– VENEZOLANA	
2010/DGRN/3. – Resolución (3ª) de 9 de octubre de 2009	1210
DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN EXTRANJERA POR INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE LA LEY EXTRANJERA APLICABLE A LA CAPACIDAD DE LOS ADOPTANTES	
2010/DGRN/4. – Resolución (3ª) de 23 de octubre de 2009	1211
DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN EXTRANJERA POR FALTA DE EQUIVALENCIA DE EFECTOS – CALIFICACIÓN DE REQUISITOS DE CAPACIDAD DEL ADOPTANDO COMO “EFECTOS”	
2010/DGRN/5. – Resolución (1ª) de 4 de enero de 2010	1212
DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE ADOPCIONES KAZAJAS RESPECTO DE LAS QUE SE HA EJERCITADO DERECHO DE REVOCACIÓN	
2010/DGRN/6. – DGRN, Resolución (7ª) de 26 de febrero de 2010	1213

FILIACIÓN POR NATURALEZA

RECONOCIMIENTO DE HIJO: NECESARIA DESTRUCCIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL	
2010/DGRN/7. – Resolución (3ª) de 24 de febrero de 2010	1219
RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	
2010/DGRN/8. – Instrucción de 5 de octubre de 2010	1220

MATRIMONIO

INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO EXTRANJERO (MARROQUÍ) QUE NO RESPONDE A LA FORMA EXTRANJERA POR NO HABERSE OBTENIDO EL CERTIFICADO DE CAPACIDAD MATRIMONIAL ESPAÑOL	
2010/DGRN/9. – Resolución (1ª) de 1 de julio de 2009	1222
CONTROL DEL FRAUDE EN LOS MATRIMONIOS EXTRANJEROS	
2010/DGRN/10. – Resolución (2ª) de 1 de julio de 2009	1223

2010/DGRN/11. – Resolución (2ª) de 2 de julio de 2009	1225
2010/DGRN/12. – Resolución (3ª) de 3 de julio de 2009	1227
2010/DGRN/13. – Resolución (2ª) de 20 de julio de 2009	1228
CONTROL DEL FRAUDE EN MATRIMONIOS CIVILES	
2010/DGRN/14. – Resolución (1ª) de 2 de julio de 2009	1228
2010/DGRN/15. – Resolución (2ª) de 6 de octubre de 2009	1230
CONTROL DEL FRAUDE EN LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS EN FORMA RELIGIOSA EN ESPAÑA	
2010/DGRN/16. – Resolución (1ª) de 3 de julio de 2009	1231
2010/DGRN/17. – Resolución (1ª) de 17 de julio de 2009	1232
CONTROL DEL FRAUDE EN LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS DE CAPACIDAD	
2010/DGRN/18. – Resolución (7ª) de 3 de julio de 2009	1233
2010/DGRN/19. – Resolución (6ª) de 25 de febrero de 2010	1235
DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO EXTRANJERO POR CONCURRIR IMPEDIMENTO DE LIGAMEN	
2010/DGRN/20. – DGRN, Resolución (1ª) de 9 de julio de 2009	1235
CELEBRACIÓN <i>IN ARTICULO MORTIS</i> DE MATRIMONIOS ENTRE EXTRANJEROS	
2010/DGRN/21. – Resolución (7ª) de 29 de julio de 2009	1236
2010/DGRN/22. – Resolución (1ª) de 17 de febrero de 2010	1237
DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIOS EXTRANJEROS POR NO QUEDAR DEBIDAMENTE ACREDITADA LA CELEBRACIÓN	
2010/DGRN/23. – DGRN, Resolución (2ª) de 23 de septiembre de 2009	1238
EL MATRIMONIO CANÓNICO CELEBRADO EN COLOMBIA ES CONSIDERADO MATRIMONIO EXTRANJERO	
2010/DGRN/24. – Resolución (1ª) de 14 de octubre de 2009	1239
INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO EXTRANJERO CELEBRADO ANTE EL CAPITÁN DE UN VELERO	
2010/DGRN/25. – Resolución (5ª) de 7 de diciembre de 2009	1240
INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO EXTRANJERO ENTRE ESPAÑOL Y MENOR DE EDAD EXTRANJERA	
2010/DGRN/26. – Resolución (4ª) de 15 de enero de 2010	1241
NOMBRE Y APELLIDOS	
APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJ PARA CAMBIO DE APELLIDOS DE DOBLE NACIONAL ESPAÑOL – PORTUGUÉS: DETERMINACIÓN CONFORME A LEY PORTUGUESA	
2010/DGRN/27. – Resolución (2ª) de 11 de febrero de 2010	1241
ADAPTACIÓN A LOS APELLIDOS POR LEY ESPAÑOLA DEL NATURALIZADO ESPAÑOL: LÍMITES A LA POSIBILIDAD DE CONSERVARLOS CON ARREGLO A LA LEY ANTERIOR	
2010/DGRN/28. – Resolución (7ª) de 19 de febrero de 2010	1243
RECONOCIMIENTO DE LOS APELLIDOS INSCRITOS EN LOS REGISTROS CIVILES DE OTROS PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA	
2010/DGRN/29. – Instrucción de 24 de febrero de 2010	1244
Nota de Joaquim J. FORNER DELAYGUA	1247

NACIONALIDAD

NACIONALIDAD ESPAÑOLA <i>IURE SOLI</i> : NO LA TIENEN ATRIBUIDA LOS NACIDOS EN ESPAÑA HIJOS DE PAQUISTANÍES, VENEZOLANOS, GEORGIANOS	
2010/DGRN/30.– Resolución (1ª) de 21 de julio de 2009	1250
2010/DGRN/31.– Resolución (4ª) de 28 de julio de 2009	1250
2010/DGRN/32.– Resolución (5ª) de 28 de julio de 2009	1251
NACIONALIDAD ESPAÑOLA <i>IURE SOLI</i> : LA TIENEN ATRIBUIDA LOS HIJOS DE BOLIVIANOS NACIDOS EN ESPAÑA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA	
2010/DGRN/33.– Resolución (2ª) de 1 de febrero de 2010	1251
OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR HIJOS DE ESPAÑOLES NACIDOS EN ESPAÑA	
2010/DGRN/34.– Resolución (3ª) de 9 de febrero de 2010	1252
2010/DGRN/35.– Resolución (5ª) de 10 de febrero de 2010	1253
2010/DGRN/36.– Resolución (2ª) de 12 de febrero de 2010	1253
2010/DGRN/37.– Resolución (1ª) de 15 de febrero de 2010	1254
A EFECTOS DE LA OPCIÓN PREVISTA EN EL ART. 20.1.B) CC, EL PROTECTORADO DE ESPAÑA EN LA ZONA NORTE DE MARRUECOS SE CONSIDERA TERRITORIO ESPAÑOL	
2010/DGRN/38.– Resolución (5ª) de 6 de julio de 2009	1255
NO CONSOLIDA LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA QUE NO DERIVA DE UN TÍTULO INSCRITO. EL DNI NO BASTA COMO PRUEBA DE LA NACIONALIDAD	
2010/DGRN/39.– Resolución (1ª) de 15 de julio de 2009	1258
INCOMPETENCIA DEL ENCARGADO DEL REGISTRO PARA INADMITIR SOLICITUD DE NATURALIZACIÓN: COMPETENCIA DE LA DGRN	
2010/DGRN/40.– DGRN, Resolución (5ª) de 23 de noviembre de 2009	1259

PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL DE RESOLUCIONES INGLESAS DE APERTURA DE QUIEBRA	
2010/DGRN/41.– DGRN, Resolución de 11 de junio de 2010	1260

SUCESIONES

INSCRIPCIÓN DE INMUEBLE RESULTADO DE ADJUDICACIÓN DE HERENCIA: EXIGENCIA DE NIE A EXTRANJEROS SIN RESIDENCIA EN ESPAÑA	
2010/DGRN/42.– DGRN, Resolución de 13 de diciembre de 2010	1263

MATERIALES DE LA PRÁCTICA ESPAÑOLA

Selección y coordinación: Ana FERNÁNDEZ PÉREZ

CONSEJO DE ESTADO

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DENEGACIÓN DE PERMISOS DE TRABAJO POSTERIORMENTE RECONOCIDOS EN VÍA JUDICIAL	
2010/1/Doc.– Memoria correspondiente al año 2009, aprobada por el Pleno en sesión celebrada el día 16 de diciembre de 2010	1267

CARÁCTER ESENCIAL DEL REQUISITO DE RESIDENCIA LEGAL Y CONTINUADA EN TERRITORIO ESPAÑOL DURANTE CINCO AÑOS PARA OBTENER LA RESIDENCIA PERMANENTE	
2010/2/Doc.- Dictamen del expediente nº 2151/2009 (Trabajo e inmigración), de 14 de enero de 2010 ...	1272
AUTORIZACIÓN PARA USAR EN ESPAÑA UN TÍTULO PONTIFICIO	
2010/3/Doc.- Dictamen del expediente nº 292/2010 (Justicia), de 18 de marzo de 2010	1274
RENOVACIÓN DE LAS AUTORIZACIONES INICIALES DE RESIDENCIA Y TRABAJO	
2010/4/Doc.- Dictamen del expediente nº 209/2010 (Trabajo e inmigración), de 8 de abril de 2010	1275
2010/5/Doc.- Dictamen del expediente nº 1062/2010 (Trabajo e inmigración), de 19 de julio de 2010	1276
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL	
APLICACIÓN EN ESPAÑA DE LOS PROCESOS EUROPEOS MONITORIO Y DE ESCASA CUANTÍA	
2010/6/Doc.- Informe de 28 de enero de 2010	1277
MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES	
2010/7/Doc.- Informe de 19 de mayo de 2010	1283
ARBITRAJE Y DE REGULACIÓN DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO	
2010/8/Doc.- Informe de 19 de mayo de 2010	1284
2010/9/Doc.- Informe de 19 de mayo de 2010	1301
ATRIBUCIÓN AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 101 DE MADRID DEL CONOCIMIENTO CON CARÁCTER EXCLUSIVO DE LOS ASUNTOS DE LAUDO Y ARBITRAJE	
2010/10/Doc.- Acuerdo de 25 de noviembre de 2010, del Pleno	1304
MINISTERIOS	
MINISTERIO DE EDUCACIÓN	
ENSEÑANZAS UNIVERSITARIAS OFICIALES DE GRADO, PARA LOS ESTUDIANTES PROCEDENTES DE SISTEMAS EDUCATIVOS EXTRANJEROS	
2010/11/Doc.- Orden EDU/473/2010, de 26 de febrero	1305
CREDENCIALES DE CONVALIDACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DE ESTUDIOS Y TÍTULOS EXTRANJEROS CON EL BACHILLER ESPAÑOL	
2010/12/Doc.- Resolución de 29 de abril de 2010, de la Secretaría de Estado de Educación y Formación Profesional	1306
ACCESO A LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA DE ESTUDIANTES PROCEDENTES DE SISTEMAS EDUCATIVOS A LOS QUE ES DE APLICACIÓN EL ART. 38.5º DE LA LO 2/2006	
2010/13/Doc.- Orden EDU/1161/2010, de 4 de mayo.....	1306
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA	
REGULACIÓN Y CONTROL DE LA PUBLICIDAD DE LOS SERVICIOS Y PRODUCTOS BANCARIOS	
2010/14/Doc.- Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio	1306
FORMACIÓN DEL CENSO ELECTORAL DE RESIDENTES EN ESPAÑA QUE SEAN NACIONALES DE PAÍSES CON ACUERDOS PARA LAS ELECCIONES MUNICIPALES	
2010/15/Doc.- Orden EHA/2264/2010, de 20 de julio	1307

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

SERVICIOS DE COMUNICACIONES MÓVILES EN AERONAVES EN VUELO 2010/16/Doc.– Orden ITC/1878/2010, de 5 de julio	1309
MODELOS DE DECLARACIÓN DE INVERSIONES EXTERIORES	1311
2010/17/Doc.– Resolución de 1 de julio de 2010, de la Dirección General de Comercio e Inversiones	
RECONOCIMIENTO DE LA CUALIFICACIÓN PROFESIONAL PARA EL EJERCICIO EN ESPAÑA DE LA ACTIVIDAD DE AGENTE DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL A CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA	1311
2010/18/Doc.– Orden ITC/2505/2010, de 22 de septiembre	1311

MINISTERIO DE JUSTICIA

PRUEBAS DE APTITUD PARA ACCEDER AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO EN ESPAÑA POR PARTE DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA 2010/19/Doc.– Resolución de 14 de octubre de 2010, de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia	1311

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

AMPLIACIÓN DE UN AÑO DEL PLAZO PARA EJERCER EL DERECHO DE OPTAR A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA RECOGIDO EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA DE LA LEY 52/2007, DE 26 DE DICIEMBRE 2010/20/Doc.– Resolución de 17 de marzo de 2010, de la Subsecretaría	1312

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

PROCEDIMIENTO PARA AUTORIZAR LA RESIDENCIA TEMPORAL DE MENORES DE ORIGEN SAHARAUI EN ESPAÑA EN EL MARCO DEL PROGRAMA “VACACIONES EN PAZ 2010” 2010/21/Doc.– Resolución de 14 de mayo de 2010, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración	1213

NOTICIAS

Constitución del Foro Español de Derecho Internacional Privado	1317
Reglas de funcionamiento del Foro Español de Derecho internacional privado	1317
Seminario “Bruselas I: la reforma de la litigación internacional en Europa”	1318
Jornadas de Palma de Mallorca sobre el Tratado de Lisboa, de especial interés para el espacio de Libertad Seguridad y Justicia (M. Gardeñes Santiago)	1318
Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional (La Habana, junio, 2010) (M. Patterson Hernández)	1319
Panel sobre las políticas legislativas y prácticas judiciales ante las normas de estatuto personal procedentes del mundo árabe, en el marco del Congreso Internacional Wocmes Barcelona 2010 (M. Gardeñes Santiago)	1320

Primer curso internacional de arbitraje comercial y de inversiones (Panamá, octubre 2010) (D. Sandoval)	1322
Jomada sobre arbitraje nacional e internacional (Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 21 de octubre de 2010)	1323
Seminario interno de Derecho internacional privado “Julio D. González Campos” (Curso 2010/2011)	1323
Jomada sobre la aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo	1324
Congreso Internacional sobre orientación de la docencia en Derecho Internacional Privado (C.I. Cordero Álvarez)	1325
<i>Declaración sobre la Enseñanza del Derecho internacional privado y el Espacio Europeo de Educación superior, de 21 de enero de 2011</i>	1327
Jornadas sobre el Derecho privado europeo y la modernización del Derecho de obligaciones en España. Facultad de Derecho – Universidad de Granada (27 y 28 de enero de 2011) (M.L. Palazón Garrido) ..	1328
Coloquio “Quelle architecture pour un Code europeen de droit international prive?”	1230

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA

ADOPCIÓN.....	1335
ALIMENTOS	1335
ARBITRAJE Y MASC	1335
Esteban de la Rosa, F. y Orozco Pardo, G. (dirs.): <i>Mediación y arbitraje de consumo, una perspectiva española, europea y comparada</i> , 2010 (S. Sánchez Lorenzo)	1336
Fernández Ballesteros, M.A. y Arias, D. (eds.): <i>Liber amicorum Bernardo Cremades</i> , 2010 (D.S.S.)	1339
ASILO	1343
BANCA Y MERCADOS FINANCIEROS	1343
BIENES	1344
Rodríguez Pineau, E.: <i>Integridad del patrimonio y protección del crédito: las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional</i> , 2010 (R.A.G.)	1344
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.....	1345
CONSUMIDORES.....	1347
CONTRATOS	1347
DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL INTERNACIONAL	1349
DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES	1349
DERECHO DEL TRABAJO INTERNACIONAL	1350
DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL	1350
Fernández Rozas, J.C.: <i>Sistema de Derecho económico internacional</i> , 2010 (L. García Corrochano) ..	1351
Iruretagoiena Agirrezabalaga, (I.): <i>El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras</i> , 2010 (R.D.F.)	1355
Zambrana Tévar, N.: <i>La determinación del Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones</i> , 2010 (R.D.F.)	1358
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	1359
Fernández Rozas, J.C. y De Miguel Asensio, P.: <i>Derecho internacional privado (Textos y Materiales)</i> , 2010	1359

DERECHO INTERTERRITORIAL	1362
Pérez Milla, J.: <i>Conflictos internos de leyes española, en la frontera</i> , Zaragoza, 2010	1364
DERECHO MARÍTIMO INTERNACIONAL	1365
DERECHO PENAL INTERNACIONAL E INTERNACIONAL PENAL	1365
DIVORCIO	1366
ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA	1366
ESPACIO JUDICIAL EUROPEO	1367
EXTRANJERÍA	1369
FAMILIA	1372
FILIACIÓN	1373
INSOLVENCIA	1375
MATRIMONIO	1375
MENORES	1377
NACIONALIDAD	1378
OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES	1379
PERSONA Y ESTADO CIVIL	1378
PROPIEDAD INTELECTUAL	1380
RESPONSABILIDAD	1381
SOCIEDADES	1381
Arenas García, R., Górriz López y Miquel Rodríguez, J. (coords): <i>La internacionalización del Derecho de sociedades</i> , 2010 (J.C. Fernández Rozas)	1381
SUCESIONES	1385
Fontanellas Morell, J.M.: <i>La professio iuris sucesoria</i> 2010	1385
TRANSPORTE	1387
TRUST	1388

BIBLIOGRAFIA EXTRANJERA

Boschiero, N. (dir.): <i>La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)</i> , 2009 (PdMA)	1389
Dabbah, M.H.: <i>International and Comparative Competition Law</i> , 2010 (A. Espiniella Menéndez) .	1391
Marino, S.: <i>Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario</i> , 2010 (R. Arenas García)	1393
Silva, J.A.: <i>Aplicación de normas conflictuales. La aportación del juez</i> , 2010 (J.C.F.R.)	1396
Snijders, H. y Vogenauer, S. (eds.): <i>Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law</i> , 2009 (C.I. Isabel Cordero Álvarez)	1398

REVISTA DE REVISTAS

<i>Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones</i> , vol. III, 2010	1401
<i>Journal du droit international</i> , 2010	1402
<i>Journal of Private International Law</i> , vol. 6, 2010	1403
<i>Revista Española de Derecho Internacional</i> , vol. LXII, 2010	1404
<i>Revue critique de droit international privé</i> , vol. 99, 2010	1405
<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i> , vol. XLVI, 2010	1405

ESTUDIOS *

* El presente volumen incorpora diversos estudios presentados en el V Seminario internacional de Derecho internacional privado, organizado por el Departamento de Derecho internacional público y de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid: “Tendencias en la evolución del Derecho internacional privado” (Madrid 24 y 25 de marzo de 2011). Se incluyen exclusivamente los seleccionados conforme a los criterios generales de evaluación por parte del Consejo Editorial, que ha contado con el concurso de diversos evaluadores externos.

LA APLICACIÓN DE LAS LEYES DE POLICÍA EN MATERIA DE CONTRATOS INTERNACIONALES*

Jean–Michel JACQUET

Professeur

Institut des Hautes Études Internationales et du Développement (Ginebra)

SUMARIO: I. Los obstáculos a la aplicación de las leyes de policía. 1. La aplicación controlada de las leyes de policía. 2. Supuestos sustraídos de la acción del juez del Estado que ha aprobado la ley de policía: A) La consecuencia: la extranjerización de la ley de policía; B) Los medios: la supresión de la competencia de los tribunales del foro. II. Las soluciones frente a la inaplicación de las leyes de policía. 1. Soluciones provenientes del Derecho de la Unión Europea. 2. La “segunda oportunidad” de aplicación de las leyes de policía: A) Sentencia extranjera; B) Tribunal arbitral internacional.

RESUMEN: *Este artículo analiza desde una perspectiva actual algunas cuestiones que plantea la aplicación de las leyes de policía, con especial énfasis en el ámbito del Derecho de la Unión Europea. Por una parte, el autor se ocupa de señalar los obstáculos prácticos a la efectiva aplicación de las leyes de policía, ya sea mediante un control previo a su aplicación, ya mediante mecanismos jurisdiccionales que pretenden dificultar dicha aplicación, como son las cláusulas de elección de foro y las cláusulas de arbitraje. Por otra parte, se apuntan posibles soluciones –tanto materiales como procedimentales– que pueden permitir superar los obstáculos previamente analizados, para garantizar, en definitiva, el respeto a la imperatividad de las leyes de policía y su efectiva aplicación a todos aquellos supuestos que tienen voluntad de regular.*

PALABRAS CLAVE: APLICACIÓN DE LAS LEYES DE POLICÍA – LEYES DE POLICÍA EXTRANJERAS – CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO – CLÁUSULAS DE ARBITRAJE – NORMAS IMPERATIVAS Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

ABSTRACT: *This article analyses from a current perspective some of the issues raised by the application of overriding mandatory provisions, with a special emphasis on questions of EU Law. On the one hand, the author identifies the practical obstacles which hinder the effective application of overriding mandatory provisions, either by means of a control to be carried out prior to their application, or by means of jurisdictional mechanisms intended to obstruct such application, as for example choice of court agreements and arbitration agreements. On the other hand, the author points out possible solu-*

* Traducido por Cristian Oro Martínez, Investigador Postdoctoral de DIPr, Universitat Autònoma de Barcelona.

tions –both material and procedural– that can be used to overcome the obstacles previously detected, in order to guarantee that the imperative character of overriding mandatory provisions is respected and, consequently, that such provisions are effectively applied to all the cases falling within their scope of application.

KEYWORDS: APPLICATION OF OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS – FOREIGN OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS – CHOICE OF COURT AGREEMENTS – ARBITRATION AGREEMENTS – MANDATORY RULES AND EU LAW.

El pluralismo metodológico se ha impuesto en DIPr desde hace algo más de cincuenta años¹. Dicho pluralismo ha reducido la preeminencia otorgada, al menos en Europa, a la norma de conflicto de leyes bilateral.

De este modo surgió el método de las leyes de policía, que constituye el núcleo central del método de las llamadas leyes de aplicación inmediata, o también leyes de aplicación necesaria². Los métodos parecen sin embargo estar sujetos a desplazamientos constantes: por ejemplo, el método de las leyes de policía presenta vínculos estrechos con métodos más generales como el unilateralismo y el funcionalismo de origen estadounidense³.

El método de las leyes de policía goza en la actualidad de un amplio reconocimiento. Los Reglamentos europeos, tanto en materia contractual como extracontractual, así como la mayoría de codificaciones nacionales recientes de DIPr, lo consagran claramente. Las leyes de policía son expresión irrecusable del reconocimiento de que ciertas políticas legislativas perseguidas y defendidas por los Estados deben recibir un trato particular en DIPr, por cuanto la norma de conflicto bilateral resulta ser un instrumento insuficiente, o incluso inadecuado, para la consecución de dichas políticas.

Así, las leyes de policía introducen una cierta perturbación en el funcionamiento de la norma de conflicto, al restringir su ámbito y contravenir sus efectos. Al respecto, han sido desde siempre subrayadas las dificultades que plantea elaborar una definición totalmente satisfactoria. En tiempos recientes han surgido dificultades con

¹ Cf. P. Mayer, “Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois”, *Droits*, n° 2, 1985, pp. 129 ss; B. Audit, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit”, *R. des C.*, 1984, III, pp. 219 ss; J.C. Fernández Rozas, “Le droit international privé espagnol aujourd’hui ou le dépassement des paradigmes”, *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 2006–2008, pp. 243 ss, esp. p. 260.

² Cf. Ph. Francescakis, “Quelques précisions sur les ‘lois d’application immédiate’ et leurs rapports avec les règles de conflits de lois”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 1 ss; P. Mayer, “Les lois de police étrangères”, *Journ. dr. int.*, 1981, pp. 277 ss; A. Nuyts, “L’application des lois de police dans l’espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, p. 31 ss; B. Audit, “How Do Mandatory Rules of Law Function in International Civil Litigation?”, en G. Bermann y L. Mistelis (eds.), *Mandatory Rules in International Arbitration*, Juris Net LLC, 2011, pp. 53 ss.

³ P. Gothot, “Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1971, pp. 1 ss, 209 ss, 415 ss; D. Bureau y H. Muir-Watt, *Droit international privé*, 2ª ed., t. I, Thémis droit, PUF, 2010, pp. 361 ss.

relación a este punto en la jurisprudencia francesa⁴. A pesar de su amplia difusión, la noción de “leyes de policía” está en ocasiones condenada a una cierta indeterminación. Sin embargo, no es ésta la cuestión a la que queremos consagrar el presente trabajo, sino más bien a la de su aplicación.

Una vez identificada una ley de policía, y determinado su ámbito de aplicación en el espacio, pueden subsistir numerosas dificultades a nivel de su aplicación, ya que ésta dista de ser automática y puede ser eludida por las partes⁵. Intentaremos así pues señalar los principales factores que pueden obstaculizar la aplicación de las leyes de policía (I), para luego ocuparnos de las soluciones que cabría aportar frente a la inaplicación de las mismas (II).

I. Los obstáculos a la aplicación de las leyes de policía

Considerando que están constituidas por disposiciones internacionalmente imperativas, las leyes de policía deberían gozar de condiciones de aplicación capaces de reflejar esta imperatividad. Su independencia —al menos en principio— respecto de la norma de conflicto debería ser garante de una imperatividad sin fallos. Sin embargo, las leyes de policía pueden en determinados casos verse sometidas a un control que las neutraliza parcialmente (1). Por otra parte, los supuestos de hecho a los que tienen vocación de aplicación pueden fácilmente verse sustraídos de la acción del juez del Estado que las ha aprobado, comprometiendo así sus posibilidades de aplicación (2).

1. La aplicación controlada de las leyes de policía

A priori, las leyes de policía intervienen en ámbitos en los que los Estados gozan de una gran libertad, ya sea para organizarse, o bien para organizar ciertas categorías de relaciones jurídicas en el seno de la sociedad de la que se ocupan. Con todo, es conveniente tener en cuenta el hecho de que las leyes de policía pueden ser elaboradas por Estados miembros de la Unión Europea. En tal caso, su aplicación no podrá efectuarse sino bajo ciertas condiciones, por lo menos cuando las relaciones jurídicas a las que se aplican tengan carácter intracomunitario.

Este ha sido el caso en materia de desplazamiento de trabajadores asalariados de un Estado miembro a otro, supuesto en el que la regulación sobre el salario mínimo puede ser considerada como ley de policía. Incluso cuando las condiciones de aplicación de dichas normas parecían cumplirse indiscutiblemente a ojos del juez del

⁴ Cf. H. Gaudemet-Tallon en *Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven Int. Publishing, 2010, pp. 707 ss.

⁵ L. Radicati di Brozolo, “Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des règles d’application semi-nécessaires?”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, pp. 1 ss.

foro, dicha aplicación ha podido ser puesta en tela de juicio en la medida en que era susceptible de constituir un obstáculo a la libre circulación de servicios⁶.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) fue elaborado al respecto principios que están ya plenamente establecidos. Por una parte, admitió que un Estado podía imponer en este contexto la aplicación de su normativa según el método de las leyes de policía. Pero por otra parte, sometió esta aplicación a un control de compatibilidad de dicha normativa con los objetivos del Tratado⁷. En consecuencia, es posible que una ley de policía de un Estado miembro sea considerada irregular desde el punto de vista del Derecho comunitario. Así, en una conocida sentencia en materia de sociedades, una ley de policía neerlandesa aplicable a las sociedades “pseudo-extranjeras”, según la concepción de ese Estado, fue considerada incompatible (constitutiva de un obstáculo) con el principio de la libertad de establecimiento que conforma, como es sabido, uno de los pilares del Derecho europeo⁸.

El Tribunal de Justicia estableció en dicho caso un minucioso control de proporcionalidad entre el interés nacional sobre el cual se fundamenta la ley de policía y los objetivos del Tratado. Efectuó asimismo un control del carácter no discriminatorio de la ley de policía examinada. En consecuencia, y siguiendo en el ámbito del desplazamiento de trabajadores, el impacto de la ley de policía deberá examinarse en relación con las cargas suplementarias impuestas al empresario en su Estado de origen.

Si una ley de policía interviene en un ámbito armonizado, el test de compatibilidad al que se acaba de aludir será con probabilidad aún más desfavorable a la ley de policía, ya que en principio ningún argumento podría justificar que la legislación de un Estado perturbe una libertad fundamental en un ámbito en el que su intervención unilateral será difícilmente justificable⁹.

2. Supuestos sustraídos de la acción del juez del Estado que ha aprobado la ley de policía

La importancia de los intereses en juego comporta que las consecuencias de esta sustracción deban enunciarse claramente y con carácter previo a la presentación de los medios que permiten llevarla a cabo.

⁶ STJCE 23 de noviembre de 1999, as. C-369/96: *Arblade*, Rec. 1999, I-8453, con nota de Fallon en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, p. 710; STJCE 15 de marzo de 2001, as. C-165/98: *Mazzoleni*, Rec. 2001, I-2189, con nota de Pataut en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, p. 495; STJCE 25 de octubre de 2001, as. C-49/98, C-50/98 a C-68/98: *Finalarte*, Rec. 2001, I-7831; STJCE de 24 de enero de 2002, as. C-164/99: *Portugaia*, Rec. 2002, I-787.

⁷ Cf. E. Pataut, “Lois de police et ordre juridique communautaire”, en A. Fuchs, H. Muir-Watt, y E. Pataut (dirs.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, pp. 117 ss.

⁸ Cf. STJCE 30 de septiembre de 2003, as. C-167/01: *Inspire Art*, con nota de Luby en *JCP G*, 2004 II 10002, y nota de Pataut en *D.*, 2004, J.491.

⁹ Cf. E. Pataut, *loc. cit.*, pp. 127 ss.

A) La consecuencia: la extranjerización de la ley de policía

Cuando el supuesto al que resulta aplicable la ley de policía de un determinado Estado le es sustraído a los tribunales de dicho Estado, la ley de policía deviene “extranjera” desde el momento en que es invocada ante los tribunales de otro Estado.

El Convenio de Roma adoptó una solución que en su tiempo pudo parecer destacable, en la medida en que supeditaba la aplicabilidad de las leyes de policía extranjeras a ciertas condiciones que correspondía examinar al juez del foro. Así, no se le imponía al juez la aplicación de una ley de policía extranjera, ya que podía perfectamente rechazar dicha aplicación. Más precisamente, las leyes de policía no se caracterizaban por ser aplicables de oficio por parte del juez extranjero. Una vez invocada por una de las partes, o introducida en el debate procesal por el juez (puesto que la ausencia de obligación de aplicación de oficio no equivale a la prohibición sistemática de cualquier iniciativa por parte del juez), la ley de policía debía superar el test relativo a la oportunidad o utilidad de su aplicación, test que venía impuesto por el último inciso del art. 7.1º del Convenio de Roma¹⁰.

Así, para la mayoría de los Estados vinculados por el Convenio de Roma la aplicación de las leyes de policía extranjeras era posible, aunque no obligatoria. Una sentencia francesa vino a demostrarlo recientemente, puesto que aceptó dar efecto a una ley de embargo ghanesa¹¹. No obstante, para los Estados que habían efectuado la reserva admitida por el Convenio, la aplicación de las leyes de policía extranjeras quedaba simplemente excluida.

Evidentemente, el RR I no podía mantener la posibilidad de efectuar reservas. Se adoptó por tanto una solución de apertura a las leyes de policía extranjeras, que se impone a todos los Estados en los que se aplica dicho instrumento. Con todo, el art. 9.3º RR I ha adoptado en relación a estas normas una solución más restrictiva que la del Convenio de Roma. En primer lugar, restringe el ámbito de las leyes de policía extranjeras, en la medida en que sólo serán tomadas en consideración las que estén en vigor en el lugar de ejecución de las obligaciones derivadas del contrato y a condición de que hagan la ejecución del contrato ilegal. Además, al igual que sucedía bajo la vigencia del Convenio de Roma, los jueces no tienen la obligación de aplicar las leyes de policía extranjeras, al

¹⁰ Cf. P. Mayer, “Les lois de police étrangères”, *loc. cit.*; P. Lagarde, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 287 ss.

¹¹ Cf. ass. Civ. 16 de marzo de 2010, con nota de A. Marchand en *Journ. dr. int.*, 2011, p. 98; Ph. Delebecque, *Il diritto marittimo*, 2011, p. 403; C. Nourissat, *Rev lamy dr. Aff.*, 2010, p. 63.

haberse evitado cuidadosamente en ambos textos el uso del término “aplicar” y prever en cambio que pueda “darse efecto” a dichas normas¹².

Así, la aplicación de las leyes de policía puede verse comprometida en función del comportamiento de las partes desde la perspectiva jurisdiccional. El demandante puede eludir los tribunales del país en el que la ley de policía está en vigor cuando existan varios foros de competencia concurrentes. Estos tribunales también pueden verse eludidos en virtud de una cláusula de elección de foro o de una cláusula de arbitraje. Prestaremos especial atención a estos dos últimos supuestos, esto es, a los medios utilizados de común acuerdo por las partes.

B) Los medios: la supresión de la competencia de los tribunales del foro

Son dos los supuestos en los que cabe soslayar leyes de policía potencialmente aplicables.

a) Cláusula de arbitraje

El primer supuesto corresponde a los casos en que las partes han excluido el recurso a los tribunales del país en el que la ley de policía está en vigor mediante la inserción de una cláusula de arbitraje en su contrato.

Conviene señalar en primer lugar que la potencial aplicabilidad de una ley de policía al fondo de un litigio sometido a arbitraje no es *a priori* susceptible de cuestionar ni el principio de validez del convenio arbitral (principio propio del Derecho francés del arbitraje internacional) ni el de la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre su propia competencia (principio ampliamente extendido). En otras palabras, la aplicabilidad de una ley de policía, cualquiera que sea el país del que provenga, no puede constituir, desde la perspectiva del Derecho del arbitraje internacional, un obstáculo preliminar a la competencia del tribunal arbitral. Admitido esto, ya no existe en la actualidad motivo alguno por el que los árbitros tengan que declararse incompetentes por razones de fondo relativas a la aplicabilidad de una normativa de orden público económico (categoría a la que pertenecen las leyes de policía)¹³.

Considerando pues que los árbitros no pierden su competencia por razón de la aplicabilidad de leyes de policía, se colige que éstas deberían poder ser aplicadas por los mismos. Sin embargo, el modo de determinación del Derecho aplicable al fondo del litigio en el arbitraje internacional no permite *a priori* garantizar

¹² Cf. P. Lagarde y A. Tenenbaum, “De la Convention de Rome au Règlement de Rome I”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, p. 767 ss; P. Deumier y J-B. Racine, “Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle”, *Rev. contrats*, 2008, pp. 1309 ss.

¹³ Cf. Ch. Seraglini, “Lois de police et justice arbitrale internationale”, *Dalloz*, 2001, pp. 74 ss; J-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999. Como recuerdan los autores recién citados, esta cuestión puede igualmente abordarse en términos de arbitrabilidad del litigio.

sistemáticamente la aplicación de tales leyes¹⁴. Esta solución es válida para todas las leyes de policía, en la medida en que un tribunal arbitral internacional no actúa en nombre de ningún Estado y carece por tanto de una *lex fori* en el sentido en que la tienen los tribunales estatales. Así, para un tribunal arbitral todas las leyes de policía deben considerarse leyes de policía extranjeras, estando por tanto situadas en pie de igualdad.

En el arbitraje, el problema se desplaza más bien a la cuestión del título de aplicación de una ley de policía extranjera respecto a la ley aplicable al contrato. Sería inexacto afirmar que un tribunal no dará efecto en ningún caso a una ley de policía de un ordenamiento jurídico distinta al de la ley del contrato. Pero el tribunal arbitral deberá dejarse convencer de la pertinencia de aplicar dicha ley en detrimento de una norma de conflicto que le impone aplicar exclusivamente las normas jurídicas escogidas de común acuerdo por las partes. Con todo, tal resultado no está garantizado, y dependerá en gran medida de la concepción que de su propio cometido tenga el tribunal arbitral.

Numerosos ejemplos demuestran las dudas e incluso el rechazo que los tribunales arbitrales pueden manifestar cuando se les plantea la cuestión de la aplicación de leyes de policía, si bien el rechazo no es sistemático. Tal rechazo puede manifestarse en relación con leyes de policía que forman parte de la ley del contrato, en tanto que su aplicación podría resultar contraria a las expectativas de las partes. El rechazo puede igualmente afectar a leyes de policía externas a la ley del contrato, y con mayor fuerza aún sin ninguna de las partes reclama su aplicación.

El segundo supuesto surge con las cláusulas de elección de foro.

b) Cláusula de elección de foro

Al despojar a los tribunales de la competencia que les habría correspondido en ausencia de dicha cláusula, los acuerdos de elección de foro privan a las leyes de policía de la vía más segura para garantizar su aplicación: la competencia de los tribunales del ordenamiento jurídico al cual pertenecen. De este modo, resultan rebajadas al rango de leyes de policía extranjera, y con ello la probabilidad de que se les dé efecto disminuye sensiblemente.

Ello da lugar a un riesgo de “desactivación” de la imperatividad de las leyes de policía. Con todo, es más bien difícil imaginar cómo podría concebirse una especie de “excepción de ley de policía” que actuase como obstáculo a la licitud de las cláusulas de elección de foro. El Convenio de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro no contiene regulación alguna en este

¹⁴ Cf. L. Radicati di Brozolo, “Arbitrage international et lois de police. Considérations sur les conflits de juridiction dans le commerce international”, *R. des C.*, t. 315, 2005, pp. 269 ss.

sentido, sino que se limita en el art. 6.c) a una muy vaga referencia a una contradicción manifiesta con el orden público del tribunal al que se ha acudido¹⁵.

La *Cour de cassation* francesa, cuando se le sometió expresamente esta cuestión, rechazó abiertamente declarar la invalidez de una cláusula de elección de foro a causa de la aplicabilidad de una ley de policía francesa cuya aplicación se veía soslayada en ese supuesto¹⁶. La seguridad jurídica garantizada por las cláusulas de elección de foro se habría visto seriamente puesta en entredicho si la existencia de una ley de policía potencialmente aplicable bastase para paralizar su eficacia.

Así pues, los obstáculos susceptibles de erigirse frente a la aplicación de las leyes de policía, una vez que éstas han sido identificadas, no son en absoluto despreciables. Conviene por ello plantearnos a continuación si determinadas soluciones pueden contribuir a superar dichos obstáculos.

II. Las soluciones frente a la inaplicación de las leyes de policía

Estas soluciones pueden provenir del Derecho de la Unión Europea (1). Pueden asimismo provenir de una “segunda oportunidad” de aplicación de las leyes de policía (2).

1. Soluciones provenientes del Derecho de la Unión Europea

Muchos instrumentos del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, pertenecientes tanto al Derecho originario como al Derecho derivado, determinan su propio ámbito de aplicación en el espacio, incluso en supuestos relativos a relaciones jurídicas que presentan vínculos con Estados terceros.

No obstante, existen también otros instrumentos, por ejemplo Directivas, que tienen por objetivo regular las cláusulas contractuales en determinados ámbitos materiales (relaciones que afectan a consumidores, distribuidores, trabajadores...). El ámbito de aplicación espacial de estas Directivas no viene necesariamente delimitado de forma expresa por el legislador. En tal caso, su aplicación a un supuesto internacional depende, en consecuencia, de las normas de DIPr vigentes en cada uno de los Estados miembros, o bien de reglas de aplicabilidad

¹⁵ Cf. A. Bucher, “La Convention de la Haye sur les accords d’élection de for”, *RSDIE*, 2006, pp. 29 ss; C. Kessedjian, “La Convention de la Haye du 30 juin 2005 sur l’élection de for”, *Journ. dr. int.*, 2006, pp. 813 ss.

¹⁶ *Cass. Civ.* 22 de octubre de 2008, con nota de M–N. Jobard–Bachelier y F–X. Train en *Journ. dr. int.*, 2009, p. 599; Bureau y H. Muir Watt, “L’impérativité désactivée? (à propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 22 octobre 2008)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2009, pp.1 ss; H. Gaudemet–Tallon, en *Liber amicorum Kurt Siehr*, *op. cit.*, pp. 707 ss.

descubiertas al margen de las reglas sustantivas¹⁷. La cuestión es ciertamente compleja, de modo que aquí no podemos sino mencionarla brevemente.

Resulta difícil no referirse en este punto a la sentencia *Ingmar*, decisión que hizo correr ríos de tinta y suscitó numerosas críticas y temores¹⁸. Ciertamente la sentencia *Ingmar* se ocupa más de la extensión del método de las leyes de policía que de su aplicación. Sin embargo, la voluntad del Tribunal de Justicia de garantizar la aplicación de la Directiva a un supuesto internacional desbancó en cierta medida la cuestión de la calificación.

Basta simplemente recordar que la sentencia *Ingmar* no dudó en aplicar la Directiva europea sobre agentes comerciales según el método de las leyes de policía. En esencia, el Tribunal concluyó, después de haber analizado los objetivos perseguidos por la Directiva, que los arts. 17 y 18, “que garantizan determinados derechos al agente comercial, una vez terminado el contrato de agencia, deben aplicarse cuando el agente comercial haya ejercido su actividad en un Estado miembro, aun cuando el empresario se halle establecido en un país tercero y el contrato se rija por la Ley de este país en virtud de una de sus cláusulas”.

Esta sentencia hizo surgir el temor a una transferencia al menos potencial del conjunto del Derecho derivado a la categoría de las leyes de policía¹⁹. Sin embargo, este riesgo no parece haberse materializado en el tiempo transcurrido desde que se dictó la sentencia, y el temor expresado podría justificarse por el fundamento doble que el Abogado General utilizó en su análisis de la Directiva sobre agentes comerciales, atribuyéndole a la vez un objetivo de protección de las personas y un objetivo de armonización que “tiene como finalidad, entre otras, 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”. Ello supone evidentemente decir mucho, y el análisis es sin duda demasiado general.

Aun siendo discutible el análisis de los objetivos perseguidos por la Directiva, el método seguido a partir de dicho análisis –preconizado por cierto por el Gobierno alemán– no es del todo sorprendente. Lo que se aplica es justamente el método de las leyes de policía, tal y como lo prevén el Convenio de Roma y el RR I, siendo la ejecución del contrato en el territorio de un Estado miembro el dato decisivo para poner en marcha la aplicación de la Directiva.

¹⁷ Cf. J.J. Kuipers, *The Interrelationship between EU Law and Private International Law in Contractual Obligations: Private Autonomy, Overriding Mandatory Provisions and a European Justice Area*, tesis, Instituto Universitario Europeo de Florencia, 2010, pp. 161 ss.

¹⁸ STJCE 9 de noviembre de 2000, con nota de L. Idot en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, p. 107, y nota de J.-M. Jacquet en *Journ. dr. int.*, 2001, p. 511.

¹⁹ Cf. L. Idot, nota precedente.

Otro posible remedio frente a la elusión de las leyes de policía se deriva del nuevo art. 3.4º RR I. Se trata de una disposición mucho más moderada que la solución de la sentencia *Ingmar*. Esta norma obliga a aplicar las disposiciones del Derecho comunitario que no puedan excluirse mediante acuerdo a los contratos en que todos los elementos pertinentes se encuentren localizados, en el momento de la elección, en uno o varios Estados miembros²⁰. Dicha norma puede ser interpretada de dos maneras, si bien ninguna de ellas parece influir en absoluto sobre el resultado práctico de su aplicación. Así, puede entenderse que “internaliza” en cierto modo un contrato internacional-comunitario. Con ello, dicho contrato pasa a ser considerado como un contrato interno desde la perspectiva del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, quedando sometido a las disposiciones imperativas de este ordenamiento. Pero también puede entenderse que “policiíza” (transforma en leyes de policía) las disposiciones imperativas del Derecho europeo a efectos de un contrato que no tenga vínculos fuera de la Unión²¹.

2. La “segunda oportunidad” de aplicación de las leyes de policía

En la medida en que la ley de policía tiene claramente menos posibilidades de ser aplicada por un juez extranjero o por un tribunal arbitral internacional que por un tribunal del Estado que la ha aprobado, ¿cabría hablar de una “segunda oportunidad” de aplicación de la ley de policía cuando los tribunales de este último Estado se vean llamados a pronunciarse sobre los efectos que la decisión del juez extranjero o del tribunal arbitral debe producir en su propio ordenamiento jurídico?

Si partimos de la hipótesis de la ley de policía eludida mediante la elección de arbitraje o de tribunales extranjeros, la segunda oportunidad de aplicación de la ley de policía constituye una vía posible, aunque restringida. En efecto, debe suponerse en primer lugar que la sentencia extranjera o el laudo arbitral serán objeto de un recurso o de una demanda de ejecutur ante los tribunales del país que ha aprobado la ley de policía en cuestión. Como es evidente, este no será siempre el caso, lo que supondrá que se pierda definitivamente la oportunidad de dar efecto a la ley de policía. Debe distinguirse a continuación entre sentencias extranjeras y laudos arbitrales en materia internacional.

²⁰ Compárese con el art. 14.3º RR II.

²¹ Para un examen más profundo de este tipo de razonamiento, cf. G. P. Romano, “Le choix des Principes Unidroit par les contractants à l’épreuve des dispositions impératives”, *Journ. dr. int.*, 2007, p. 473 ss.

A) Sentencia extranjera

La no aplicación de una ley de policía del foro por parte de una sentencia extranjera no constituirá, por regla general, una causa autónoma de denegación de la ejecución. En efecto, si resulta de aplicación el RB I, el mismo no configura el control de la ley aplicada como causa válida de control de la decisión extranjera. Si es aplicable el DIPr autónomo, el control de la ley aplicada en la sentencia extranjera está igualmente muy poco extendido en el Derecho comparado. Francia, que era uno de los últimos países de Europa en practicarlo, eliminó al menos en principio este control en la conocida sentencia *Cornelissen* de 20 de febrero de 2007²².

Resulta de todo ello que el principio de prohibición de revisión de fondo gana terreno, matizado únicamente en caso de contrariedad de la decisión con el orden público internacional. En materia de eficacia de las sentencias extranjeras, no está en absoluto claro que el control de las mismas desde la perspectiva del orden público internacional incluya sistemáticamente el respeto a las leyes de policía del foro²³.

B) Tribunal arbitral internacional

Cuando la resolución haya sido adoptada por un tribunal arbitral internacional, la cuestión se planteará de modo más contrastado. Declarar la incompatibilidad de un laudo arbitral internacional con el orden público internacional del foro porque aquél no ha aplicado una ley de policía no es en absoluto inviable. No obstante, el hecho de que una ley de policía que debería haber sido aplicada haya sido ignorada por el laudo arbitral no constituye un motivo autónomo de anulación o de denegación del executur. En cambio, sí constituye un motivo autónomo el hecho de que el laudo vulnere el orden público internacional en virtud del resultado al que conduce. Con todo, el control al respecto tal y como es concebido por la *Cour de cassation* francesa es uno de los más restrictivos, en la medida en que la vulneración del orden público debe ser “flagrante, efectiva y concreta”²⁴.

²² Cass. Civ. 20 de febrero de 2007, con nota de B. Ancel y H. Muir Watt en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2007, p. 420; con nota de F-X. Train en *Journ. dr. int.*, 2007, p. 1195 y nota de L. d’Avout y S. Bollée en *D.*, 2007, p. 115; M-L. Niboyet, *Gaz Pal Rec.* 2007, doct. 1387.

²³ En este sentido, en sede de eficacia de las sentencias extranjeras, A. Huet, *D.*, 2009 Chr. 684, reserva únicamente la hipótesis de un fraude a la ley de policía francesa.

²⁴ Cass. Civ. 4 de junio de 2008, *SNF/Cytec* y nota de I. Fadlallah en *Rev. arb.*, 2008, p. 473 y nota de A. Mourre en *Journ. dr. int.*, 2008, p. 1107, que aprueba la jurisprudencia de la *Cour de Paris*: CA París 23 de marzo de 2006, con observaciones de S. Bollée en *Rev. arb.*, 2007, p. 100; CA París 18 de noviembre de 2004, *Thalès Air Défense/ GIE Euromissiles*, *Rev arb.*, 2005, p. 751; artículos de L. Radi-

Fuera de Francia esta concepción no siempre es la prevalente. El Tribunal federal suizo es igualmente partidario de un control limitado²⁵. Sin embargo, ciertas decisiones en materia de Derecho de la competencia llevan a cabo un control de conformidad más exigente²⁶.

No obstante, incluso en este punto el Derecho de la Unión Europea hace notar su influencia. Y es que aun cuando en principio la aplicación del Derecho comunitario por los tribunales nacionales de los Estados miembros se efectúa de conformidad con el principio de autonomía procedimental²⁷, el Tribunal de Justicia ha recordado enérgicamente en numerosas ocasiones que los órganos jurisdiccionales deben dar efecto a las disposiciones que conforman el orden público comunitario.

En el ámbito del Derecho de la competencia, la sentencia *Eco Swiss* es bien conocida²⁸: “Un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al art. 81 CE (*ex art.* 85), si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público”.

En materia de protección de los consumidores y de lucha contra las cláusulas abusivas, el Tribunal de Justicia consideró en la sentencia *Mostaza Claro* que un órgano jurisdiccional nacional encargado de resolver un recurso de anulación contra un laudo debía apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si dicho convenio contenía una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor hubiese invocado dicha nulidad no en el marco del procedimiento arbitral, sino solamente en el marco del recurso de anulación²⁹.

Lo mismo sucedió en el caso de una solicitud de ejecución de un laudo arbitral en el que el consumidor no había comparecido y en el que resultaba de aplicación la Directiva del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas. El tribunal debe apreciar el carácter abusivo de la cláusula y extraer las consecuencias que al respecto establezca el Derecho interno, con el fin de asegurar que el consumidor no quede vinculado por dicha cláusula³⁰.

cati di Brozolo, *Rev. arb.* 2005, pp. 529 ss; Ch. Seraglini, *Gaz Pal-Les Cahiers de l'arbitrage*, 2005, n° 2, pp. 5 ss.

²⁵ TF 8 de marzo de 2006, *Tensacicaï*, con nota de L. Radicati di Brozolo en *Rev. arb.*, 2006, p. 763.

²⁶ Cf. por ejemplo CA Bruselas 21 de junio 2009, con observaciones de A. Mourre en *Rev. arb.*, 2009, p. 574; Ch. Seraglini, “Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique: mythes et réalités”, *Gaz Pal-Les cahiers de l'arbitrage*, 2009-1, pp. 5 ss.

²⁷ Cf. L. Idot, nota en *Rev. arb.*, 2007, p. 119.

²⁸ STJCE 1 de junio de 1999, as. C-126/97, *Rec.* 1999, I-3055.

²⁹ STJCE 26 de octubre de 2006, con nota de L. Idot en *Rev. arb.*, 2007, p. 109.

³⁰ STJCE 6 de octubre de 2009, *Asturcom*, con nota de Ch. Jarrosson en *Rev. arb.*, 2009, p. 813.

Dejando de lado el Derecho europeo y volviendo al Derecho del arbitraje internacional de fuente autónoma, debe señalarse que la *International Law Association* (ILA) adoptó una posición equilibrada en la recomendación aprobada en su 70ª conferencia, celebrada en Nueva Delhi en 2002³¹. En ella se efectúa una distinción entre los Principios fundamentales (directamente “oponibles” en cuanto tales) y las leyes de policía. Además, éstas se diferencian claramente de las normas simplemente imperativas. Para que una ley de policía pueda constituir válidamente un motivo de denegación del reconocimiento o de la ejecución de un laudo arbitral, la misma debe “englobar” el supuesto dentro de su ámbito de aplicación (art. 3.b); y además, el reconocimiento o la ejecución deben contravenir manifiestamente los intereses políticos, sociales o económicos protegidos por esta norma.

Debe señalarse la ausencia de toda referencia a las leyes de policía extranjeras. Más allá de cualquier consideración de compromiso, esta elección debe entenderse en el marco de una acción de ejecución. En efecto, solamente las leyes de policía del foro pueden ser, *a priori*, eludidas por un laudo arbitral que las haya ignorado en un supuesto en el que manifiestamente deberían haber sido aplicadas si el juez del foro se hubiese ocupado del litigio. Y el juez del ejecución, estando obligado a comprobar la compatibilidad del laudo con el orden público internacional del foro, puede verse llevado a sancionar por esta vía la violación de una ley de policía del foro³².

Sin embargo, el mismo razonamiento ya no resulta tan convincente en el marco de un recurso en anulación. En efecto, en estos supuestos la competencia del juez se basa casi siempre exclusivamente en la localización en su país de la sede del arbitraje. Pero dicha sede está con frecuencia desprovista de cualquier vínculo con el litigio en sí mismo. En tales condiciones, una ley de policía extranjera al país de la sede puede tener vínculos estrechos con el litigio, mientras que una ley de policía del foro puede no tener ninguno. La recomendación de la ILA rechaza sin embargo tomar en consideración las leyes de policía extranjeras.

Ello supone, en nuestra opinión, que las leyes de policía del foro no conforman *ipso facto* el orden público internacional del foro³³. Éste puede en algunos casos, pero sólo en algunos casos, identificarse con aquéllas. Y dicho orden pú-

³¹ Vid. el texto en *Rev. arb.*, 2002, p. 1066, con comentario de P. Mayer en pp. 1061 ss.

³² Sobre este control y su indeterminación, cf. Ch. Seraglini, *loc. cit.*, pp. 194 ss; “Le contrôle de la sentence arbitrale au regard de l’ordre public international par le juge étatique; mythes et réalités”, *Les Cahiers de l’arbitrage, Gaz. Pal.*, 2009, pp. 5 ss.

³³ Cf. Cass. Civ. de 8 de julio de 2010, con nota de M. Audit y O. Cuperlier en *D.*, 2010, p. 2884, con nota de H. Muir-Watt en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2010, p. 743; y con nota de Dupeyré en *Rev. arb.*, 2010, p. 513.

blico no queda forzosamente limitado a principios o reglas de origen nacional³⁴. Asimismo, nos parece importante subrayar, como hizo Pierre Mayer, que las vulneraciones del orden público internacional no son siempre “materiales”. Conviene también, en ciertas circunstancias, tener en cuenta la vulneración de la regla de la efectividad del orden público (que podría verse infringida a raíz de una violación sistemática de ciertas categorías de leyes de policía, pertenezcan éstas o no al ordenamiento jurídico del foro)³⁵.

³⁴ Cf. M. Forteau, “L’ordre public transnational. Le point de vue de l’internationaliste publiciste”, *Journ. dr. int.*, 2011, pp. 3 ss.

³⁵ P. Mayer, “L’étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police”; *Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, pp. 459 ss.

EL DERECHO EUROPEO ANTE LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LAS RELACIONES INTERNACIONALES: LA MIRADA DEL INTERNACIONALPRIVATISTA*

Jean–Sylvestre BERGÉ

Profesor de la Universidad Paris Ouest, Nanterre La Défense
Centre d'études juridiques européennes et comparées (CEJEC) **

SUMARIO: I. La fragmentación del Derecho aplicable por la confrontación del Derecho internacional privado con el Derecho europeo. 1. El Derecho aplicable fragmentado entre el Derecho conflictual y el Derecho material. 2. ¿El Derecho aplicable fragmentado entre la lógica de la armonía de soluciones y la de competencia entre ordenamientos? II. La fragmentación del Derecho aplicable por la emergencia de divisiones propias al Derecho internacional privado. 1. El desdoblamiento del Derecho aplicable entre las relaciones internas y externas a la Unión Europea. 2. ¿El Derecho aplicable dividido entre las funciones de reparto y de coordinación?

RESUMEN: Cuando hablamos del Derecho europeo –de la Unión Europea– enfrentado con la fragmentación de la ley aplicable a las relaciones internacionales, ¿desde qué Derecho hablamos? Para el jurista privatista, se apuntan dos respuestas. La fragmentación del Derecho aplicable puede resultar, en un primer nivel, de un contraste de las soluciones y métodos del Derecho internacional privado y del Derecho europeo. Pero, en un segundo nivel, puede encontrar acomodo en las construcciones apropiadas del Derecho internacional privado europeo.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA – FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO APLICABLE – APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES – COMPETENCIA ENTRE ORDENAMIENTOS – COORDINACIÓN – SITUACIONES INTERNAS Y EXTERNAS EN EUROPA – FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

ABSTRACT: *When we evoke the question of the European law (European Union) confronted with the fragmentation of the choice of law to the international relations, by what law do we speak? For the private lawyer, two answers are outlined. The fragmentation of the choice of law can result, at the first level, from a confrontation of the solutions and the methods of the private international law and from the*

* Traducido por Miguel Gardeñes Santiago, Profesor titular de Derecho internacional privado, Universitat Autònoma de Barcelona.

** jsberge@gmail.com – <http://lewebpedagogique.com/jsberge/>

European law. But it can also find accommodation, at the second level, in the appropriate constructions of the European private international law.

KEYWORDS: IPL – EUROPEAN UNION LAW – FRAGMENTATION OF LAWS – APPROXIMATION OF LAWS – REGULATORY COMPETITION – COORDINATION – INTERNAL AND EXTERNAL SITUATIONS IN EUROPE – FUNCTION OF THE CONFLICT OF LAWS.

1. Esta comunicación ha sido extraída de una obra que se publicará en Francia¹ sobre la *fragmentación del Derecho aplicable a las relaciones internacionales: miradas cruzadas de los internacionalistas privatistas y publicistas*.

Este tema general se compone de tres datos y una incógnita.

Los datos son los siguientes: –la existencia de relaciones internacionales, es decir, de situaciones de hecho y de Derecho en las que aparecen actores públicos o privados en un contexto que sobrepasa las fronteras de un único Estado; –el riesgo de fragmentación del Derecho aplicable, que, lejos de pertenecer a un único cuerpo homogéneo y acabado de métodos o soluciones jurídicas, sufre, en su aplicación, de un pluralismo más o menos acentuado; –la posibilidad de un análisis cruzado entre juristas internacionalistas publicistas y privatistas, que, aunque bastante raro en nuestras Universidades, encierra numerosas pistas para la investigación.

En cuanto a la incógnita, recae en la propia noción de Derecho aplicable. ¿De qué Derecho hablamos? ¿Se trata del Derecho internacional, del Derecho europeo o del Derecho nacional aplicable? ¿Contemplamos aquí un Derecho creado deliberadamente o, por el contrario, un Derecho espontáneo? ¿Consideramos únicamente el Derecho escrito o hace falta incluir también las fuentes informales? El Derecho aplicable ¿adopta la forma de un Derecho sabio o de un Derecho práctico, de un derecho de dimensión fundamental o de un derecho técnico, etc.?

Ningún elemento del tema nos permite responder de manera definitiva a estos distintos interrogantes, y ello nos deja cierta libertad en este punto.

2. Esta incógnita es sin duda más fácil de resolver en Derecho internacional público que en Derecho internacional privado (DIPr). Nuestra intuición es que el tema de esta jornada de estudio encuentra acomodo de manera natural en las discusiones sobre la fragmentación del Derecho internacional público². La regionalización del Derecho internacional y su parcelación / especialización hacen temer una amenaza a la unidad del Derecho internacional. Hablar de fragmenta-

¹ *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Regards croisés des internationalistes privatistes et publicistes* (dir. J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet, J.-M. Thouvenin), ed. Chemins de Traverse & Bouquino (ediciones en línea y en papel: <http://www.bouquino.fr>); se publicará en 2011.

² P. Daillier, M. Forteau y A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 8ª edición, especialmente n° 37, titulado “Affermissement du droit international régional et risques de fragmentation”.

ción del Derecho aplicable, da a entender que, en estas condiciones, nos preguntamos sobre la fragmentación del Derecho internacional público aplicable.

En Derecho europeo, este interrogante implica sobre todo pronunciarse sobre la fragmentación del Derecho aplicable inducida por el desarrollo del Derecho regional europeo, situado en un estado de competencia con el Derecho internacional general o especial. Es el tema que trata nuestra colega Myriam Benlolo-Carabot³.

¿Qué ocurre con el DIPr?

3. En el contexto del Derecho europeo, especialmente el de la Unión Europea (UE), que será el único que estudiaremos aquí, la cuestión de la fragmentación del Derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales, en el sentido en que anteriormente la han definido los profesores La Pradelle y Niboyet⁴, aparentemente requiere dos niveles de respuesta distintos.

En un primer nivel, la fragmentación del Derecho aplicable puede resultar de un contraste de los métodos y soluciones del DIPr con los del Derecho europeo. Al haber surgido progresivamente el Derecho europeo al lado del DIPr, que lo ha precedido, la cuestión de la fragmentación del Derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales se resuelve en torno a la aplicación concurrente de estos dos Derechos (I). En un segundo nivel, dicha fragmentación puede encontrar cabida en las construcciones propias del DIPr europeo. La fractura entre DIPr y Derecho europeo ya no tiene sentido cuando el segundo se convierte en la fuente del primero. El fenómeno de la europeización del DIPr, relativamente reciente pero de gran alcance, nos obliga entonces a considerar la fragmentación del Derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales en el propio seno de los métodos y soluciones del DIPr de fuente europea (II).

I. La fragmentación del Derecho aplicable por la confrontación del Derecho internacional privado con el Derecho europeo

4. La fragmentación del Derecho aplicable que resulta de una confrontación de las dos materias jurídicas que constituyen el DIPr y el Derecho europeo puede aprehenderse de diferentes maneras. Exploraremos dos vías, escogidas entre otras. Una primera vía consiste en imaginar una fragmentación del Derecho aplicable, partido entre las soluciones de Derecho conflictual derivadas del DIPr y

³ M. Benlolo-Carabot, "Le droit européen face à la fragmentation du droit applicable aux relations internationales: le regard de l'internationaliste publiciste", *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Regards croisés des internationalistes privatistes et publicistes*, op. cit.

⁴ G. de La Pradelle y M.-L. Niboyet, "La fragmentation du droit applicable aux relations internationales. Remarques introductives de l'internationaliste privatiste", *La fragmentation du droit applicable...*, op. cit.

las soluciones de Derecho material definidas en el contexto europeo (1). Una segunda vía pretende comprobar si puede surgir una fragmentación de las indecisiones y vacilaciones entre la lógica de armonía de soluciones que generalmente preside las construcciones de Derecho internacional privado y la lógica de competencia de ordenamientos nacionales que en ocasiones se imputa al Derecho europeo (2).

1. El Derecho aplicable fragmentado entre el Derecho conflictual y el Derecho material

5. Esquematizando, podemos considerar que, en las relaciones privadas internacionales, el Derecho europeo dispone de dos conjuntos distintos de soluciones: las soluciones de Derecho conflictual (reglas de conflicto de jurisdicciones y de conflicto de leyes), que permiten designar el juez nacional competente o la ley nacional aplicable, y las soluciones de Derecho material, aplicables de manera uniforme en todo el espacio europeo.

Esta división entre los dos conjuntos de soluciones provoca una fragmentación del Derecho aplicable. Para aprehender, por ejemplo, una relación familiar o económica entre personas privadas en Europa, es preciso, potencialmente, volver la vista hacia dos familias de reglas europeas –una conflictual y otra material– para determinar cuál de ellas tiene vocación de ser aplicada.

6. Se plantea la cuestión muy general y a fin de cuentas simple de si entre estos dos Derechos –uno conflictual y el otro material–, el Derecho europeo ha elegido, estableciendo una preferencia por uno de ellos. Para responder a esta pregunta, hace falta adentrarse en una de las empresas más importantes del Derecho europeo: la aproximación de las legislaciones nacionales. Efectivamente, dicha aproximación puede afectar tanto al DIPr como al Derecho material de fuente estatal.

7. Sobre el primer aspecto, una visión rápida de los principales instrumentos del DIPr europeo muestra como, lejos de hacer desaparecer esta materia, el Derecho europeo se ha lanzado a una vasta operación de uniformización de las reglas de conflicto de jurisdicciones y de leyes, asegurando entonces incluso su carácter perenne a escala europea.

El fenómeno es antiguo pero ha adquirido amplitud en los últimos años. La adopción relativamente precoz de los dos convenios europeos de DIPr⁵ ha precedido, en efecto, a un movimiento relativamente brutal y reciente de europeización de la disciplina. Este cambio se remonta al Tratado de Amsterdam (1997),

⁵ Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil; Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

que modificó los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea. A partir de dicho texto, el Derecho internacional privado ocupa su propio lugar (*vid.*, en particular, el antiguo art. 65 CE, convertido en el art. 81 TFUE). Esta modificación condujo a las instituciones europeas a emprender la transformación de los convenios existentes en reglamentos⁶ y a la adopción de nuevos textos de Derecho derivado⁷. A partir de ese momento, el DIPr en Europa ya no estaría solamente regido por convenios intergubernamentales comparables a los negociados en otros foros internacionales, y especialmente en el seno de la Conferencia de La Haya. Se rige igualmente por disposiciones de Derecho derivado, cuya adopción, modificación o interpretación dependen de las reglas establecidas por los Tratados europeos. Antes de 1997, había reglamentos y directivas que habían proporcionado soluciones de DIPr en determinadas materias particulares (seguros, seguridad social, Derecho del trabajo, propiedad intelectual, Derecho del consumo, etc.). Pero estas soluciones dispersas, largo tiempo ignoradas por los internacionalprivatistas, no tenían la misma amplitud que los textos recientemente adoptados. Por tanto, el Tratado de Amsterdam ha simbolizado un verdadero cambio en las relaciones entre el Derecho europeo y el DIPr. En la actualidad, dicho cambio ha sido ya muy estudiado⁸.

⁶ Por ejemplo, Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil; Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RR I).

⁷ Por ejemplo, Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (RR II); Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

⁸ *Vid.*, en particular: M.-L. Niboyet y J.-S. Bergé (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, prefacio de M. Fallon, Bruylant, 2003; A. Fuchs, H. Muir Watt y E. Pataut, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004; *Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, 2005; S. Francq, *L'applicabilité spatiale du droit dérivé communautaire au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, 2005; H. Gaudemet-Tallon, "Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses", *R. des C.*, 2005, t. 312; M. Audit, H. Muir Watt y E. Pataut (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, LGDJ, 2008; *Mélanges en l'honneur d'H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008; N. Joubert y S. Corneloup (dir.), *Le Règlement communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008; M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé?*, Dalloz 2009; F. Jault-Seseke, J. Lelieur y Ch. Pigache (dirs.), *L'espace judiciaire européen civil et pénal – Regards croisés*, Dalloz, 2009; S. Sana-Chaillé de Néré (dir.), *Droit international privé, États membres de l'Union européenne et États tiers*, Litec, 2009; H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ (4^e ed.), 2010; sobre esta materia, en inglés: U. Magnus y P. Mankowski (ed.), *European Commentaries on Private International Law – Brussels I Regulation*, Sellier, 2007.

8. Sobre el segundo punto, la aproximación del Derecho material de los Estados miembros por el Derecho europeo, no cabe duda de que ha adquirido también una amplitud bastante considerable. Después de la firma, en 1957, del Tratado que instituyó la Comunidad Económica Europea (CEE), la situación también ha evolucionado. La aproximación de los Derechos nacionales se ha enriquecido con diversas funciones, y sus manifestaciones se han multiplicado.

Durante mucho tiempo, la aproximación de los Derechos nacionales cumplió una única función: la realización del gran mercado europeo. Después, la lógica económica fue progresivamente sobrepasada por la toma en consideración de dimensiones no comerciales. Al mismo tiempo, los Tratados en vigor fueron profundamente modificados para permitir la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. De este modo, las finalidades perseguidas por la política de armonización de legislaciones nacionales de los Estados miembros fueron objeto de una profunda renovación. El alineamiento de las exigencias reglamentarias con la mirada puesta en la realización del gran mercado común se acompañó a partir de ese momento de un objetivo de definición de reglas comunes para asegurar la libre circulación de personas o para conceder derechos a los nacionales de países terceros, para luchar contra la criminalidad transfronteriza o para establecer una cooperación judicial en materia civil y penal.

Para llevar a cabo su política de aproximación de las legislaciones nacionales, las instituciones europeas han puesto en práctica un considerable número de acciones. Se traducen sobre todo en la adopción de textos de Derecho derivado, especialmente reglamentos, directivas, decisiones-marco y decisiones, en ámbitos muy diversos. De esta manera, se ven afectados por la política europea de aproximación de los Derechos nacionales: la agricultura (*v.gr.*, reglamentación de los mercados y de los modos de producción); el sector audiovisual, los medios de comunicación y la sociedad de la información (*v.gr.*, reglamentación de las emisiones de televisión, la radiodifusión, el comercio electrónico y la protección de datos de carácter personal); la energía (*v.gr.*, la normalización de las fuentes de energía, la transparencia en materia de precios, las medidas de ahorro energético); la circulación de personas (*v.gr.*, el derecho de residencia, la reagrupación familiar, el control en las fronteras interiores y exteriores, la lucha contra la inmigración clandestina, el tratamiento de las demandas de asilo); la competencia (*v.gr.*, la lucha contra las prácticas anticompetitivas); la cooperación en materia civil y mercantil (*v.gr.*, las normas de procedimiento civil); la cooperación en materia policial y penal (*v.gr.*, la lucha contra la criminalidad transfronteriza o contra el terrorismo); la fiscalidad (*v.gr.*, el IVA, la fiscalidad de las empresas, la lucha contra el fraude y la evasión fiscal); la moneda (el euro); la normalización y las reglamentaciones técnicas de las mercancías (*v.gr.*, productos alimenticios, vehículos de motor, material eléctrico, productos cosméticos,

textiles); la contratación pública (*v.gr.*, coordinación de procedimientos, utilización de los mismos formularios); la pesca (*v.gr.*, organización de los mercados, gestión de los recursos); la política social (*v.gr.*, condiciones de trabajo, la seguridad social, la igualdad entre hombres y mujeres); la propiedad intelectual e industrial (*v.gr.*, derechos de autor y afines, marcas, diseños y modelos, patentes); la protección del medio ambiente (*v.gr.*, conservación de la flora y la fauna, lucha contra la contaminación, gestión de los residuos, control de materias peligrosas); la protección de los consumidores (*v.gr.*, salvaguarda de sus intereses económicos, información, seguridad y salud); la reglamentación de los capitales (*v.gr.*, su transferencia o los créditos); reglamentación de los servicios; las sociedades (*v.gr.*, fusiones, ofertas públicas de adquisición); la salud (*v.gr.*, reglamentación de los medicamentos); las actividades financieras (banca, bolsa y seguros; *v.gr.*, las condiciones de acceso a la actividad y los modos de regulación, reglamentación de ciertos contratos u operaciones); los derechos de aduana (*v.gr.*, definición del arancel exterior común); los derechos humanos, las profesiones reglamentadas (*v.gr.*, el reconocimiento mutuo de títulos que permiten el acceso a las profesiones, y especialmente a las del sector sanitario); los transportes (*v.gr.*, reglamentación técnica, reglamentación profesional, estructura del mercado), etc. Todos estos ámbitos no interesan por igual a las relaciones privadas internacionales. Pero todos pueden incidir en ellas a través del establecimiento de reglas materiales susceptibles de aplicarse directamente a relaciones de Derecho privado, sin contar con la intermediación de una solución de DIPr.

9. Si comparamos estas dos vías de aproximación a escala europea de los Derechos nacionales, las cuestiones de DIPr, por una parte, y las de Derecho material, por otra, observamos que el Derecho europeo no concede preferencia a ninguna de las dos. Por el contrario, ha decidido situar el DIPr y el Derecho material en una dinámica común de aproximación de los Derechos nacionales.

Esta elección tiene como resultado una fragmentación duradera del Derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales en el espacio europeo. Para cada situación, el jurista se ve obligado a analizar meticulosamente el conjunto de recursos del Derecho europeo para determinar si el Derecho aplicable resulta o no de una regla conflictual o material europea. La tarea no siempre es fácil. Veamos algunas dificultades a las que puede enfrentarse el jurista. En primer lugar, cuando el Derecho europeo logra dar una definición uniforme o casi uniforme de una regla material susceptible de aplicarse a relaciones de Derecho privado, no por ello desaparece el DIPr, en la medida en que siempre se plantea la cuestión de la definición del ámbito de aplicación material y espacial de la regla uniforme. Fuera de su ámbito de aplicación, la solución de Derecho material no puede tener lugar, de modo que el DIPr se ve abocado a tomar el relevo. En segundo lugar, con mucha frecuencia el Derecho europeo no logra o no desea

obtener una solución de Derecho sustancial uniforme, ya sea en su propia formulación⁹, ya sea en la manera de interpretarla¹⁰. La aproximación de legislaciones nacionales ofrece una amplia paleta de soluciones que van desde la coordinación de las legislaciones nacionales, a su armonización, hasta su uniformización, o incluso unificación¹¹. En fin, podemos observar como las instituciones europeas son cada vez más conscientes de la necesidad de combinar las reglas europeas de DIPr y de Derecho material, de suerte que, con frecuencia, la situación privada internacional depende de los dos tipos de soluciones definidas por el Derecho europeo. Encontramos ejemplos de ello sobre todo en materia de protección de los consumidores, de prestación de servicios, de derechos de autor o de protección de datos de carácter personal¹².

La fragmentación del Derecho aplicable tiene ante sí días dorados.

2. ¿El Derecho aplicable fragmentado entre la lógica de la armonía de soluciones y la de competencia entre ordenamientos?

10. El DIPr se halla impregnado de una fuerte voluntad de coordinación de los sistemas jurídicos nacionales. Es una de sus grandes funciones, si no la principal. Tiene vocación de hacer que los Derechos nacionales convivan; aspira, entre otros objetivos, y según diferentes métodos y técnicas, a una armonía internacional de soluciones¹³. En cuanto al Derecho europeo, a veces se nos presenta como un espacio regional de puesta en competencia de legislaciones nacionales. Algunos análisis económicos del Derecho proponen sobre todo interpretar la construcción europea a la luz de las doctrinas de origen americano sobre la *regulatory competition*¹⁴.

⁹ Sería el caso de la norma de mínimos que permite que los Estados puedan ir más allá de las reglas mínimas europeas.

¹⁰ El TJ no siempre pretende definir de manera autónoma los términos empleados por los textos europeos.

¹¹ Sobre este tema, *vid.* A. Jeammaud, "Unification, uniformisation, harmonisation: de quoi s'agit-il?", *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant, 1988, p. 55, y prefacio en "Actualité du régime du travail dans le cadre de l'Union européenne", *Dr. soc.*, 2005, p. 493.

¹² Sobre algunos de estos ejemplos, *vid. infra*, nº 20.

¹³ Son evidentemente muy numerosos los autores que han trabajado y que continúan reflexionando sobre el tema de la coordinación. Por no citar más que dos nombres de autores contemporáneos, pensamos, en particular, en los trabajos de H. Batiffol (*Aspects philosophiques du droit international privé*, ed. Dalloz, 1956, esp. pp. 212 ss; *id.*, "Réflexions sur la coordination des systèmes juridiques nationaux", *R. des C.*, 1967, pp. 169 ss) y, más recientemente, en el curso general de P. Mayer, presentado en julio de 2003 en la Academia de Derecho internacional de La Haya ("Le phénomène de la coordination des ordres juridiques en droit international privé", *R. des C.*, 2003, p. 9).

¹⁴ *Vid.*, además de las referencias que después se citarán, los estudios generales sobre la construcción europea: D.C. Esty y D. Geradin (eds.), *Regulatory Competition and Economic Integration – Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2001; S. Deakin, "Legal Diversity And Regulatory Competition: Which Model For Europe?", *European Law Journal*, 2006, 12–4, p. 440; A. Raynouard, "La concurrence normative dans l'Union européenne", en S. Robin-Olivier y D. Fasquelle (dirs.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire: une lecture des phénomènes de régionalisation*

Con esta doble lectura del DIPr y del Derecho europeo, resulta tentador preguntarse si la fragmentación del Derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales puede resultar de un enfrentamiento entre dos métodos radicalmente distintos: el método de la armonía de soluciones del DIPr y el método competitivo que se imputa al Derecho europeo.

Esta hipótesis de fragmentación nos parece muy discutible por dos razones. Por una parte, no es posible reconducir las construcciones de DIPr a una única y exclusiva función de armonía de soluciones. El DIPr también puede analizarse como un instrumento de puesta en competencia de los sistemas jurídicos nacionales¹⁵. Por otra parte, y éste es el único punto que desarrollaremos, contrariamente a lo expresado por ciertas opiniones, resulta difícil reconducir el conjunto de la construcción europea a un escenario de competencia entre sistemas jurídicos nacionales.

11. Desde nuestro punto de vista, el Derecho europeo no puede adoptar, sin resultar dañado, las teorías americanas sobre la competencia entre ordenamientos¹⁶. No ha sido ni pensado ni desarrollado según el modelo neoclásico desarrollado a partir del análisis de Tiebout¹⁷. La “Comunidad Europea del Carbón y del Acero” (CECA), después la “Comunidad Económica Europea” (CEE), transformada en “Comunidad Europea” (CE), convertida en “Unión Europea” (UE), su “mercado común”, convertido en “mercado interior” o “gran mercado”, fueron imaginados, no como un espacio de guerra económica, sino como instrumentos de paz, juzgados indispensables para el acercamiento de los Estados europeos. No hay acercamiento posible entre una doctrina económica que reposa sobre la competencia entre sistemas jurídicos y un Derecho europeo que, en sentido contrario, se esfuerza en construir una “comunidad de leyes”¹⁸, imponiendo desde el principio limitaciones reglamentarias al mercado. Desde el principio, se trataba, en efecto, de acompañar con políticas comunes el levantamiento progresivo de las barreras económicas nacionales. La política agrícola común y la unión aduanera, por ejemplo, fueron concebidas de tal manera que los actores públicos centrales, europeos en este caso, intervienen en un estadio inicial del proceso de

et de mondialisation du droit, Bruylant, 2008, p. 87.

¹⁵ *Vid.*, en este sentido, los trabajos de H. Muir Watt y, especialmente, “Aspects économiques du droit international privé”, *R. des C.*, 2004, t. 308, p. 28; *id.*, “Concurrence d’ordres juridiques et conflits de lois de droit privé”, *Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005, p. 615.

¹⁶ Para una doble análisis, económico y jurídico, en este sentido: J.-S. Bergé y S. Harnay, “Concurrence entre règles juridiques et construction européenne: à propos de l’analyse économique du droit”, *Mélanges M. Bazex*, 2009, Litec, p. 15; *id.*, “Les analyses économiques de la concurrence juridique: un outil de modélisation du droit européen?”, *Rev. int. dr. écon.*, 2011, de próxima aparición.

¹⁷ C. Tiebout, “A Pure Theory of Local Expenditure”, *Journal of Political Economy*, 1956, 64, 5, p. 416.

¹⁸ J.-S. Bergé, “Le droit d’une communauté de lois: le front européen”, *Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005, p. 113.

liberalización y no únicamente *a posteriori*, para corregir las eventuales desviaciones del mercado.

Ciertamente, el proceso de acompañamiento a veces ha faltado. En muchos ámbitos, la apertura del mercado ha sido tan rápida que no ha sido posible encauzarla a través de medidas que redujeran las divergencias entre las reglamentaciones de los Estados miembros. La reacción de las instancias públicas no se ha hecho esperar. Sobre todo, ha venido de la mano del juez europeo –el Tribunal de Justicia– quien, muy pronto, denunció el comportamiento “unilateral” de los Estados que aplicaban su legislación nacional sin tener en cuenta la existencia en el seno del espacio europeo de divergencias significativas con las legislaciones de los otros Estados miembros¹⁹. Contrariamente a lo que considera el modelo neoclásico, la competencia brutal e ilimitada de las reglamentaciones nacionales no es un objetivo buscado por los actores institucionales. Todo lo contrario, es condenada. En el seno de la Unión, un Estado que disponga de una reglamentación diferente de la de otro debe ser capaz de justificar sus razones (principio de necesidad) y de aplicarla con contención (principio de proporcionalidad). Se trata del test de compatibilidad.

El *laissez faire ab initio*, inherente al modelo basado en una competencia horizontal entre los sistemas jurídicos locales, es extraño a la construcción europea. Decididamente intervencionista, cuando pone en práctica el “método de integración”, el Derecho europeo rehúsa remitirse al mercado e intervenir únicamente como último recurso. Por el contrario, el legislador o el juez se esfuerzan en actuar lo más pronto posible para acompañar el proceso de liberalización de los mercados en el espacio común europeo. Lo que vale para el mercado interior vale también *mutatis mutandis* para el espacio de libertad, seguridad y justicia. En estos ámbitos, los resortes de la construcción europea reposan sobre la creación de nociones propiamente europeas (v.gr., la ciudadanía europea²⁰) y sobre técnicas de cooperación entre autoridades nacionales (v.gr., el reconocimiento mutuo), que suponen una intervención *en amont* de una autoridad central. Aquí el Derecho no se construye, pues, como resultado de un proceso de puesta en competencia de las soluciones jurídicas nacionales o locales.

12. Sin embargo, el método europeo de integración, históricamente llamado “método comunitario”, no funciona siempre de manera conveniente. En ámbitos sensibles, especialmente en materia de fiscalidad o de reglamentaciones laborales, el mantenimiento de la regla de unanimidad es un auténtico obstáculo a su realización. Este fenómeno también puede observarse en cuestiones que, aunque sometidas a una regla de mayoría, dividen o han dividido a los Estados, hasta el

¹⁹ Se alude a la emblemática STJCE 20 de febrero de 1979, as. 120/78: *Rewe-Zentral: Cassis de Dijon*.

²⁰ Arts. 20 ss TFUE.

punto de que ha parecido preferible no adoptar una respuesta europea. En estas diferentes situaciones de fracaso, no hay duda de que la liberalización de los intercambios en el seno del espacio europeo propicia una competencia entre los sistemas jurídicos nacionales. La construcción europea, cuando no consigue hacer reposar el mercado sobre estándares comunes –mínimos o máximos– deja a los actores públicos o privados locales la posibilidad de jugar con las divergencias nacionales, juego que a veces puede conducir a un alineamiento más o menos espontáneo de las soluciones. En función del sector económico de que se trate, este alineamiento puede hacerse al alza o a la baja. Por ejemplo, un Estado puede tener interés en proteger a los inversores mediante reglas más estrictas que las de los países vecinos, con la esperanza de hacer más atractivo su mercado. A la inversa, un Estado puede implantar una fiscalidad ligera con la intención de atraer hacia su territorio nuevas empresas.

El ejemplo más conocido, en las fronteras entre el Derecho de sociedades y el Derecho fiscal, afecta al reconocimiento de sociedades en el espacio europeo²¹. Ante la incapacidad de los Estados para ponerse de acuerdo sobre los criterios para el reconocimiento mutuo de sociedades extranjeras²², el Tribunal de Justicia ha elaborado una jurisprudencia²³ que hace un buen favor a las reglamentaciones nacionales menos estrictas. En nombre de la libertad de establecimiento, tal como ha sido consagrada en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 49 ss TFUE), una sociedad ficticia establecida de acuerdo con el Derecho de un Estado miembro debe ser reconocida en los otros Estados miembros, incluyendo aquellos que exigen que la empresa ejerza una actividad real y seria en el territorio en el que oficialmente se halle establecida. Indudablemente, esta solución puede propiciar una competencia horizontal de las legislaciones nacionales, y el juez europeo se contentaría de ejercer como “autoridad central” en el caso, del todo excepcional en la práctica, en el que los actores económicos fueran encontrados culpables de fraude o abuso²⁴. El modelo de competencia neoclásico, ampliamente ausente de la cons-

²¹ Vid. especialmente S. Deakin, precitado; P. Zumbansen, “Spaces and Places: A Systems Theory Approach to Regulatory Competition in European Company Law”, *European Law Journal*, 2006, 12, 4, p. 535.

²² La Convención de Bruselas sobre esta materia (1968), adoptada sobre la base del Tratado CEE, no consiguió entrar en vigor.

²³ Vid., en particular, SSTJCE 9 de marzo de 1999, as. C-212 / 97: *Centros*; 5 de noviembre de 2002, as. C-208/00: *Überseering*; 30 de septiembre de 2003, as. C-167/01: *Inspire Art*; 13 de diciembre de 2005, as. C-411/03: *CEVIC*.

²⁴ Vid. las sentencias citadas en la nota anterior. Compárense con la STJCE 12 de septiembre de 2006, as. C-196/04: *Cadbury Schweppes*, que da perfecta cuenta de esta tensión entre el juego libre del mercado y la intervención excepcional de un actor central, en esta ocasión el juez: “... la mera circunstancia de que una sociedad residente cree un establecimiento secundario, como una filial, en otro Estado miembro no puede invocarse para fundamentar una presunción general de fraude fiscal ni servir de justificación a una medida que vaya en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado...” (par. 50); “En cambio, una medida nacional que restrinja la libertad de establecimien-

trucción europea, encuentra de esta manera su lugar cada vez que dicha construcción se muestra incapaz de definir, *a priori*, soluciones en común.

Pero es preciso guardarse de todo juicio precipitado. La jurisprudencia más reciente dictada en materia de sociedades, por ejemplo, demuestra que, en ausencia de armonización mínima de las soluciones nacionales, el Tribunal de Justicia autoriza a un Estado a aplicar la ley nacional que rechace que una sociedad establecida en su territorio tenga la posibilidad de transferir su sede social a otro Estado miembro, conservando al mismo tiempo su personalidad jurídica en el Estado de origen²⁵. Por tanto, todavía no ha llegado el momento en el que las empresas puedan libremente “votar con sus pies” en Europa, escogiendo someterse a su antojo a la ley que les sea más favorable.

13. ¿Qué debemos retener de las consideraciones precedentes? Los métodos del Derecho europeo son diversos, como también lo son los que presiden la elaboración de las soluciones de DIPr. La fragmentación del Derecho aplicable en las relaciones privadas internacionales no resulta de un choque frontal entre los métodos del DIPr y los del Derecho europeo. En realidad, es el resultado de una pluralidad de métodos que puede constatararse en una y otra disciplina.

II. La fragmentación del Derecho aplicable por la emergencia de divisiones propias al Derecho internacional privado europeo

14. En cierto modo, el Derecho europeo y el DIPr se han visto abocados a converger con el progresivo surgimiento de un DIPr europeo²⁶. Sin embargo, ello no significa que el riesgo de fragmentación del Derecho aplicable haya desaparecido. En efecto, las soluciones de DIPr europeo son susceptibles de desdoblarse según afecten a situaciones internas o externas al espacio europeo (1). En cuanto a los métodos del DIPr europeo, puede plantearse la pregunta de si son susceptibles de dividirse entre dos funciones: una de reparto y otra de coordinación (1).

1. El desdoblamiento del Derecho aplicable entre las relaciones internas y externas a la Unión Europea

15. La fragmentación del DIPr europeo aplicable a las relaciones privadas internacionales puede resultar de un desdoblamiento de las soluciones en función de si la situación a regular es interna o externa al espacio europeo. Este fenómeno concierne al conjunto de la materia: extranjería, Derecho aplicable, juez o

to puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate...” (par. 51).

²⁵ STJ 16 de diciembre de 2008, as. C-210/06: *Cartesio*.

²⁶ Sobre este fenómeno, *vid. supra*, nº 7.

autoridad competente, cooperación judicial o administrativa y, finalmente, reconocimiento de decisiones o actos. Tiene, por tanto, un carácter general.

16. El aspecto que presenta es distinto en función de los diferentes sectores. En el terreno de la extranjería, la cuestión del desdoblamiento se halla necesariamente presente²⁷. Establecer una regla que condicione el disfrute de una libertad europea al hecho de poseer la ciudadanía europea, por ejemplo²⁸, equivale a excluir, en principio²⁹, a los nacionales de Estados terceros. Claramente estamos ante un tratamiento diferenciado dependiendo de que la situación esté vinculada a la Unión Europea o a un Estado tercero en función de la nacionalidad del sujeto de derecho.

En el ámbito del reconocimiento de decisiones (y de actos) ocupa un lugar central. Basados en un principio de confianza mutua, marcados por un aligeramiento cada vez mayor³⁰ –o incluso desaparición³¹– de los procedimientos de control, los mecanismos europeos de reconocimiento de decisiones y de actos extranjeros sólo entran en escena cuando la decisión considerada emane de una institución de otro Estado miembro. Por tanto, dichas reglas europeas en principio quedarían confinadas al ámbito de las relaciones internas a la Unión Europea. Para el reconocimiento de decisiones y actos procedentes de Estados terceros, se aplicaría el Derecho de los Estados miembros.

En materia de conflictos de leyes, entendidos en sentido amplio, y de competencia judicial, ocupa un lugar desigual. La regla europea unas veces puede ser de aplicación universal, y otras puede venir acompañada de criterios de aplica-

²⁷ Mientras que no ha dejado de perder trascendencia en el DIPr clásico, la regulación de la condición de los extranjeros conserva un lugar importante en el Derecho europeo. Pensamos en el conjunto de reglas que someten el ejercicio de actividades económicas en la Comunidad por parte de nacionales de Estados terceros a determinadas condiciones de acceso.

²⁸ Por ejemplo, para los trabajadores, el art. 45 TFUE; para las empresas, el art. 49 TFUE.

²⁹ En realidad, esto es cada vez menos cierto, dado que el Derecho europeo se interesa cada vez más por los derechos que se reconocen a los extranjeros: *vid.*, en particular, las explicaciones de S. Robin-Olivier, “Droits fondamentaux et droit des étrangers dans l’évolution récente de l’Union européenne”, *Gaz. Pal.*, 19–21 oct. 2003, n° 292–294, p. 19; *vid.* igualmente, O. Dubos, “Quel statut personnel pour les ressortissants des États tiers?”, *De nouvelles frontières pour le droit communautaire?*, *Droit in situ* 2003, *RAE*, 2003–2004/1, p. 81.

³⁰ *Vid.*, en particular, el Reglamento llamado “Bruselas I” (Reglamento n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil), el Reglamento llamado “Bruselas II bis” (Reglamento n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y por el que se deroga el Reglamento n° 1347/2000), el Reglamento n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

³¹ *Vid.*, en particular, el Reglamento n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

ción³². Tratándose del Derecho aplicable (regla de conflicto, leyes de policía, reglas materiales de DIPr), ciertos instrumentos europeos³³ se aplican sin limitación espacial, mientras que para otros, cada vez más numerosos, se plantea la cuestión de la aptitud del texto para aplicarse a situaciones de hecho localizadas fuera de la Unión Europea. Puede tratarse de textos que contienen exclusivamente reglas materiales³⁴, pero algunos contienen reglas de conflicto³⁵. En materia de competencia judicial, puede decirse que, si en algunos casos el Derecho europeo no ha hecho desaparecer al DIPr de los Estados miembros, que continúa aplicándose a las relaciones con países terceros³⁶, en otros casos prevalece la solución opuesta³⁷.

17. El desdoblamiento potencial de las reglas europeas de DIPr, según que la situación de hecho internacional presente elementos de localización dentro o fuera de la Unión Europea, plantea importantes cuestiones, a la vez que de orden práctico, de orden sustancial e institucional³⁸. En efecto, cuando se admite el desdoblamiento, no es fácil hacer la división entre las situaciones de hecho que se considera que pertenecen al espacio interno europeo y las situaciones de hecho externas. El desdoblamiento nunca es neutro. Tiene incidencia sobre el propio valor de la regla que constituye su objeto. Por ejemplo, el principio de reconocimiento mutuo, que preside las soluciones relativas al reconocimiento de decisiones dictadas por las jurisdicciones de los Estados miembros de la Unión,

³² Sabemos que, apoyándose sobre el Derecho europeo, hace veinte años M. Fallon propuso extraer de dichos criterios la noción de “reglas de aplicabilidad”: “Les règles d’applicabilité en droit international privé”, *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruselas, Memesis, 1986, p. 285.

³³ Reglamento n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RR I), y Reglamento n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (RR II).

³⁴ Es imposible dar una lista, incluso simplemente indicativa, de los muy numerosos textos concernidos, que tratan en Derecho privado de ámbitos tan diversos como el Derecho de la competencia, el Derecho de transportes, la protección de los consumidores, la protección de la vida privada, la protección de la propiedad intelectual, la protección del trabajador, del agente comercial, etc. Para una presentación general, *vid.*: M. Fallon y S. Francq, “La coopération judiciaire civile et le droit international privé. Vers un droit proprement communautaire des conflits de lois ou de juridictions”, *Une Constitution pour l’Europe* (O. de Schutter y P. Nihoul, dirs.), Larcier, 2004, pp. 239 ss.

³⁵ Por sólo citar dos ejemplos: Reglamento (CE) n° 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a los procedimientos de insolvencia, y Reglamento (CE) n° 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, relativo al estatuto de la sociedad europea.

³⁶ Convenio de Bruselas y Reglamento llamado “Bruselas I” que sólo se aplican, en principio, a los litigios que presentan un cierto vínculo con la Unión Europea (domicilio del demandado, presencia de un foro exclusivo, de una cláusula atributiva de jurisdicción...).

³⁷ Reglamento llamado “Bruselas II bis” y Reglamento de obligaciones de alimentos.

³⁸ Para una presentación de conjunto de dichas dificultades, *vid.* nuestro estudio “La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr. 2004–2006*, París, Pedone, 2008, pp. 29 ss y, más tarde, *vid.* igualmente S. Sana-Chaillé de Néré (dir.), *Droit international privé, Etats membres de l’Union européenne et Etats tiers*, precitado.

no podría desplegar sus efectos de la misma manera tratándose de decisiones dictadas por jurisdicciones de Estados terceros con tradiciones jurídicas muy alejadas del modelo europeo. En fin, desde un punto de vista institucional, la cuestión del desdoblamiento se entremezcla con la cuestión, siempre muy delicada, de las competencias de la Unión Europea que, en este ámbito, se ejercen de manera concurrente con las de los Estados, excepto en caso de *preemption*³⁹.

18. Incluso si es causa de fragmentación del Derecho aplicable en las relaciones privadas internacionales, el desdoblamiento de las soluciones de DIPr es muy útil para comprender la complejidad necesariamente inducida por el surgimiento de un nivel regional, intermedio entre el nivel nacional y el nivel internacional. Permite, en efecto, que estos tres niveles puedan convivir, allí donde la ausencia de desdoblamiento se traduce en la desaparición del nivel nacional y, en consecuencia, en una cierta relegación del nivel internacional. En efecto, sí, para las relaciones externas a la Unión Europea, la regla europea se aplica del mismo modo que para las relaciones internas (hipótesis de ausencia de desdoblamiento), suplanta a las reglas nacionales existentes y pone en apuros la capacidad de los Estados miembros para concluir acuerdos con países terceros⁴⁰.

En este contexto, debe considerarse que el desdoblamiento y la fragmentación que comporta son inherentes a la emergencia de un nivel regional al lado de los niveles nacional e internacional preexistentes.

2. ¿El Derecho aplicable dividido entre las funciones de reparto y de coordinación?

19. La cuestión de las funciones de las reglas de DIPr ha sido objeto de sabia y abundante doctrina. Interesa al tema objeto de este estudio en la medida en que, en particular, pone de relieve dos aproximaciones al DIPr, y especialmente a las reglas de conflicto de leyes: una aproximación publicista que ve en la regla de conflicto una función de reparto de competencias entre ordenamientos jurídicos nacionales, y una aproximación generalmente considerada –con razón o sin ella– como privatista, de reglamentación de las relaciones de Derecho privado, que llamaremos, para simplificar, función de coordinación⁴¹.

La construcción europea no queda a salvo de la discusión sobre la función del DIPr, por poco que se acepte que dicha construcción encuentra un lugar que les

³⁹ Para un ejemplo de *preemption*, vid. el Dictamen 1/2003, pronunciado a propósito del Convenio de Lugano.

⁴⁰ Para una ilustración reciente de las tensiones de este tipo, a propósito del ya citado Reglamento n° 4/2009 y de sus relaciones con un Convenio de La Haya, vid. la crónica sobre las interacciones entre el Derecho internacional y el europeo, *Journ. dr. int.*, 2010, esp. pp. 900 ss.

⁴¹ Para una aproximación de conjunto y renovada sobre la cuestión, vid. D. Bureau y H. Muir Watt, *Droit international privé*, PUF, 2010, t. I, esp. n° 344 ss, y las numerosas referencias allí citadas.

es propio en el DIPr⁴². La cuestión que nos interesa saber es si la fragmentación del Derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales puede resultar, en el DIPr europeo, de una dualidad de funciones de la regla de conflicto, y en particular de la regla de conflicto de leyes. Una de dos: o consideramos que Europa ha escogido definitivamente entre una de las dos funciones y entonces el riesgo de fragmentación ya no existe o, por el contrario, consideramos que las dos funciones coexisten y entonces dicho riesgo permanece.

A la vista de las diferentes realizaciones del DIPr europeo, no sorprende que sea la segunda de las alternativas anteriores la que se imponga. Para comprobarlo, nos basaremos en los textos de Derecho derivado y en la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia.

20. De manera esquemática, puede decirse que el DIPr de fuente europea se descompone en dos grandes familias de reglas de conflicto de leyes: las formuladas de manera más bien general, perfectamente clásicas, bilaterales y *a priori* neutras, y las reglas muy especializadas, de cariz repartidor, que a menudo dan lugar a la formulación de reglas de conflicto unilaterales.

En particular, se encontrarían entre las primeras la mayor parte de las soluciones de los ya citados Reglamentos Roma I y Roma II, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales. En cuanto a las segundas, se encuentran en materias especializadas, ya se trate de reglamentar el acceso a las actividades reguladas (bancos⁴³, v.gr.), ya se trate de aprehender cuestiones de Derecho privado (radiodifusión de obras por satélite⁴⁴, circulación transfronteriza de datos de carácter personal⁴⁵, comercio electrónico⁴⁶, contrato de seguro⁴⁷, v.gr.).

⁴² Los más recientes tratados de Derecho internacional privado dan perfecta cuenta de esta impregnación de Derecho europeo (*vid.*, en particular, desde su primera edición en 2007, M.-L. Niboyet y G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ), pero sabemos que la cuestión de la europeización de la materia es todavía muy discutida por una parte de la doctrina. Para una presentación sintética de estas discusiones, *vid.*, junto con las referencias que cita, J.-S. Bergé y S. Robin-Olivier, *Droit européen (Union européenne – Conseil de l'Europe)*, 2ª ed., PUF, 2011, esp. nº 635.

⁴³ Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de establecimiento de crédito y su ejercicio (DO L 177 de 30.6.2006); art. 25 ss, que someten la autorización de establecimientos bancarios únicamente a las condiciones definidas por la ley de su país de establecimiento (teoría del *home country control*).

⁴⁴ Directiva 93/83/CEE, de 27 de septiembre de 1993, relativa a la coordinación de ciertas reglas sobre derechos de autor y afines aplicables a la radiodifusión por satélite y a la retransmisión por cable (DO L 248 de 6.10.1993, cdo. 14 y art. 2).

⁴⁵ Por ejemplo, Decisión de la Comisión nº 2001/497/CE (modificada) relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos de carácter personal hacia países terceros: considerando 17 y cláusula nº IV, adoptada en aplicación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que concierne al tratamiento de datos de carácter personal y a la libre circulación de tales datos.

⁴⁶ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico, art. 3.

Estos dos conjuntos de soluciones deben convivir en el espacio europeo, y esto no siempre es fácil de poner en práctica. El aspecto más intensamente discutido es el de si el Derecho europeo puede, bajo capa de un objetivo de regulación de las actividades económicas, inmiscuirse en el terreno de la ley aplicable a los actos y hechos de Derecho privado⁴⁷. Nuestra firme convicción es que los dos tipos de aproximación deben coexistir de manera duradera, de modo que hay aprender a hacerlos convivir, tras un proceso de comparación, combinación y, eventualmente, de jerarquización⁴⁹.

En el ámbito del Derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales, esta diversidad se traduce en una fragmentación evidente de los métodos y, en consecuencia, de las soluciones. El DIPr se alimenta de todas las fuentes del Derecho europeo, ya se inscriba éste en una función de coordinación o en una de reparto. La europeización de la disciplina se traduce en un enriquecimiento de las funciones generalmente atribuidas a la regla de conflicto.

21. Otros ejemplos de la posible fragmentación entre los métodos de coordinación y de reparto pueden encontrarse en la jurisprudencia. Algunos casos son conocidos, incluso podríamos decir que demasiado conocidos. Un puñado de sentencias famosas, dictadas en materia de libre circulación de mercancías⁵⁰, de libre prestación de servicios⁵¹, libertad de establecimiento⁵² y, más recientemente, ciudadanía europea⁵³, profusamente comentadas, interpretadas y reinterpretadas por la doctrina internacionalprivatista.

Sin renegar, naturalmente, de la utilidad del trabajo de lectura o relectura de las grandes decisiones de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, intentaremos contribuir a él tangencialmente, dando cuenta de dos decisiones recientes recaídas en materias de fuerte dimensión pública que sin duda nos alejan de las preocupaciones del DIPr, aunque ello nos permitirá incidir en la comparación de las aproximaciones publicista y privatista en esta materia.

⁴⁷ Sobre esta materia compleja, *vid.* V. Heuzé, “Le droit des assurances”, en A. Fuchs, H. Muir Watt y E. Pataut (dirs.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, esp. p. 243.

⁴⁸ Sobre este tema en particular, *vid.* las numerosas contribuciones reunidas en M. Audit, H. Muir Watt y E. Pataut (dirs.), *Conflits de lois et régulation économique*, LGDJ, 2008.

⁴⁹ Más ampliamente sobre este tema: “Le droit du marché intérieur et le droit international privé communautaire: de l’incomplétude à la cohérence”, *Le droit, les institutions et les politiques de l’Union européenne face à l’impératif de cohérence*, V. Michel (dir.), Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 339.

⁵⁰ Pensamos en la célebre sentencia *Cassis de Dijon* del TJCE, de 20 de febrero de 1979, as. 120/78.

⁵¹ *Vid.*, en particular, las decisiones *Arblade* (STJCE 23 de noviembre de 1999, as. C-369/96 y C-376/96) y *Mazzoleni* (STJCE 15 de marzo de 2001, as. C-165/98) en materia de desplazamiento de trabajadores accesorio a una prestación de servicios.

⁵² *Vid. supra*, las referencias contenidas en las notas 22 a 24.

⁵³ *Vid.*, especialmente, las SSTJCE 2 de octubre de 2003: *García Avello* (as. C-148/02) y 14 de octubre de 2008: *Grunkin* (as. C-353/06).

Estas decisiones ponen de relieve, en la elección de la terminología utilizada por el Tribunal de Luxemburgo, la doble función de reparto y de coordinación del Derecho europeo en la aplicación respectiva de las leyes nacionales dentro del espacio europeo. El primer asunto trata de la fiscalidad y, en particular, de la cuestión de si las normas europeas sobre libre circulación de capitales toleran que los Estados miembros concluyan entre ellos convenios de doble imposición destinados a regular la imposición de dividendos en el Estado en que se generan y en el Estado de residencia de los accionistas⁵⁴. El segundo asunto trata de la interpretación del Reglamento (CEE) n° 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores asalariados, a los no asalariados y a los miembros de su familia que se desplacen en el interior de la Comunidad⁵⁵. En el primer asunto, el Tribunal de Justicia se refiere en diferentes ocasiones a la ausencia de reglas europeas que repartan las competencias fiscales entre los Estados y al hecho de que en este caso dicho reparto queda en manos de los Estados, que recurren a convenios para evitar la doble imposición⁵⁶. En el segundo, el Tribunal se vio en la necesidad de recordar que el Reglamento 1408/71, precitado, pretende coordinar la aplicación de los distintos regímenes nacionales de seguridad social a los trabajadores migrantes⁵⁷.

⁵⁴ STJCE 16 de julio de 2009, as. C-128/08: *Damseaux*. *Vid.*, en especial, el detallado comentario de S. Francq, *Journ. dr. int.*, 2010, esp. p. 611.

⁵⁵ STJCE 1 de octubre de 2009, as. C-3/08: *INAMI*.

⁵⁶ Extractos (el destacado es nuestro): “30. Al no existir medidas de unificación o de armonización comunitaria, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su poder tributario con el fin, en particular, de suprimir la doble imposición (...). 33. Aunque este reparto de competencias fuera conforme, en particular, con la práctica jurídica internacional tal como ésta se refleja en el modelo de convenio fiscal relativo a la renta y al patrimonio elaborado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), en especial en su art. 23 B, es sabido que el Derecho comunitario, en su estado actual y en una situación como la del litigio principal, no prescribe criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de dobles imposiciones dentro de la Comunidad (*vid.* las sentencias antes citadas *Kerckhaert y Morres*, ap. 22 y *Columbus Container Services*, ap. 45)”.

⁵⁷ Extractos (el destacado es nuestro): “22. A este respecto, es preciso recordar de entrada que para coordinar los regímenes de seguro de invalidez de los Estados miembros, el Reglamento n° 1408/71 lleva a cabo una distinción en función de si el trabajador ha estado sujeto exclusivamente a legislaciones en que el importe de las pensiones no depende de la duración de los períodos de seguro (legislación denominada de ‘tipo A’) –situación contemplada en los arts. 37 a 39 de dicho Reglamento– o si ha estado sujeto exclusivamente a legislaciones en que el importe de las pensiones depende de dicha duración (legislación denominada de ‘tipo B’), o bien a legislaciones de ambos tipos, situación contemplada en el art. 40 de dicho Reglamento. 31. De ello se deduce que los sistemas como el belga, que combinan el seguro de enfermedad y el seguro de invalidez, no contemplan el reconocimiento de una invalidez sin que intervenga un período previo de incapacidad y, por tanto, si tal reconocimiento se produce en otro Estado miembro, como el Gran Ducado de Luxemburgo, se plantean dificultades de coordinación de los sistemas de seguridad social en caso de que, como sucede el litigio principal, deban realizarse operaciones de liquidación según distintos sistemas, aplicando las reglas de los arts. 40 y 46 del Reglamento n° 1408/71. 35. La coordinación prevista por dicha disposición prevé, en primer lugar, tener en cuenta

La comparación de estas dos decisiones es interesante. En la primera sentencia, el Tribunal evita hablar de “coordinación” de la competencia respectiva de las leyes nacionales, mientras no exista regla alguna de Derecho europeo en la materia. En la segunda, no duda en utilizar el término “coordinación” desde el momento en que el Derecho europeo ha sido capaz, ya muy pronto (desde 1958), de organizar la convivencia de las leyes nacionales en materia de seguridad social, mediante el establecimiento de reglas comunes.

¿Qué enseñanza podemos extraer de esta doble terminología? Nos parece posible considerar que el Derecho europeo no es ajeno a ninguno de los dos métodos, ya procedan por reparto o por coordinación de las competencias legislativas nacionales. En materia de fiscalidad directa, donde todo está por hacer en Derecho derivado, la hipótesis de una verdadera coordinación de los sistemas fiscales nacionales es una perspectiva muy lejana. A lo sumo, el Tribunal de Justicia puede concebir que tengan lugar reglas de reparto, definidas hoy por los Estados, y tal vez mañana, en común, por las instituciones de la Unión Europea. En cambio, en materia de protección social de los trabajadores migrantes, existen reglas europeas antiguas y complejas que definen reglas comunes de coordinación de regímenes nacionales de seguridad social no armonizados. Ambos métodos son en cierto modo objeto de graduación, y se aplican distributivamente, en función de las cuestiones y del grado de desarrollo de la integración europea.

22. Estos ejemplos demuestran que, en el terreno metodológico, la diversidad es moneda común en el espacio jurídico europeo. Confirma la misma conclusión que la formulada con ocasión del planteamiento de las soluciones de DIPr europeo.

* * *

23. El tema de la fragmentación del Derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales en el espacio europeo confirma las aproximaciones pluralistas al Derecho y la necesidad para el jurista de multiplicar las perspectivas de análisis para intentar comprender la realidad que le rodea. Incluso en la perspectiva bastante limitada del DIPr (búsqueda del juez nacional competente o de la ley nacional aplicable), observamos que la cuestión del Derecho aplicable remite

todo período en que el trabajador percibió, en virtud de la legislación del segundo Estado miembro, bien prestaciones de enfermedad en metálico o su salario por incapacidad laboral, bien prestaciones por la invalidez que siguió a dicha incapacidad laboral, como si se tratase de un período durante el cual se le hubieran abonado prestaciones de enfermedad en metálico en virtud de la legislación del primer Estado miembro, o durante el cual hubiera estado incapacitado para el trabajo con arreglo a dicha legislación [art. 40, apartado 3, letra a), del Reglamento n° 1408/71]. 37. Se trata, por tanto, de dos tipos distintos de reglas de coordinación”.

a multitud de soluciones y métodos, a menudo heterogéneos, pero que sin embargo están abocados a coexistir de modo duradero. Pretender comprenderlos, en su diversidad y complejidad, es el medio más seguro para orientarse en el laberinto europeo y, *a fortiori*, mundial.

EL DERECHO PATRIMONIAL EUROPEO EN LA PERSPECTIVA DEL PROGRAMA DE ESTOCOLMO

Manuel MEDINA ORTEGA

Catedrático jubilado de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. El Programa de Estocolmo y la armonización del Derecho privado de la Unión Europea. II. Las limitaciones constitucionales a la armonización del Derecho material de la Unión Europea. III. Dificultades para la armonización del Derecho patrimonial. IV. Los intentos de armonización del Derecho sustantivo en materia patrimonial. V. La discusión doctrinal sobre la validez y perspectiva de un instrumento jurídico europeo de Derecho contractual. VI. Conclusiones sobre la vocación de la Unión Europea para la codificación.

RESUMEN: El principio del reconocimiento mutuo y su aplicación sobre la base de las normas sobre competencia, reconocimiento de sentencias y otros actos jurídicos y la aplicación de normas de Derecho de conflictos resulta insatisfactorio para una Unión que pretende establecer un mercado interior en el que las personas, las mercancías, los capitales y los servicios no queden sometidos a la arbitrariedad de la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico por razones de técnica jurídica. Por muchos argumentos que se esgriman a favor del carácter “vivo” del Derecho y su vinculación a las culturas y tradiciones nacionales, la Unión Europea, en cuanto gran espacio de paz supranacional, está desarrollando su propia sociedad y su propia cultura social y jurídica que no puede quedar fragmentada por el capricho de teorías sociológicas y jurídicas nostálgicas de culturas de “los pueblos de Europa” que en nuestro tiempo y ante nuestros ojos se están fundiendo en una comunidad política unificada. El acervo europeo en materia contractual es ya importante, aunque disperso en un conjunto de instrumentos que tratan de armonizar sectores determinados del ordenamiento jurídico, sobre todo en el ámbito de la protección de los consumidores. En este contexto, el MCR es un proyecto más ambicioso y su destino es todavía incierto, aunque tanto la Comisión como el Parlamento Europeo están haciendo todo lo posible para sacarlo adelante, en la forma prudente de un instrumento facultativo al que las partes podrían recurrir sin tener que someterse a un Derecho estatal determinado. La tarea no es fácil, pero la multiplicación de esfuerzos durante la última década por parte de las instituciones comunes por conseguir la armonización del Derecho patrimonial europeo ponen de manifiesto que estamos ante una tarea necesaria y urgente que los ciudadanos europeos reclaman hoy como parte esencial del Espacio de Libertad y Justicia establecido por los Tratados de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: UNIÓN EUROPEA — ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES — ARMONIZACIÓN DERECHO PATRIMONIAL — CODIGO CIVIL EUROPEO — MCR.

ABSTRAC: *The principle of mutual recognition and its extension to the rules of jurisdiction, recognition and enforcement of decisions and Law applicable is not enough satisfactory for a European Union*

which aims at creating an internal market where persons, goods, capitals and services are not subject to the arbitrary application of a given legal order, on grounds of legal technique. No matter the reasons that could be bestowed to uphold the “living” nature of Law and its connexion to the national culture and traditions, the European Union, as a great area of supranational peace, is developing its own society and its own social and legal culture. Such culture may not be split on basis of whimsy sociological and legal theories that are nostalgic of the culture of the “peoples of Europe”, for these “peoples” are nowadays melting in a unified political community, right before our eyes. The European “acquis” in contractual matters is already important; though still spread in a set of instruments whose purpose is the harmonization of certain fields: mainly the field of consumer protection. In this context, the CFR is an ambitious project. It still has an uncertain future, but both the Commission and the European Parliament are doing their best to take it forward, in its most cautious character, i.e., that of an optional instrument to which parties could resort in order to avoid a particular state Law. The task is not easy, but the multiplication of efforts over the past decade by the common institutions to achieve a harmonization of European property law shows that it is a necessary and urgent task that the European citizens demand today as an essential part of the Area of Freedom and Justice established by the Treaties of the European Union.

KEYWORDS: EUROPEAN UNION- HARMONIZATION OF LAW – HARMONIZATION OF PATRIMONIAL LAW – EUROPEAN CIVIL CODE – CFR PRIVATE INTERNATIONAL LAW – PROPOSAL FOR A REGULATION IN MATTERS OF SUCCESSION – SUBSIDIARY JURISDICTION – RELATIONSHIP TO THIRD COUNTRIES.

I. El Programa de Estocolmo y la armonización del Derecho privado de la Unión Europea

En su sesión de 10–11 de diciembre de 2009, el Consejo Europeo adoptó el “Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”¹. El Programa de Estocolmo puede considerarse la continuación de otros programas que han marcado hitos en la construcción del “Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia”: El “Programa de Viena”², el “Programa de Tampere”³, y el “Programa de La Haya”⁴. Al igual que los tres programas anteriores es un “instrumento de Derecho indicativo”. A diferencia de los textos con valor normativo, como los reglamentos o la directivas, que tienen fuerza vinculante según el art. 288 TFUE, el Programa de Estocolmo carece de fuerza vinculante, y, por tanto, no introduce normas jurídicas obligatorias. Hay que tener en cuenta que el Consejo Europeo está encargado de dar a la Unión “los impulsos necesarios para su desarrollo” y de definir “sus orientaciones y prioridades políticas generales”, pero carece de poderes legislativos según el art. 15 TUE. El Programa de Estocolmo, cuya vigencia se extiende sobre el quinquenio 2010–2014, tiene su base jurídica en el art. 68 TFUE, que asigna al Consejo Europeo

¹ DO n° C 115 de 4.5.2010, p. 1.

² “Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”, adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998, DO n° C de 19 de 23.1. 1999, pp. 1–15.

³ Conclusiones de la presidencia del Consejo europeo extraordinario de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999.

⁴ Adoptado por el Consejo Europeo el 5 de noviembre de 2004.

la tarea de definir “las orientaciones estratégicas del espacio de libertad, seguridad y justicia”, pero que no reconoce a sus resoluciones el carácter obligatorio que atribuye a otras disposiciones el mencionado art. 288 TFUE.

El adagio latino *natura non facit saltus* es plenamente aplicable a la construcción europea. El método funcional para la consecución de la integración de los países de Europa que anunció la Declaración Schuman de 9 de mayo de 1950, a través de “realizaciones concretas” ha dado resultados claros durante sesenta años, pero no se presta a grandes formulaciones de principio. El fracaso del proyecto de “Comunidad Europea de Defensa” en la década de los años cincuenta del siglo pasado, y del proyecto de Constitución Europea en la primera década de este siglo, son buenos ejemplos de la escasa aceptación que para los europeos de hoy tiene la formulación de textos generales de carácter vinculante sobre la base de grandes objetivos políticos. En su lugar, el llamado “método comunitario”, de Tratado instituyente en Tratado instituyente, permite que se alcancen poco a poco objetivos limitados para la solución de problemas concretos por un efecto de “bola de nieve” que hace que una realización lleve a otra de forma casi inexorable, pero también de modo imperceptible para los ciudadanos. El resultado negativo de este procedimiento es que las realizaciones prácticas del método funcional no sean percibidas o bien comprendidas por los ciudadanos, lo que plantea en el momento actual un formidable problema de legitimidad a las instituciones europeas.

Desde su fundación, las Comunidades Europeas se asentaron en el Derecho para la consecución de la unidad de esta parte del mundo. Sin instituciones coercitivas propias como un ejército o una policía común y con una administración muy reducida y de bajo costo que constituye sólo un esqueleto o estado mayor del gobierno supranacional y que se dedica a coordinar la actuación de las administraciones nacionales, que son las que aplican o ejecutan en último término las resoluciones de las instituciones comunes, la Unión ha de apoyarse en las obligaciones que imponen los Tratados a las administraciones y a los ciudadanos para la consecución de los objetivos de la Unión. El Tribunal de Justicia, en su tarea de interpretación y aplicación de los Tratados, garantiza el respeto del Derecho de la Unión según el art. 19–1 TUE. Ahora bien, el Derecho de la Unión Europea no aparece recogido en ninguna constitución o código comprensivo adoptado desde un principio, sino que se ha ido desarrollando a través de un complejo y lento proceso en el que los Estados miembros, como actores internacionales, han ido aprobando una serie de textos fundamentales. Éstos son los Tratados comunitarios y de Unión Europea, desde el Tratado de París de 18 de abril de 1951, que estableció la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), hasta el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 que incluye el TUE y el TFUE. Esto explica también que la Unión haya tenido que recurrir a

cuatro programas (Viena, Tampere, La Haya y Estocolmo) para la consecución del objetivo algo indefinido de establecer el “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” (abreviadamente LSJ), después de haber subsumido en éste “la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior” (abreviadamente, JAI), que constituía el tercer pilar del Tratado de Maastricht de 1992. Los programas y textos legislativos adoptados por las primitivas Comunidades y su sucesora, la Unión Europea, no son excluyentes entre sí, sino acumulativos, de modo que las realizaciones conseguidas en el pasado constituyen la base para las realizaciones posteriores.

El Programa de Estocolmo sigue este proceso acumulativo apoyándose, por un lado, en los precedentes de la armonización normativa conseguida bajo los anteriores Tratados, y, por el otro, en las nuevas bases jurídicas que proporciona el Tratado de Lisboa. Al igual que los programas que le precedieron, Estocolmo abarca un amplio espectro. Va desde las normas sobre eliminación de fronteras interiores que inauguró el Tratado de Schengen y las disposiciones sobre control policial de la inmigración y la lucha contra la criminalidad internacional, hasta disposiciones de armonización jurídica propiamente dichas. En el ámbito de la armonización jurídica, la prioridad corresponde a las disposiciones de naturaleza constitucional y penal para la protección y garantías de los derechos de los ciudadanos. El Derecho privado ocupa un modesto segundo plano. Además, dentro del Derecho privado, que en el Programa de Estocolmo recibe la denominación genérica de “Derecho civil” por contraposición al “Derecho penal”, la prioridad la tienen las normas relativas a la cooperación judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y extrajudiciales adoptadas sobre la base del principio constitucional de la Unión del reconocimiento mutuo. El Programa de Estocolmo alude expresamente a la adopción de “medidas de Derecho procesal así como normas de conflicto de leyes” (Punto 3.1.2, párr. 1º). El acento se coloca en las medidas de Derecho procesal civil y en la adopción de “normas comunes sobre conflicto de leyes, cuando sea necesario” (Punto 3.3.2, párr. 2º, tercer guión). Sólo indirectamente se alude a la presentación por la Comisión de “una propuesta destinada a mejorar la coherencia de la legislación comunitaria existente” (Punto 3.3.2, párr. 2º, primer guión).

El 20 de abril de 2010, la Comisión aprobó un Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo⁵. El punto de partida de este Plan, siguiendo las pautas del Programa, es el principio del “reconocimiento mutuo”, que exige la confianza mutua entre los jueces, los profesionales de la justicia, las empresas y los ciudadanos. La confianza mutua requiere, a su vez, “normas mínimas y una

⁵ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo”, COM(2010) 171 final.

mejor comprensión de las diversas tradiciones y sistemas jurídicos” (Punto 4), aunque dentro del respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Punto 8). El centro de gravedad de las acciones previstas para el período 2010–2013, en línea con las previsiones del Programa, se encuentra en la protección de los derechos individuales. Pero también se prevé la realización de actuaciones en el ámbito de la cooperación judicial civil: revisión del Reglamento (CE) nº 44/2001/CE del Consejo (RB I) sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil; propuesta legislativa de Decisión del Consejo sobre la intensificación de la cooperación sobre la ley aplicable en materia de divorcios (RR III); propuesta de Reglamento sobre conflicto de leyes en materia matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, y de Reglamento sobre los efectos patrimoniales de la separación de las parejas a partir de otros tipos de unión. Llama la atención la pretensión de la Comisión de redactar un “Compendio de la legislación vigente de la Unión sobre cooperación judicial en materia civil”, que apunta a ciertas ambiciones codificadoras. Pero la mayor parte de las propuestas legislativas en materia de “Derecho civil” se refieren a aspectos procesales, sobre todo en materia de reconocimiento de decisiones judiciales y actos jurídicos.

Las primeras medidas propuestas por la Comisión después de la aprobación del Programa de Estocolmo siguen esta línea procesual y conflictual. Nos referimos al paquete sobre el régimen económico de las parejas internacionales⁶. La técnica es la tradicional de abordar la cuestión desde el punto de vista de la competencia, el Derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de decisiones. También está en marcha una propuesta de Reglamento sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y la creación de un certificado sucesorio europeo⁷.

Conviene señalar que la expresión “Derecho patrimonial” tiene un carácter expansivo en la terminología de la Unión Europea. Las normas en materia de sucesiones y los regímenes económicos matrimoniales y de las parejas reconocidas se incluyen en este ámbito, al que sólo escapan el estatuto personal y las relaciones familiares de índole personal. Una buena razón para esta expansión del Derecho patrimonial frente al Derecho de familia se encuentra en las limitaciones que el art. 81 TFUE impone para la adopción de normas de armonización en este ámbito.

⁶ Comunicaciones 125 final, 126 final y 127 final, de 16 de marzo 2011, que incluyen dos propuestas de reglamento, una para los matrimonios y otra para las “parejas registradas”.

⁷ COM(2009) 154, y proyecto de informe de la Comisión de asuntos jurídicos del Parlamento europeo de 23 de febrero de 2011, doc. 2009/0157(COD), del que es ponente el diputado alemán Kurt Lechner.

II. Las limitaciones constitucionales a la armonización del Derecho material de la Unión Europea

Como se ha señalado con anterioridad, el Programa de Estocolmo no surge por generación espontánea. La continuidad de la construcción europea a través del tiempo sólo puede entenderse en el marco del respeto a la primacía del Derecho⁸. Manifestación clara de la primacía del Derecho en el proceso de creación de la unidad europea es el principio de atribución que recoge el art. 5º TUE, en virtud del cual “la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinen” (ap. 2, primer párrafo del art. 5º). Corolario de este principio es el mantenimiento de la competencia nacional de los Estados miembros sobre toda materia que no haya sido atribuida expresamente a la Unión por los Tratados (párr. 2º del ap. 2 del art. 5º y ap. 1 del art. 4º). La insistencia en la competencia nacional con una fórmula repetida en dos artículos sucesivos del mismo Tratado, aparte de ser una pésima práctica legislativa, a consecuencia, quizás, de la precipitación con la que tuvo que elaborarse el Tratado de Lisboa tras el rechazo en referéndum en dos países de la Unión del Tratado constitucional, refleja la preocupación de los Estados miembros por defender sus competencias soberanas. El art. 4º, ap. 2, insiste en este aspecto para garantizar el respeto de la “identidad nacional” de los Estados miembros, y los apartados 3 y 4 del art. 5º refuerzan las limitaciones a la potestad normativa de la Unión con otros dos principios fundamentales, el de subsidiariedad, que sólo permite la actuación de la Unión cuando “los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros”, y el de proporcionalidad, que limita “el contenido y la forma de la acción de la Unión” a “lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”.

La Unión Europea no puede, por tanto, adoptar actos normativos si los Tratados no le confieren de modo expreso competencias al respecto, y esos actos están sometidos, además, a las limitaciones que imponen los principios de subsidiariedad y proporcionalidad a la acción de sus instituciones. A diferencia de los Estados miembros, que gozan de plenas facultades normativas bajo sus respectivas constituciones, las instituciones de la Unión están sometidas a grandes limitaciones, y corresponde al Tribunal de Justicia controlar su actuación en el ejercicio de sus funciones de interpretación y aplicación del Derecho común.

El art. 100 del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 que estableció la Comunidad Económica Europea (en adelante, TCEE) había previsto que el Con-

⁸ Así, J.F. López Aguilar, “Economía y Derecho”, en *La Europa del Derecho*, Conférence des Notariats de l’Union Européenne, 2002, pp. 59 ss, esp. p. 60.

sejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, adoptara “directivas para la aproximación de las disposiciones, legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros”, pero sólo cuando éstas incidieran “directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común”. El Acta Única de 1986 mantuvo íntegramente el texto del art. 100, pero el nuevo art.100 A, facultó al Consejo para que “por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y en cooperación con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social”, adoptara “las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”. Se produce, así, una ampliación de las funciones normativas de las instituciones comunes en dos aspectos, con la sustitución, por un lado, del concepto limitado de “mercado común” por el más amplio de “mercado interior”, y con la posibilidad, por el otro, de recurrir a otras medidas, como los reglamentos, en lugar de las directivas que imponía el art. 100 TCEE.

El Tratado de la Unión Europea aprobado en Maastricht 1992 (en adelante, TUE) introdujo en la construcción europea un “tercer pilar”, no comunitario, basado en la cooperación intergubernamental, sobre “la cooperación en los asuntos de la justicia y la de los asuntos de interior”, al que se haría referencia en lo sucesivo como JAI. Aunque la mayor parte de las disposiciones del Título VI, contenidas en un único, pero muy extenso, art. K, se referían a la cooperación en materia de asilo e inmigración y a cuestiones de seguridad interior y policiales, el art. K.1 declaró de interés común, en sus apartados 6) y 7), respectivamente, la cooperación judicial en materia civil y en materia penal. El Tratado de Maastricht de 1997, que introdujo en el ámbito comunitario gran parte de las disposiciones JAI del Título VI del TUE, recoge, además, en su Preámbulo, párr. 11º, y en la enumeración de los objetivos de su nuevo art. 2º, el concepto del “espacio de libertad, seguridad y justicia”. El nuevo art. 65 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE) que incorporó el Tratado de Maastricht incluyó la adopción de las “medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil” que resultaran necesarias para “el correcto funcionamiento del mercado interior”. Pero estas medidas se limitan a disposiciones de carácter procesal y de conflicto de leyes:

- “a) mejorar y simplificar:
 - el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales;
 - la cooperación en la obtención de pruebas;
 - el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidas las extrajudiciales;
- b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción;

c) eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables a los Estados miembros”.

En 1998, el “Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”⁹ limitó la actuación de las instituciones comunes, aparte de a la adopción de disposiciones sobre inmigración, asilo y cooperación policial y penal, a la cooperación judicial en materia civil (Punto 16), a las normas de procedimiento (Punto 19) y al establecimiento de mecanismos de cooperación para “la comunicación ágil de documentos y de información, el uso de formularios multilingües, la creación de mecanismos o redes que presten asistencia y den asesoramiento en asuntos transnacionales y posibles sistemas de asistencia jurídica en tales casos” (Punto 20). La cooperación judicial en materia civil se centraría en “la mejora y simplificación de las normas y procedimientos de cooperación y comunicación entre autoridades así como de ejecución de las resoluciones, mediante el fomento de la compatibilidad de las normas sobre conflicto de leyes y sobre competencia judicial y la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles en un espacio judicial europeo” (Punto 39).

El Consejo Europeo extraordinario de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999 fijó como nuevo objetivo de la Unión la creación de “un auténtico espacio europeo de justicia” en el que habría de evitarse que “la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros impida a personas y empresas ejercer sus derecho o las disuada de ejercerlos” (Punto 28). El llamado “Programa de Tampere” previó una “mayor convergencia en materia civil”, invitando al Consejo y a la Comisión a que elaboraran “nueva legislación en materia procesal para casos transfronterizos”. Con respecto a la armonización del Derecho material, el Programa de Tampere se limitó a proponer “un estudio global de la necesidad de aprobar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles”, y pidió al Consejo que elaborara un informe al respecto antes de finales de 2001 (Puntos 38 y 39).

El Tratado de Niza de 2002 mantuvo inalterada la base jurídica del art. 65 TCE sobre la cooperación judicial en materia civil. El “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” (en adelante Tratado constitucional), firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, pero que no llegó a entrar en vigor por el resultado negativo de los referenda celebrados en Francia y los Países Bajos, introdujo algunos cambios destinados a abrir el camino a una armoniza-

⁹ Adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998, DO C 19 de 23.1.1999, pp. 1–15.

ción más profunda del Derecho de los Estados miembros. El espacio de libertad, seguridad y justicia ocupa un lugar destacado entre los objetivos de la Unión (art. I-3-2). El Capítulo IV del Título III de la Parte III, arts. III-257 a 277 está dedicado a este espacio. La mayor parte de las disposiciones de este Capítulo, al igual que ocurría con los Tratados anteriores, están dedicadas a las cuestiones de asilo, inmigración, control de las fronteras exteriores y a la cooperación policial y judicial penal. La cooperación civil merece ahora una Sección propia, la III, aunque ésta cuenta con un solo artículo, el III-269. La cooperación judicial podría incluir “la adopción de medidas legislativas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” (ap. 1). El Consejo quedaba facultado para adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión europea que fijara “los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados por el procedimiento legislativo ordinario” (ap.3). El acento sigue estando en la habilitación de los instrumentos de Derecho procesal y conflictual que permitan el reconocimiento mutuo de actos jurídicos como las sentencias y los documentos extrajudiciales. El art. 257-1 incluía, sin embargo, una reserva sobre el respeto de “los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros”, y el art. 269-3 establecía exigencias especiales para la adopción de normas con repercusión transfronteriza en materia de Derecho de familia.

El vigente Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1º de diciembre de 2009, reproduce sustancialmente las disposiciones del Tratado constitucional en el Título V de la Tercera Parte del TFUE. Aparte del art. 67-1, que recoge las referencias del art. 257-1 del Tratado constitucional a los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros, merecen mencionarse los arts 68 y 70, que contienen disposiciones de carácter general que podrían servir de base para la adopción de medidas de desarrollo del Derecho privado. El art. 68 encarga al Consejo Europeo la tarea de definir “las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia”. Aunque el Consejo Europeo carece de poderes legislativos, según establece el art. 15-1 TUE, la atribución de estas competencias programáticas podría servir de base para la aprobación de instrumentos de Derecho indicativo, no vinculantes, pero que pueden producir efectos jurídicos. El art. 70 prevé la adopción por el Consejo, a propuesta de la Comisión, de “medidas que establezcan los procedimientos que seguirán los Estados miembros para efectuar, en colaboración con la Comisión, una evaluación objetiva e imparcial de la aplicación, por las autoridades de los Estados miembros, de las políticas de la Unión contempladas en el presente título, en particular con objeto de favorecer la plena aplicación del principio del reconocimiento mutuo”.

El art. 81 TFUE , relativo a la cooperación judicial en materia civil, prevé la adopción de medidas del Parlamento Europeo y del Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sobre reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales, la comunicación y traslado transfronterizo de documentos, la compatibilidad de las normas sobre conflicto de leyes y competencia, la cooperación para la obtención de pruebas, la tutela judicial efectiva, la compatibilidad entre las normas nacionales de procedimiento civil, el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios y la formación de jueces y personal de la administración de justicia. Este artículo no menciona de modo expreso la posibilidad de armonizar el Derecho material, pero su apartado 1 se refiere a “la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”, sin exclusión expresa de las normas de Derecho material, aunque, como ya hacía el Tratado constitucional, previendo para el Derecho de familia un procedimiento legislativo especial que incluye la posibilidad de veto por parte de un parlamento nacional.

Del estudio de estos textos se deduce que el Tratado de Lisboa no establece realmente nuevas bases jurídicas que permitan el desarrollo de medidas de armonización legislativa en materia de Derecho privado. Esto no condena a la Unión, sin embargo, a la parálisis en este ámbito. La práctica nos enseña que las instituciones comunes han sido capaces de superar las dificultades derivadas de la legalidad formal cuando se alcanza un consenso político para hacer avanzar la construcción europea en un área determinada. Cabe recurrir a diversas disposiciones de los Tratados como el art. 352 TFUE (antiguo art. 308 TCE), en virtud del cual el Consejo puede adoptar decisiones por unanimidad, con la aprobación del Parlamento, cuando se considere necesaria una acción de la Unión sin que se hayan previsto en los Tratados los poderes de actuación requeridos para ello, o a otras disposiciones relativas a políticas sectoriales como las relativas a la protección de los consumidores.

III. Dificultades para la armonización del Derecho patrimonial

En principio, parece más fácil armonizar el Derecho patrimonial que otros aspectos del Derecho privado, como los derechos de la personalidad o los regímenes familiares, ya que se supone que los ámbitos jurídicos vinculados a la persona y a la familia están íntimamente vinculados a la cultura y a las tradiciones nacionales, incluso las de ámbito regional y local. En definitiva, el patrimonio tiene que ver con cosas, y éstas son susceptibles de comprarse y venderse en el mercado. Se puede, incluso, hacer alusión a viejas instituciones que regulaban este sector por encima de las diferencias nacionales, como la *lex mercatoria*. De hecho, en el ámbito internacional se han conseguido acuerdos codificadores en el ámbito patrimonial. Sobre todo, el Derecho de los contratos, en el que suele

prevalecer la voluntad de las partes, se presta a algún tipo de codificación internacional. Así, en el ámbito de las Naciones Unidas cabe mencionar una serie de textos, unos convencionales y otros de carácter indicativo. Está, en primer lugar, el Convenio de las Naciones Unidas sobre la compra internacional de mercancías, adoptado en Viena el 11 de abril de 1980, y que había sido aceptado en 2010 por 74 países y, entre ellos, los Estados miembros de la Unión Europea salvo Irlanda, Portugal y el Reino Unido. Antes de la adopción de este Convenio, la ONU había aprobado, en 1974, una Convención sobre prescripción en la compra internacional de mercancías, que fue actualizada posteriormente por un Protocolo de 14 de abril de 1980. Cabe mencionar también la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio y pagarés internacionales, adoptada en Nueva York en 1988. La Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito fue adoptada en Nueva York en 1996 y entró en vigor en enero de 2000. El Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías fue adoptado en Hamburgo el 1 de noviembre de 1992, y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional fue adoptado en Viena en 1996. Además de estos convenios, la ONU ha adoptado otro tipo de textos con pretensiones armonizadoras, como la Guía jurídica de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho mercantil internacional (CNUDMI) sobre operaciones de comercio compensatorio internacional, de 1992, la Guía jurídica de la CNUDMI sobre transferencias electrónicas de fondos, de 1982, la Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, con una Guía sobre su incorporación al Derecho interno, de 1996, y un art. 5 bis) adoptado en 1988, y la Guía jurídica de la CNUDMI para la redacción de controles internacionales de construcción de instalaciones industriales adoptada en Nueva York en 1987.

El Instituto para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT) adoptó el 1964 el Convenio de La Haya relativo a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercancías, que ha sido ratificado por algunos Estados miembros de la Unión. Algunos Estados miembros han firmado la Convención internacional sobre representación en la compraventa internacional de mercancías. La Convención sobre el *leasing* internacional, adoptada en Ottawa, ha sido aceptada por algunos Estados miembros. En 1994, UNIDROIT adoptó unos “principios para los contratos del comercio internacional”.

El Consejo de Europa también ha adoptado convenios para la armonización del Derecho contractual, como el Convenio europeo sobre el cálculo de plazos, firmado en Basilea el 6 de mayo de 1974, el Convenio europeo para las obligaciones monetarias, firmado en Basilea el 16 de mayo de 1972, el Convenio europeo sobre las obligaciones en moneda extranjera, firmado en París el 11 de septiembre de 1967, el Convenio relativo a la oposición sobre títulos al portador en circulación

internacional, firmado en La Haya el 28 de mayo, o el Convenio sobre la colocación *au pair*, firmado en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1969. Otros convenios del Consejo de Europa se refieren a la responsabilidad extracontractual, al aseguramiento de riesgos y a otros ámbitos, como el de la propiedad intelectual.

Con estos precedentes, la Unión Europea siguió durante algún tiempo la vía convencional para intentar armonizar el Derecho privado. El 27 de septiembre de 1968, los Estados entonces miembros de las Comunidades Europeas firmaron el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil¹⁰. Este Convenio fue complementado por otro acuerdo paralelo, el Convenio de Lugano entre los países miembros de la CEE y los de la Asociación Europea de Libre Comercio¹¹. La vía convencional fue utilizada también para intentar armonizar otros sectores, como las obligaciones contractuales, que fueron reguladas por el Convenio de Roma de 1980, pero sólo a través de mecanismos de Derecho conflictual¹².

La vía de los tratados internacionales, sin embargo, resultó poco adecuada para hacer progresar un ordenamiento que escapaba al complejo sistema de asunción por los Estados de obligaciones internacionales que habrían luego de ser incorporadas al Derecho interno mediante actos legislativos diferentes, y se acabó optando por sustituir los convenios internacionales por reglamentos de la Unión directamente aplicables en la esfera interna. El Convenio de Bruselas fue sustituido por un Reglamento sobre la misma materia, conocido con el nombre de “Bruselas I”¹³, y el Convenio de Roma por el Reglamento “Roma I” sobre obligaciones contractuales¹⁴. En todo caso, nos seguimos moviendo en el ámbito de la armonización indirecta del Derecho a través del reconocimiento de decisiones y del Derecho conflictual.

Las necesidades prácticas habían llevado, sin embargo, a la apertura de otra ruta para la armonización del Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea a través de las bases jurídicas que proporcionaban la construcción del mercado interior y la protección de los consumidores. Así, en el período comprendido entre 1985 y 1999 se aprobaron varias directivas sobre la protección de los consumidores en el ámbito contractual: responsabilidad por los daños causados por los pro-

¹⁰ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, versión consolidada en DO C 27 de 26.1.1998, p. 1.

¹¹ DO L 319 de 25.11.1988, p. 9.

¹² Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, versión consolidada en DO C 27 de 26.1.1998, p. 34.

¹³ Reglamento 44/2001/CE del Consejo sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, DO L 12 de 16.1. 2001, p. 1.

¹⁴ Reglamento 593/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DO L 177 de 4.7.2008, p. 6.

ductos defectuosos¹⁵; venta y garantía de los bienes de consumo¹⁶; cláusulas abusivas en los contratos¹⁷; viajes, vacaciones y circuitos combinados¹⁸; contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales¹⁹; crédito al consumo²⁰; contratos negociados a distancia²¹; utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido²²; comercialización a distancia de servicios financieros. También se adoptaron normas de armonización de Derecho material en otros sectores relativos a la contratación que no estaban directamente vinculados a la protección de los consumidores, pero dentro del ámbito de la realización del mercado interior: agentes comerciales²³; servicios de la sociedad de la información, con inclusión del comercio electrónico²⁴; lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales²⁵; responsabilidad por daños causados por productos defectuosos²⁶; transferencias transfronterizas²⁷; etc.

¹⁵ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 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 los productos defectuosos, DO L 210 de 7.8.1985, p. 29.

¹⁶ Directiva 44/1999, de 25 de mayo de 1999, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, DO L 171 de 7.7.1999, p. 12.

¹⁷ Directiva 93/13/CEE, de 13 de junio, del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, DO L 95 de 21.4.1993, p. 29.

¹⁸ Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, DO L 158 de 23.6.1990, p. 59.

¹⁹ Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, DO L 372 de 31.12.1985, p. 31.

²⁰ Directiva 87/102/CEE, de 20 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, DO L 42 de 12.2.1987, p. 48.

²¹ Directiva 97/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en los contratos a distancia, DO L 144 de 4.6.1997, p. 19.

²² Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, DO L 280 de 29.10.1994, p. 83.

²³ Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, DO L 382 de 31.12.1986, p. 17.

²⁴ Directiva 2000/31/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, DO L 171 de 17.7.2000, p. 1.

²⁵ Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, DO L 200 de 8.8.2000, p. 35.

²⁶ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, DO L 210 de 7.8.1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos, modificada por la Directiva 1999/34/CE, DO L 141 de 4.6.1999, p. 20.

²⁷ Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas, DO L 43 de 14.2.1997, p. 25.

Cuando el legislador no cubre adecuadamente un espacio jurídico, corresponde a los jueces cubrir las lagunas. Aunque el TJ no ha elaborado una teoría del Derecho patrimonial europeo, en algunas cuestiones nos encontramos con pronunciamientos parciales de esta institución. Así, el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias decisiones prejudiciales sobre la validez de una norma nacional de carácter general que sanciona el abuso del derecho por un particular admitiendo su vigencia incluso en el marco de la aplicación de una directiva de la Unión Europea, aunque el recurso a esas normas nacionales produjera efectos gravemente desproporcionados en perjuicio de terceros. El Tribunal admitió la aplicación de esa norma general ante la inexistencia de disposiciones de la directiva comunitaria en cuestión que sancionaran el abuso del derecho y se negó a reconocer un principio general del Derecho comunitario en este ámbito. Sin embargo, aprovechó la ocasión para poner límite al efecto que pudieran producir normas nacionales en la materia sobre la aplicación del Derecho de la Unión Europea, invocando a este respecto la exigencia de una interpretación uniforme del Derecho de la Unión²⁸. La aplicación de una norma como el art. 285 del Código civil griego en materia de abuso del derecho no podría, así, afectar a la eficacia plena y la aplicación uniforme de las disposiciones del Derecho de la Unión en los Estados miembros, por lo que las jurisdicciones nacionales deberán tomar en consideración los objetivos que busca la disposición comunitaria en cuestión²⁹.

En definitiva, la falta de una base jurídica adecuada está impidiendo la aparición de un Derecho uniforme sustantivo europeo, lo que plantea dificultades a la hora de tratar de conseguir los objetivos mismos de la Unión, ya que la existencia de diferentes ordenamientos nacionales en un sector tan importante como el mercado interior, supone el mantenimiento de obstáculos reales a las transacciones económicas a través de las fronteras. Las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales o sobre conflictos de leyes son meros subterfugios a la búsqueda de la solución de problemas que no se pueden resolver por esta vía. Las disposiciones sobre protección de los consumidores y otros aspectos del Derecho contractual constituyen una especie de parcheo o de vendajes que no pueden solucionar las profundas brechas que plantea a la Unión la falta de un sistema armonizado de Derecho material.

²⁸ As. C-373/97: *Dionysios Diamantis y Elliniko Dionisio, Organismos Oikonomikis Anasykrotisis Epicheirison AE (OAE)*, S 23 de marzo de 2000, aps. 33, 41, 43 y 44.

²⁹ Ap. 34 de la sentencia *Diamantis* citada. Ésta hace referencia a otras sentencias anteriores dirigidas a preservar la interpretación y aplicación uniforme del derecho de la Unión Europea: as. C-441/93: *Panagis Panafis, con Investment and Shipping Enterprises Est y otros, y Trapeza Kentrikis Ellados AE y otros*, S 12 de marzo de 1996, Rec. I-1347; as. C-206/94: *Brennet AG c. Vittorio Paletta*, S 2 de mayo de 1996, Rec. I-2357; as. *Alexandros Kefalas y otros y Elliniko Dimosio, Organismos Oikonomikis Anasykrotisis Epicheiriseon AE (OAE), con Athinaiki Chartopoīia AE y otras*, S 12 de mayo de 1998, Rec. I-2843.

IV. Los intentos de armonización del Derecho sustantivo en materia patrimonial

La falta de un Derecho uniforme sustantivo europeo en materia patrimonial no escapó a la atención de los especialistas del Derecho ni de los parlamentarios europeos. El Parlamento adoptó una resolución en 1989 pidiendo un esfuerzo para la armonización del Derecho privado de los Estados miembros³⁰ y otra en 1994 sobre la armonización de determinados sectores del Derecho privado³¹. Estas propuestas se producían en el contexto de iniciativas académicas de carácter privado que expresaban las mismas preocupaciones. Una “Comisión de Derecho europeo de contratos”, de carácter académico y privado, trabajó en este ámbito entre 1982 y 2001³². La “Academia europea de especialistas de Derecho privado”, bajo la dirección del Profesor Gandolfi, de la Universidad de Pavia, también ha elaborado un proyecto de “Código europeo de contratos”³³. En la misma dirección cabe mencionar las contribuciones más recientes de la Asociación francesa “Henri Capitant”³⁴.

Las iniciativas privadas y parlamentarias para la armonización del Derecho privado se ajustan a la tradición jurídica continental de codificación. Aunque cabe invocar precedentes muy antiguos como el *ius commune* medieval, se ha señalado, con razón, que la situación actual es completamente distinta, ya que, entre otras cosas, se contaba entonces con una lengua jurídica común, que era el latín³⁵. Los precedentes codificadores se encuentran, más bien, en el Imperio napoleónico de comienzos del siglo XIX que dejó una impronta unificadora en toda la Europa continental³⁶. Ahora bien, la armonización del Derecho privado continental que generó el Código Napoleón llevó a una diferenciación profunda

³⁰ Resolución A-2-157/89, DO C 158 de 26.6.1989, p. 400.

³¹ Resolución A-3-0320/94, DO C 205 de 25.7.1994, p. 518.

³² O. Lando y H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, I y II, Kluwer International, La Haya, etc. 2000.

³³ Academia europea de especialistas de Derecho privado, *European Contract Code – Preliminary Draft*, Università de Pavia, 2001.

³⁴ Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune y Principes contractuels communs*, en la colección “Droit privé comparé et européen”, vols. 6 y 7, Société de législation comparée, París, 2008. *Vid.*, en general, Hartkamp, Hesselink, Hondius, Jouston y Perron (eds.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 1998. Cabe mencionar también el *Clifford Chance Survey on European Contract Law*, de 2005.

³⁵ Cf. J.C. Fernández Rozas “El lento camino hacia la europeización del derecho de los contratos”, *Anales de la Academia matritense del Notariado*, n.º 44-46, 2009, pp. 257-285, en p. 259.

³⁶ Cf. J.-O. Boudon, “Constituciones y Código en la Europa napoleónica”, en M. Brouer, A. Guimera y Peter Hicks (eds.), *El Imperio napoleónico y la nueva cultura política europea*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2011, pp. 53-59.

del Derecho en las Islas Británicas que ha subsistido hasta nuestros días y dificulta enormemente la unificación del Derecho europeo.

A pesar de estas dificultades y de la insuficiencia de la base jurídica, el Parlamento Europeo y la Comisión han tomado nuevas iniciativas a partir del año 2000 para avanzar en materia de unificación del Derecho material, sobre todo en el ámbito patrimonial. En una resolución de 19 de marzo de 2000 sobre el programa legislativo anual, el Parlamento había pedido una mayor armonización del Derecho privado³⁷. La Comisión aprovechó esta propuesta casi rutinaria del Parlamento para declarar el 25 de julio siguiente que presentaría una comunicación a las instituciones comunitarias y al público en general dirigida a abrir una discusión en profundidad con la mayor amplitud posible a este respecto, dentro del plazo de 2001 que había fijado el punto 39 del Consejo Europeo de Tampere. El Marcador para la supervisión del progreso en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia anunció la presentación de un documento de consulta al respecto³⁸, cosa que, en efecto, hizo la Comisión el 11 de julio 2001 con una Comunicación sobre Derecho contractual europeo³⁹. Esta primera Comunicación de la Comisión sobre el Derecho contractual europeos era sólo un documento de consulta. Durante una década ha sido seguido por una serie de textos del Parlamento, del Consejo y del Comité Económico y Social en los que se han examinado las alternativas posibles en este terreno. Estos textos recogen un debate interinstitucional que ha discurrido en paralelo con la discusión académica sobre la forma más eficaz de conseguir la armonización del Derecho de la Unión Europea en este ámbito, al mismo tiempo que los Tratados recibieron dos modificaciones, la primera de carácter algo formal y superficial, con el Tratado de Niza de 2002, y la segunda, más profunda, aunque no revolucionaria, por el Tratado de Lisboa de 2009, con el intermedio del frustrado Tratado constitucional de 2004.

La Comunicación de 2001 abría la posibilidad de recurrir a diferentes métodos para conseguir la armonización del régimen contractual en la Unión Europea que iban desde medidas no normativas hasta la adopción de algún tipo de texto legal, vinculante o no vinculante para los Estados miembros. Antes de que terminara el año 2001, el Parlamento y el Consejo habían adoptado sendas resoluciones sobre la base de esta primera Comunicación de la Comisión. El 15 de noviembre, el Parlamento pidió que la Comisión elaborase un plan de acción para la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, llegando a fijar el año 2010 como fecha límite para la elaboración de un Código

³⁷ Resolución B-5-0228, B-5-0220, B-5-0230), 2000, punto 28, DO C 377 de 24.12.2000, p. 23.

³⁸ COM(2001) 167 final, de 24 de marzo de 2004, actualización de mayo de 2001, COM(2001) 278 final, de 23 de mayo de 2001. También se hace una referencia al respecto en una Comunicación de la Comisión sobre comercio electrónico y servicios financieros, COM(2001) 66 final, de 7 de febrero de 2001, p. 11.

³⁹ COM(2001) 398, de 11 de julio de 2001, DO C 255 de 13.9.2001, p. 1

civil europeo⁴⁰. Al día siguiente, el Consejo aprobaba un informe más prudente en el que se limitaba a pedir a la Comisión a que presentara, antes de que terminara el año 2002 y sobre la base de las consultas que había abierto, un Libro blanco o un Libro verde con las observaciones y recomendaciones pertinentes⁴¹. El Comité Económico y Social, aunque habría preferido soluciones de ámbito mundial, aceptaba, por su parte, la propuesta de la elaboración de un Derecho contractual europeo uniforme y general, que podría adoptar la forma de un reglamento que abriera a los Estados miembros la opción de vincularse al mismo de forma facultativa⁴². La Comisión cumplió formalmente con la petición del Parlamento al adoptar, el 12 de febrero, un “Plan de acción” sobre “un Derecho contractual europeo más coherente”⁴³. Ahora bien, bajo el ambicioso título de “Plan de acción” se escondía, en la forma de una Comunicación al Parlamento y al Consejo un documento que respondía a la posición de esta última institución de que se adoptara un texto consultivo. El “Plan de acción es, realmente, un Libro verde que reitera, con más detalle y precisión, el abanico de opciones que abarcaba la primera Comunicación, legislativas y no legislativas. Por primera vez, sin embargo, se habla de un “Marco común de referencia” (en adelante, MCR) que es concebido un como paso intermedio para la mejora del acervo comunitario en materia de Derecho contractual. El MCR habría de ser elaborado por académicos independientes como un proyecto de investigación científica financiado por la Unión. El Parlamento se pronunció sobre el segundo documento de la Comisión el 2 de septiembre de 2003⁴⁴, y el Consejo manifestó su conformidad con la propuesta de un MCR no vinculante, o de un instrumento facultativo para los Estados miembros⁴⁵.

En 2004 la Comisión se pronuncia a favor de un instrumento no vinculante, es decir, de Derecho indicativo. El MCR sería sólo una “herramienta para presentar propuestas de mejora de la cantidad y calidad del acervo actual y de los futuros instrumentos jurídicos en el ámbito del Derecho contractual”⁴⁶. Para la elaboración del MCR, la Comisión estableció una red de académicos (MCR-NET) el 15 de diciembre de 2004⁴⁷. El Parlamento Europeo, por su parte, seguía defendiendo hasta entonces la necesidad de un documento de carácter vinculante que pu-

⁴⁰ DO C 140 de 13.6.2002, p. 542.

⁴¹ <http://register.consilium.eu.int/pdf/es/01/st12/1273es.1.pdf>.

⁴² Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Comunicación citada de la Comisión, ECOSOC INT Derecho contractual europeo, DO C 241 de 7.11.2002, p. 1.

⁴³ COM(2003)68 final, de 15 de marzo de 2004, p. 1.

⁴⁴ DO C 76 de 25.3. 2004, p. 95.

⁴⁵ DO C 246 de 14.10.2001, p. 1.

⁴⁶ COM(2004)651.

⁴⁷ COM(2005)456 final.

diera constituir el embrión de un futuro Código civil o Código de obligaciones europeo⁴⁸.

En 2007 se publica el proyecto de MCR encargado por la Comisión a un grupo de académicos, que toma su forma definitiva al año siguiente⁴⁹. La publicación de este Proyecto académico de MCR no mueve al Consejo a modificar su postura favorable a un instrumento no vinculante⁵⁰, mientras que el Parlamento, en cambio, rebaja sus ambiciones y se aproxima a las posturas más realistas del Consejo y de la Comisión para pedir el desarrollo del Derecho contractual europeo a través de un MCR abierto “que puede variar desde un instrumento legislativo no vinculante hasta ser la base de un instrumento opcional en el Derecho contractual europeo”⁵¹.

Finalmente, después de casi una década de propuestas y contrapropuestas, la Comisión publicó, el 1 de julio de 2010, el Libro verde que había pedido el Consejo. Su nombre indica ahora de forma correcta que se trata sólo de un documento de consulta y no de un “plan de acción”. De nuevo, la Comisión abre un abanico de posibilidades: un simple documento académico, una caja de herramientas oficial para el legislador, recomendaciones de la Comisión sobre Derecho contractual europeo, un instrumento opcional, una directiva de Derecho contractual, un reglamento de creación de un Derecho contractual europeo⁵² e incluso un reglamento que establezca un Código civil europeo⁵³. Previamente, el 26 de abril, la Comisión había creado un Grupo de expertos en Derecho civil, y, en especial, en el ámbito del Derecho contractual, que habrá de asistirle en la elaboración de una nueva propuesta de MCR en el ámbito del Derecho contractual europeo, incluyendo los contratos mercantiles y de consumo. El mandato de este grupo terminará el 26 de abril de 2012⁵⁴.

Simultáneamente se aprueban otros documentos sobre el régimen europeo de contratos. En octubre de 2008, la Comisión presentó una propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores⁵⁵, que está en este momento pendiente de la consideración del Parlamento y del Consejo. La Agenda digital para Europa,

⁴⁸ “Resolución sobre el Derecho contractual y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”, DO n° 305 E, p. 247.

⁴⁹ C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte Nölke et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, 2009.

⁵⁰ Resolución de 18 de abril de 2008 del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior.

⁵¹ Resolución de 3 de septiembre de 2008, DO C 295 E de 4.12. 2009, p. 31.

⁵² El 24 de marzo de 2011, el Parlamento ha aprobado las enmiendas de la Comisión de Mercado interior y Protección de los consumidores sobre la base del informe del diputado democristiano alemán Andreas Schwab, pero el Consejo no se ha pronunciado todavía al respecto.

⁵³ “Libro verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un derecho contractual europeo para consumidores y empresas”, COM(2010)348 final, de 1 de julio 1010.

⁵⁴ Decisión 2010/233, de 26 de abril de 2010, DO L 105 de 27.4. 2010, p. 109.

⁵⁵ COM(2008)614, de 8 de octubre de 2008.

aprobada por la Comisión en 2010, hace referencia a la aprobación de un documento opcional de Derecho contractual complementaria de la propuesta de Directiva de los consumidores⁵⁶. El 12 de abril de 2011, la Comisión de Asuntos jurídicos del Parlamento Europeo ha aprobado un informe de la diputada liberal británica Diana Wallis sobre el Libro verde de la Comisión. La amplia mayoría obtenida en la Comisión hace previsible su adopción sin dificultades en el pleno del Parlamento.

V. La discusión doctrinal sobre la validez y perspectiva de un instrumento jurídico europeo de Derecho contractual

Durante la década que se inició con la primera Comunicación de la Comisión sobre Derecho contractual europeo de 2001, e incluso antes, desde que en los años setenta aparecieran las primeras iniciativas académicas sobre la armonización del Derecho contractual europeo, la discusión sobre la validez y perspectivas de eficacia de un instrumento jurídico de la Unión sobre el Derecho de los contratos no ha cesado.

Para un sector de la doctrina, el intento de armonizar el Derecho privado de la Unión Europea a través de la codificación no sólo está condenado al fracaso de antemano, sino que, además, es intrínsecamente negativo desde el punto jurídico, económico, social y político. El autor más representativo de este sector crítico es el comparatista Pierre Legrand, profesor de la antigua y muy prestigiosa Universidad Panteón-Sorbona de París pero que al mismo tiempo viene enseñando en varios centros universitarios de lengua inglesa, en países tan lejanos y separados entre sí como Australia, Canadá y EE UU. Sus trabajos y su crítica doctrinal al movimiento codificador europeo repite los argumentos formulados por los destacados juristas alemanes Federico Carlos de Savigny y Rodolfo von Ihering contra, por parte del primero, los primeros intentos de codificación en la Alemania del siglo XIX y contra la jurisprudencia de los conceptos por parte del segundo. Baste citar el virulento artículo titulado “Antivonbar” dirigido nominalmente contra el padre del MCR⁵⁷. La crítica de Legrand a von Bar y, en general, al movimiento codificador no transcurre por los tranquilos cauces de la discusión teórica por los que suele discurrir el debate académico, sino que entra en el campo de las descalificaciones personales, más habituales en la discusión política o en el periodismo deportivo que en el ámbito universitario. Legrand habla sin ambages de “la fragilidad intelectual del programa de convergencia europavloviano” y define a von Bar como “un profesor alemán de Derecho alemán con base en Alemania” que está redactando un código civil europeo “en

⁵⁶ COM(2010) 245, de 19 de mayo de 2005.

⁵⁷ Publicado en *The Journal of Comparative Law*, vol.2, nº 1, 2007, pp. 13-40.

nombre de la razón” a través de una serie de proposiciones esquemáticas. Acusa al profesor alemán de convertirse de manera autónoma en una especie de “tribunal de la razón” que se sitúa fuera de cualquier Derecho y por encima del Derecho hasta llegar a adueñarse del Derecho y de la misma Europa⁵⁸. Legrand acusa a von Bar de “ingenuidad infantil”⁵⁹, pero su crítica al profesor alemán va más allá del ámbito personal–doctrinal para negar radicalmente la utilidad y posibilidades de éxito del movimiento codificador europeo. Legrand afirma que “un código civil es una forma de gubernamentalismo”, una “forma democrática totalizadora”. Desde que un Derecho se codifica, afirma el profesor de la Universidad Panteón–Sorbona, queda poco espacio exterior para los ciudadanos, ya que un código civil es mucho más que una forma de tratar la cultura, pues es la cultura misma⁶⁰. Un Código civil europeo no respondería a las exigencias de identidad, lo que impulsa a Legrand a defender frente a él el particularismo local⁶¹. El proyecto de von Bar sería “políticamente complicitario, inherentemente opresor y fundamentalmente antihumanista”⁶². Finalmente, como profesor en distintas universidades anglosajonas, el profesor francés se considera en la necesidad de defender el *common law* como Derecho vivo, basado en el caso, frente al Derecho civil codificado, teórico, geométrico y basado en principios⁶³.

Mientras que el ataque de Legrand al formalismo codificador y su defensa del *common law* puede colocar a este autor en una situación de aislamiento en la doctrina continental, hay un aspecto de su crítica que lo aproxima a un importante sector doctrinal y político europeo, alejándole, paradójicamente, de las posiciones defendidas por los juristas anglosajones. Critica el profesor francés la tendencia de las instituciones europeas a defender la libertad contractual como principio fundamental, renunciando así a la perspectiva social que informa hoy los diferentes ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea⁶⁴. Esta perspectiva es compartida por un grupo de juristas de distintos países de la Unión que en el año 2004, bajo la presidencia del holandés MarCIJn Hesselink publicaron un Manifiesto sobre la justicia social en el Derecho europeo de contratos⁶⁵. Hesselink tuvo oportunidad de exponer sus puntos de vista sobre los peligros que plantean los proyectos de codificación desde el punto de vista social en una audiencia organizada por la Comisión del Mercado interior y

⁵⁸ *Ibid.*, p. 14.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 15.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 16.

⁶¹ *Ibid.*, p. 18.

⁶² *Ibid.*, p. 27.

⁶³ *Ibid.*, p. 32.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 27.

⁶⁵ “Social Justice in European Contract Law: a Manifesto”, por el “Study Group on Social Justice in European Private”, en *European Law Journal*, 10, 2004, pp. 653–674. Ponente del Manifiesto fue el británico H. Collins.

Protección de los consumidores del Parlamento europeo el 2 de marzo de 2009⁶⁶. Esta audiencia tuvo lugar con ocasión de la discusión en el Parlamento de la propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores⁶⁷. Hesselink y sus colegas del Grupo de estudios sobre la justicia social en el Derecho europeo de contratos coinciden con la crítica de Legrand al MCR por la prevalencia en éste de los criterios liberales y el peligro que podría constituir para el acervo de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores. Esta preocupación ha sido expresada también de manera vehemente por ciertos sectores de la sociedad civil como la Unión Europea de Consumidores.

Desde un ángulo diferente, el profesor de la Universidad de Granada Sixto Sánchez Lorenzo ha planteado dudas sobre la utilidad de un sistema opcional o facultativo de Derecho europeo de contratos para las relaciones comerciales transfronterizas debido a las ventajas que ofrece hoy para este tipo de acuerdos el Derecho inglés, e, incluso, la jurisdicción inglesa por su defensa a ultranza de la voluntad de las partes en la interpretación de los contratos, frente a la insistencia por parte de los ordenamientos continentales en interpretaciones equitativas de los contratos en defensa de la parte más débil, que puede ser el consumidor, el trabajador, el pequeño empresario o cualquier otra persona o entidad que se encuentre en situación de inferioridad en el momento de negociar los contratos. Éste es el caso, sobre todo, de los contratos tipo, de los contratos normados y de toda una serie de figuras desarrolladas en nuestra legislación para corregir la aplicación estricta del texto que aparece firmado por las partes⁶⁸.

VI. Conclusiones sobre la vocación de la Unión Europea para la codificación

Cualesquiera que sean las críticas que se formulen a las propuestas de armonización del Derecho privado en la Unión Europea, hay que reconocer que el Programa de Estocolmo sobre el Espacio de libertad, seguridad y justicia, el cuarto de este tipo tras los de Viena, Tampere y La Haya, abre la puerta, aunque sea tímidamente, a una armonización material de ese Derecho, sobre todo en el ámbito que en la Unión se entiende como Derecho patrimonial. El acervo europeo en materia contractual es ya importante, aunque disperso en un conjunto de instrumentos que tratan de armonizar sectores determinados del ordenamiento jurídico, sobre todo en el ámbito de la protección de los consumidores. La propuesta de directiva sobre protección de los consumidores trata de llevar a cabo una ordenación de un sector en el que prevalece la dispersión. El MCR es un proyecto

⁶⁶ *The Consumer Rights Directive and the CFR: Two World Apart?*, Parlamento Europeo, Dirección general de políticas internas, febrero de 2009. Existe también una versión francesa de este texto.

⁶⁷ COM(2008) 614 final.

⁶⁸ “La unificación del derecho contractual y su problemática”, en E. Bosch Capdevilla (ed.), *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 85–118.

más ambicioso y su destino es todavía incierto, aunque tanto la Comisión como el Parlamento Europeo están haciendo todo lo posible para sacarlo adelante, en la forma prudente de un instrumento facultativo, el famoso “ordenamiento nº 28” al que las partes podrían recurrir sin tener que someterse a un Derecho estatal determinado.

El principio del reconocimiento mutuo y su aplicación sobre la base de las normas sobre competencia, reconocimiento de sentencias y otros actos jurídicos y la aplicación de normas de Derecho de conflictos resulta insatisfactorio para una Unión que pretende establecer un mercado interior en el que las personas, las mercancías, los capitales y los servicios no queden sometidos a la arbitrariedad de la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico por razones de técnica jurídica. Por muchos argumentos que se esgriman a favor del carácter “vivo” del Derecho y su vinculación a las culturas y tradiciones nacionales, la Unión Europea, en cuanto gran espacio de paz supranacional, está desarrollando su propia sociedad y su propia cultura social y jurídica que no puede quedar fragmentada por el capricho de teorías sociológicas y jurídicas nostálgicas de culturas de “los pueblos de Europa” que en nuestro tiempo y ante nuestros ojos se están fundiendo en una comunidad política unificada.

Frente a esta realidad social y política de una Europa cada vez más unida y solidaria no cabe invocar la objeción de que nuestra Unión está inserta en una sociedad globalizada de ámbito mundial. La falta de un ordenamiento jurídico mundial que dé seguridad a los ciudadanos no puede servir de excusa para que no hagamos el trabajo en nuestra propia casa. Los ciudadanos de la nueva Europa integrada tienen derecho a que sus relaciones se desenvuelvan en un marco jurídico previsible, y no sería razonable que les sigamos exponiendo por mucho tiempo a las expectativas de decisiones adoptadas por una pluralidad de jurisdicciones nacionales que aplican una multiplicidad de ordenamientos jurídicos muy diversos entre sí.

La tarea no es fácil, pero la multiplicación de esfuerzos durante la última década por parte de las instituciones comunes por conseguir la armonización del Derecho patrimonial europeo ponen de manifiesto que estamos ante una tarea necesaria y urgente que los ciudadanos europeos reclaman hoy como parte esencial del Espacio de Libertad y Justicia establecido por los Tratados de la Unión Europea. No es posible aventurar en este momento las modalidades últimas que ha de adoptar el proceso codificador europeo, y que aún requiere la solución de problemas técnicamente complejos, como la cuestión de la base jurídica. Sin embargo, si existe la voluntad política, las instituciones de la Unión cuentan hoy con los recursos necesarios para emprender con vigor este proceso codificador que los ciudadanos reclaman.

LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

Giesela RÜHL

Friedrich–Schiller Universität Jena (Alemania)

SUMARIO: I. Introducción: II. Racionalidad de la protección del consumidor: 1. El riesgo de un “mercado para limones”. 2. Los poderes de auto–sanación del mercado: A) Mecanismos de detección. B) Mecanismos de señalización. C) Pruebas empíricas. 3. Necesidad de intervención legislativa: A) Regulación de la información. B) Regulación de las transacciones. III. Modelos de protección del consumidor: 1. Visión general comparativa: A) Primer modelo: exclusión de la autonomía de la voluntad. B) Segundo modelo: establecimiento de límites a la autonomía de la voluntad. C) Tercer modelo: condicionamiento de la autonomía de la voluntad. 2. Análisis económico: A) Evitación del “mercado para limones”. B) Reducción de los costes de regulación. IV. Conclusión.

RESUMEN: La mayor parte de los contratos transfronterizos de consumo se regulan a través de condiciones generales predispuestas por el profesional. En la mayoría de los casos, entre estas condiciones se introduce una cláusula de elección de ley. Desde una perspectiva económica, estas cláusulas plantean problemas, no tanto porque los consumidores sean más “débiles” que los profesionales, sino porque tienen menos conocimientos sobre la ley aplicable, y carecen de incentivos para invertir en la información que precisan. Sin embargo, los profesionales concluyen un gran número de contratos similares en el mismo mercado, de forma que ellos sí tienen un incentivo para obtener información sobre la ley aplicable con vistas a elegir la ley que les proporcione mayores beneficios, en detrimento de los beneficios de los consumidores. Desde el momento en que los consumidores no son capaces de diferenciar entre profesionales que eligen leyes favorables al consumidor y los que no, esto puede conducir a una carrera hacia la baja y a un “mercado para limones”. Los mecanismos de auto–sanación del mercado no son capaces de evitar este problema, de manera que es preciso regular directamente las transacciones de consumo, modificando las disposiciones generales sobre ley aplicable. Un estudio de los diversos modelos en presencia permitirá concluir que el modelo europeo, que también se halla, aunque con diferencias puntuales, en Japón, Corea, Rusia, Turquía y los EE UU, es el que confiere los mayores beneficios en términos de eficiencia.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CONTRATOS CELEBRADOS POR CONSUMIDORES – DERECHO APLICABLE – ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE.

* Traducción del inglés: Patricia Orejudo Prieto de los Mozos. Profesora titular de Derecho internacional privado, Universidad Complutense de Madrid.

Este artículo se publicará próximamente, en una versión más extensa y en inglés, en el vol. 44 de *Cornell Int'l L. J.*, 2011. La autora desea agradecer a los editores de esa revista su autorización para que haya sido traducido y publicado en el presente volumen.

SUMMARY: *The majority of cross-border consumer contracts are governed by general contract terms provided by the professional. In most cases these terms provide for a choice of law clause. From an economic perspective these clauses pose serious problems. However, this is not because consumers are "weaker" than professionals, but rather because they know less about the applicable law and have no incentive to invest into the gathering of the relevant information. Professionals, in contrast, enter into a large number of similar contracts on the same market. As a result, they have an incentive to gather information about the applicable law in order to choose the law that provides the most benefits for them and the least benefits for consumers. Since consumers are not able to distinguish between professionals who choose consumer-friendly laws and those who don't, this may lead to a race to the bottom and a market for lemons. The self-healing powers of markets are unlikely to avoid these problems. Therefore, it is necessary to directly regulate consumer transactions by modifying the general provisions determining the applicable law. An analysis of the various models that are applied around the world lead us to conclude that the general European model, which is also to be found, albeit with differences in detail, in Japan, Korea, Russia, Turkey and the United States, promises the greatest benefits in terms of efficiency.*

KEYWORDS: PRIVATE INTERNATIONAL LAW – ECONOMIC THEORY – CONSUMER CONTRACTS – CONFLICT OF LAWS – CHOICE OF LAW.

I. Introducción

1. La protección de los consumidores en Derecho internacional privado es un concepto bastante reciente. De hecho, la idea de que los consumidores se encuentran tan necesitados de protección en materia de elección de ley como en otros ámbitos del Derecho no emergió hasta la segunda mitad del siglo XX¹. Sólo cuando el movimiento de protección de los consumidores hubo tomado impulso en los años 60 y 70, la doctrina, los órganos jurisdiccionales y los legisladores se apresuraron a transferir el concepto al ámbito de la elección de ley. Las primeras disposiciones legislativas se aprobaron en los años 70 con el § 41 de la Ley austriaca de DIPr² y el art. 5 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales³. En los 80 Suiza hizo lo propio con la adopción del art. 120 de la nueva Ley suiza de DIPr⁴.

¹ Entre las primeras contribuciones doctrinales, *vid.* O. Lando, "Consumer Contracts and Party Autonomy in the Conflict of Laws", *NTIL*, 1972, pp. 208–219; B. von Hoffmann, "Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen", *RabelsZ*, 1974, pp. 396–420; P. Malaurie, "La protection du consommateur en droit international privé", *Travaux de l'association Henri Capitant*, 1973, pp. 389–397.

² *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht* (Ley austriaca de DIPr), de 15 de junio de 1978, *BGBI.* n° 304, 1978, disponible en <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002426>.

³ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980, DO L 226 de 10.9.980 (en lo sucesivo, CR).

⁴ *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht* (Ley suiza de DIPr), de 18 de diciembre de 1987, *Amtliche Sammlung*, 1988, p. 1831, disponible en <http://www.admin.ch/ch/d/sr/291/index.html>.

2. En la actualidad, la protección de los consumidores frente a la elección de ley es una parte integrante de los ordenamientos de todo el mundo. Por ello sorprende que hasta la fecha las normas correspondientes hayan recibido poca atención por parte de la teoría económica. Aunque exista una abundante literatura sobre diversos aspectos del Derecho aplicable desde una perspectiva económica⁵, se ha descuidado la cuestión de si, y cómo, debe ser protegido el consumidor ante la elección de ley. Michael J. Whincop y Mary Keyes, autores de numerosos artículos y de la única (hasta ahora) monografía sobre el análisis económico del Derecho aplicable⁶, se han limitado a afirmar, al respecto, que “*A greater problem is that parties can only make rational decisions with respect to choice of law clauses if they know the differences between the chosen law and the law that would otherwise apply. However, this problem doesn’t counsel precluding such choices, except perhaps in the context of lower value consumer contracts*”⁷.

De esta forma, aún no se ha dado respuesta a la cuestión de cómo debe funcionar la protección del consumidor desde una perspectiva económica. Con este artículo se pretende colmar este vacío. En concreto, se persigue analizar de qué modo deben articularse las normas sobre elección de ley para proteger a los con-

⁵ Vid., v.gr., F.J. Garcimartín Alférez, “Regulatory Competition: A Private International Law Approach”, *Eur. J. L. & Econ.*, 1999, pp. 251 ss; *id.*, “La racionalidad económica del Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria Gasteiz 2001*, Vitoria, Editorial Universidad del País Vasco, 2002, pp. 87–154, disponible en http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2001/2001_2.pdf; A.T. Guzman, “Choice of Law: New Foundations”, *Geo. L. J.*, 2002, pp. 883 ss; P. Mankowski, “Rechtswahlklauseln und Gerichtsstandsvereinbarungen im Lichte der Spieltheorie”, T. Eger y G. von Wangenheim (Eds.), *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse. Internationalization of the Law and its Economic Analysis. Festschrift für Hans-Bernd Schäfer*, Wiesbaden, Gabler Edition Wissenschaft, 2008, pp. 368 ss; H. Muir Watt, “Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: A Matter of Political Economy”, *Colum. J. Eur. L.*, 2003, pp. 383 ss; *ibid.*, “Aspects économiques du droit international privé”, *Rec. des Cours*, vol. 307, 2004, pp. 25 ss; E.A. O’Hara, “The Jurisprudence and Politics of Forum-Selection Clauses”, *Chi. J. Int’l L.*, 2002, pp. 301 ss; E.A. O’Hara y L.E. Ribstein, “Conflict of Laws and Choice of Law”, en B. Bouckaert y G. De Geest (Eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. 9, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 631–660, disponible en <http://encyclo.findlaw.com/9600book.pdf>; *id.*, “From Politics to Efficiency in Choice of Law”, *U. Chi. L. Rev.*, 2000, pp. 1151 ss; F. Parisi y E.A. O’Hara, “Conflict of Laws”, P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 1998, pp. 387 ss; F. Parisi y L.E. Ribstein, “Choice of Law”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, *op. cit.*, pp. 236 ss; M.J. Whincop, “The Recognition Scene: Game Theoretic Issues in the Recognition of Foreign Judgments”, *Melb. U. L. Rev.*, 1999, pp. 416 ss; *id.*, “Conflicts in the Cathedral: Towards a Theory of Property Rights in Private International Law”, *U. Toronto L. J.*, 2000, pp. 41 ss; M.J. Whincop y M. Keyes, “Towards an Economic Theory of Private International Law”, *Australian J. Leg. Phil.*, 2000, pp. 1 ss; *id.*, *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*, Aldershot, Ashgate/Dartmouth Publishing, 2001. Vid. también las contribuciones en J. Basedow y T. Kono (Eds.), *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

⁶ Además, próximamente se publicará una monografía alemana: G. Rühl, *Statut und Effizienz. Ökonomische Grundlagen des Internationalen Privatrechts* (publicación prevista: 2011).

⁷ Vid. M.J. “Towards an Economic Theory of Private International Law”, *loc. cit.*, p. 31.

sumidores de un modo eficiente. A tal fin, en primer lugar se estudiará la racionalidad económica de la protección de los consumidores en la elección de ley. A continuación, un análisis de los diferentes modelos de protección de los consumidores permitirá concluir que el modelo europeo de limitar la elección de ley por las partes es un buen compromiso económico; y que lo mismo cabe afirmar del modelo americano, que en la práctica alcanza resultados similares. Ambos modelos sobresalen sobre cualquier otra forma de regular la elección de ley en los contratos de consumo; señaladamente, sobre la solución de la Ley suiza, consistente en excluir por completo la elección de ley en los contratos de consumo.

II. Racionalidad de la protección del consumidor

3. La doctrina jurídica generalmente explica –y justifica– la protección de los consumidores a partir del concepto de “parte débil”. Se considera que los consumidores son más “débiles” que la otra parte contratante, los profesionales, e incapaces de proteger sus intereses, por tener una capacidad negociadora inferior⁸. En la teoría económica, este razonamiento se ilustra con la denominada “teoría de la explotación” (*exploitation theory*)⁹, que predominó en la discusión económica sobre la protección de los consumidores en los años 60 y 70¹⁰. En atención al ejercicio del poder del mercado, se sostiene que los consumidores necesitan protección por dos razones: la primera es que los consumidores no tienen otro remedio que comprar y contratar conforme a las condiciones predispuestas por empresas cada vez más grandes y poderosas; y la segunda es que las empresas están en condiciones de explotar a su favor información importante y diferencias sofisticadas¹¹. La “teoría de la explotación”, sin embargo, no ha

⁸ Vid., con carácter general, H. Beale, “Inequality of Bargaining Power”, *Ox. J. Leg. Stud.*, 1986, pp. 123–136; J.K. Galbraith, *The New Industrial State*, 2ª ed. rev., 1972, Harmondsworth, Penguin, pp. 213–220; F. Kessler, “Contracts of Adhesion: Some Thoughts About Freedom of Contract”, *Colum. L. Rev.*, 1942, pp. 629, 632 y 640–641; S.N. Thal, “The Inequality of Bargaining Power Doctrine: The Problem of Defining Contractual Unfairness”, *Ox. J. Leg. Stud.*, 1988, pp. 17–33. Vid. también el detallado análisis de B. Dauner-Lieb, *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher*, Berlin, Dunkler & Humboldt, 1983, pp. 109–145; J. Drexl, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 29–43; G.K. Hadfield, R. Howse y M. Trebilcock, “Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy”, *J. Consum. Pol.*, 1998, pp. 131 ss, esp. pp. 133–134.

⁹ Vid. G. L. Priest, “A Theory of the Consumer Product Warranty”, *Yale L. J.*, 1981, pp. 1297 ss, esp. pp. 1299–1302.

¹⁰ Vid. también S. Haupt, “An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law”, *GLJ*, 2003, pp. 1137 ss, esp. pp. 1137 y 1138; H.–B. Schäfer, “Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherrechts”, en S. Grundmann (Ed.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, pp. 559–576, esp. pp. 559–560.

¹¹ Vid. J.K. Galbraith, *op. cit.*, pp. 273–274. Vid. también el detallado estudio de J. Drexl, *op. cit.*, pp. 125–126 y 139–40.

prendido. En la actualidad los economistas no consideran que explique o justifique la protección de los consumidores¹², fundamentalmente porque no permite tomar en consideración la competencia entre empresas y el hecho de que toda capacidad negociadora de las empresas con los consumidores está limitada por sus competidores¹³. Si hoy en día se considera que los consumidores necesitan protección desde una perspectiva económica, no es porque sean más “débiles” y corran el riesgo de explotación por las empresas más poderosas, sino porque los contratos de consumo se caracterizan por asimetrías en la información¹⁴, esto es, porque los consumidores saben menos sobre productos y contratos que los profesionales¹⁵.

1. El riesgo de un “mercado para limones”

4. Existen asimetrías en la información cuando una de las partes en una transacción tiene más conocimiento que la otra sobre el producto o los servicios que

¹² F. Gómez Pomar, *Rational Choice and the Law: The Economic Approach to European Consumer Protection Law*, European University Institute, Max Weber Programme, Workshop No. 2, 2007 & 2008; S. Haupt, “An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law”, *loc. cit.*, p. 138; H.-B. Schäfer, “Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherrechts”, *loc. cit.*, p. 560; A. Schwartz, “Legal Implications of Imperfect Information in Consumer Markets”, *JITE*, 1995, pp. 31 ss, esp. pp. 31–32.

¹³ *Vid.* F. Gómez Pomar, *op. cit.*, pp. 5 y 6; S. Haupt, “An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law”, *loc. cit.*, p. 1138; H.-B. Schäfer, “Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherrechts”, *loc. cit.*, p. 560.

¹⁴ *Vid.* H. Beales, R. Craswell y S. Salop, “The Efficient Regulation of Consumer Information”, *J. L. & Econ.*, 1981, pp. 491 ss, esp. pp. 501–513; S. Becher, “Asymmetric Information in Consumer Contract: The Challenge That Is Yet to be Met”, *Am. Bus. L. J.*, 2008, pp. 723 ss, esp. p. 728 y pp. 733–735; D. Cayne y M. Trebilcock, “Market Considerations in the Formulation of Consumer Protection Policy”, *U. Toronto L. J.*, 1973, pp. 396 ss, esp. pp. 405–407; F. Gómez Pomar, “European Contract Law and Economic Welfare: A View from Law and Economics”, *InDret*, 2007–1, esp. pp. 17–18; S. Grundmann, “Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich?”, *ACP*, 2002, pp. 40 ss; G.K. Hadfield, R. Howse y M. Trebilcock, “Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy”, *loc. cit.*, pp. 140 y 141–145; I. Ramsay, “Consumer protection”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, *op. cit.*, pp. 410 ss, esp. pp. 410 y 411; A. Schwartz, “Legal Implications of Imperfect Information in Consumer Markets”, *loc. cit.*, pp. 35–46; A. Schwartz y L.L. Wilde, “The Political Economy of Private Legislatures”, *U. Pa. L. Rev.*, 1979, pp. 630 ss; *id.*, “Imperfect Information in Markets for Contract Terms: The Examples of Warranties and Security Interests”, *Va. L. Rev.*, 1983, pp. 1387 ss; C. Shapiro, “Consumer Protection Policy in the United States”, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1983, pp. 527 ss, esp. pp. 527–529.

¹⁵ Algunos economistas, además de a las asimetrías en la información, apuntan a que los consumidores no se comportan de acuerdo con un modelo económico estándar de elección racional, esto es, que sufren anomalías en su comportamiento. En el DIPr esta idea no ha sido empleada para justificar la protección al consumidor, por más que, en la teoría puedan darse anomalías en el comportamiento tanto en situaciones internacionales como internas. En lo que sigue, no obstante, no se prestará atención a esta línea por la sencilla razón de que aún no existen estudios sobre el comportamiento del consumidor en el contexto de las cláusulas de elección de ley.

se ofrecen. Estas asimetrías justificarían que se regule la transacción si la parte menos informada no está en condiciones de adquirir la información precisa, o si esa información es demasiado costosa¹⁶. Es lo que ocurre cuando los consumidores no tienen la oportunidad de inspeccionar la calidad del producto o del servicio antes de concluir el contrato, es decir, cuando no adquieren un bien inspeccionable (*search* o *inspection good*) sino un bien experimentable (*experience good*) o un bien de crédito (*credence good*)¹⁷. En efecto, los *experience goods* se caracterizan por el hecho de que los consumidores sólo pueden determinar su calidad una vez han concluido el contrato. Bienes de este tipo serían, por ejemplo, las cremas para el cuerpo o los cereales; servicios, los que se prestan en un restaurante. Frente a ellos, el consumidor de un *credence good* ni siquiera puede determinar su calidad una vez que ha celebrado el contrato, como ocurre, por ejemplo, con las visitas al médico. Los consumidores de *experience* o de *credence goods* no pueden saber si el trato que se les ofrece es bueno o malo antes de concluir la transacción, de forma que pueden realizar una selección inadecuada y, en el peor de los casos, incluso, coadyuvar a un fallo en el mercado en cuestión¹⁸. Si los consumidores no pueden discernir entre tratos buenos y malos, los profesionales que ofrecen productos de baja calidad pueden exigir por ellos el mismo precio –alto– que los profesionales que ofrecen productos de alta calidad. Pero los consumidores no estarán dispuestos a pagar el precio alto por un producto de alta calidad si no les resulta posible determinar la calidad antes de concluir el contrato. Como esperarán recibir un producto de calidad media, sólo estarán dispuestos a pagar el precio adecuado a un producto de calidad media, que es necesariamente inferior al precio de un producto de alta calidad. De esta

¹⁶ R.D. Cooter y T.S. Ulen, *Law and Economics*, 5ª ed., Boston, Addison Wesley, 2008, pp. 46–47; M. 249–254; B. Hermalin, A.W. Katz y R. Craswell, “Contract Law”, en A.M. Polinsky y S. Shavell (Eds.), *Handbook of Law and Economics*, Amsterdam, Elsevier/New Holland, 2007, pp. 34–39; M.J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Boston, Harvard University Press, 1993, p. 58; R. van den Bergh y L. Visscher, “Consumer Sales Law from an Economics Perspective”, en M. Ebers, A. Janssen y O. Meyer (Eds.), *European Perspectives on Producer's Liability*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, pp. 125 ss, esp. pp. 126–127; C.G. Veljanovski, *Economic Principles of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 40–41.

¹⁷ Cf. R. van den Bergh y L. Visscher, “Consumer Sales Law from an Economics Perspective”, *loc. cit.*, p. 126. *Vid.*, sobre los distintos tipos de bienes, M.R. Darby y E. Karni, “Free Competition and the Optimal Amount of Fraud”, *J. L. & Econ.*, 1973, pp. 67 ss, esp. pp. 68–72; y P. Nelson, “Information and Consumer Behavior”, *J. Pol. Econ.*, 1970, pp. 311 ss, esp. pp. 312–318. *Vid.* también D.W. Carlton y J.M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Prentice Hall, Upper Saddle River, 4ª ed., 2006, pp. 443–446 y 475–476; H. Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, Munich, C.H. Beck, 2001, pp. 118–120.

¹⁸ G.A. Akerlof, “The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *Quart. J. Econ.*, 1970, pp. 488 ss. *Vid.* también, para un estudio detallado, D.W. Carlton y J.M. Perloff, *op. cit.*, pp. 443–446; H. Fleischer, *op. cit.*, pp. 121–123; R. van den Bergh y L. Visscher, “Consumer Sales Law from an Economics Perspective”, *loc. cit.*, pp. 126–127; C.G. Veljanovski, *op. cit.*, pp. 40–41 y p. 117.

forma, los profesionales que ofrezcan productos de alta calidad se verán obligados a bajar los precios. Y la disminución de los precios les exigirá disminuir la calidad de los productos para operar de forma eficiente. Si los profesionales que ofrecen productos de alta calidad no bajan la calidad del producto serán expulsados del mercado. En ambos casos se produce una “carrera hacia la baja” que conduce a lo que se conoce por “mercado para limones” (“*market for lemons*”), es decir, a un mercado en el que sólo se comercializan productos de baja calidad.

5. En este contexto, la situación de los contratos de consumo en lo referente a la elección de ley merece dos consideraciones. La primera es que se darán asimetrías en la información del tipo descrito en relación con la ley aplicable del mismo modo en que se dan en relación con la calidad del producto¹⁹. Los profesionales conocen la ley que quieren que se aplique mucho mejor que los consumidores. Tienen un incentivo justificado desde el punto de vista económico a la hora de invertir en información sobre la ley aplicable, toda vez que celebran transacciones del mismo tipo a diario. Los consumidores, sin embargo, no conocen qué ley quieren aplicar los profesionales, ni tienen incentivos para invertir en la obtención de esa información²⁰. Esto es así porque la disposición para invertir depende de los beneficios que se esperen, que son típicamente bajos para el coste que comportan: los beneficios son bajos porque los contratos de consumo son habitualmente “pequeños contratos”, y los costes son altos porque es difícil determinar el contenido de la ley; máxime, cuando se trata de una ley extranjera. La segunda consideración es que, cuando existen asimetrías en la información se dan los mismos problemas en la elección de ley que en el resto de los sectores del Derecho²¹. Habitualmente, los consumidores sólo conocen la calidad de la ley una vez que han concluido el contrato, es decir, cuando surgen problemas.

¹⁹ H. Eidenmüller, “Recht als Produkt”, *JZ*, 2009, pp. 641 ss, esp. p. 650; E.A. O’Hara y L.E. Ribstein, “Conflict of Laws and Choice of Law”, *loc. cit.*, p. 649; F. Parísi y L.E. Ribstein, “Choice of Law”, *loc. cit.*, p. 240. En materia de cláusulas de elección de ley en contratos de consumidores, *vid.* también L. Goldman, “My Way and the Highway: The Law and Economics of Choice of Forum Clauses in Consumer Contracts”, *Nw. U. L. Rev.*, 1992, pp. 700 ss, esp. pp. 711–740 y 740–741.

²⁰ *Vid.* también W.-H. Roth, “Grundfragen im künftigen internationalen Verbraucher-vertragsrecht der Gemeinschaft”, en M. Coester *et al.* (Eds.), *Privatrecht in Europa – Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, Munich, C.H. Beck, 2004, pp. 591 ss, esp. pp. 607–711.

²¹ H. Eidenmüller, “Recht als Produkt”, *loc. cit.*, p. 650; E.A. O’Hara y L.E. Ribstein, “From Politics to Efficiency in Choice of Law”, *loc. cit.*, pp. 1186–1187; E.A. O’Hara y L.E. Ribstein, “Conflict of Laws and Choice of Law”, *loc. cit.*, pp. 648; F. Parísi y L.E. Ribstein, “Choice of Law”, *loc. cit.*, p. 240; C. Ott y H.-B. Schäfer, “Vereinheitlichung des Europäischen Vertragsrechts”, *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, pp. 204 ss, esp. pp. 215–226. Para un estudio detallado sobre las cláusulas generales, *vid.* H.-B. Schäfer, “Theorie der AGB-Kontrolle”, en H.-B. Schäfer y H.-J. Lwowski (Eds.), *Konsequenzen wirtschaftsrechtlicher Normen. Kreditrecht – Verbraucherschutz – Allgemeines Wirtschaftsrecht. Festschrift für Claus Ott zum 65. Geburtstag*, Wiesbaden, Gabler, 2002, pp. 279 ss, esp. pp. 282–302.

En las ocasiones en que no hay problemas la calidad de la ley permanece totalmente desconocida. Del mismo modo que un paciente no puede determinar siempre la calidad del servicio de un médico, un consumidor no puede evaluar en todos los casos la actuación de la ley. Así, los profesionales que optan por una ley equilibrada, o por una ley que favorece a los consumidores, tienen dificultades para exigir un precio más alto. En consecuencia, a la larga puede ocurrir que sólo sobrevivan los profesionales que exigen que se aplique una ley que discrimine a los consumidores. En el peor de los casos, este desarrollo conducirá a una carrera hacia la baja, esto es, a la elección de la ley con el nivel más bajo de protección²². Los consumidores corren el riesgo de que se aplique una ley que sea particularmente beneficiosa para el profesional, y que les proporcione el estándar de protección más bajo.

2. Poderes de auto-sanación del mercado

6. Un mercado para limones puede evitarse a través de varios mecanismos. Los que prefiere la teoría económica descansan en los poderes de auto-sanación del mercado. Estos poderes evitarían una “carrera a la baja” sin necesidad de intervención legislativa y explicarían por qué la mayor parte de los *experience goods* y los *credence goods* se comercializan de forma adecuada en mercados no regulados. Al respecto, es preciso diferenciar entre dos tipos de mecanismos: los de detección (*screening mechanisms*) y los de señalización (*signaling mechanisms*). Ambos evitan un mercado para limones proporcionando información al consumidor. Se diferencian en la forma en que se genera la información requerida.

A) Mecanismos de detección

7. Los mecanismos que pertenecen a la primera categoría, detección, se fundamentan en la habilidad y disposición del consumidor para buscar la información precisa. Es el consumidor el que toma la iniciativa para superar la asimetría en la información, intentando aprender más del producto que se le ofrece a través de sus propias pesquisas, o a través de terceros²³. Así, en relación con la ley aplicable, algunos autores como Francesco Parisi, Erin O’Hara y Larry E. Ribstein sostienen que los mecanismos de detección pueden evitar el mercado para limones²⁴. Los consumidores tienen acceso asequible a muchas fuentes de in-

²² Vid. G.A. Akerlof, “The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *loc. cit.*, p. 488.

²³ H. Fleischer, *op. cit.*, p. 124; T. Wein, “Information Problems and Market Failure”, en S. Grundmann, W. Kerber y S. Weatherill (Eds.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, 2001, Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, pp. 80 ss, pp. 87–91.

²⁴ F. Parisi y L.E. Ribstein, “Choice of Law”, *loc. cit.*, pp. 239–240; L.E. Ribstein, “From Efficiency to Politics in Contractual Choice of Law”, *Ga. L. Rev.*, 2003, pp. 363 ss, esp. pp. 409–411. Vid. también, a

formación sobre las empresas orientada a los consumidores: servicios de evaluación de terceros, revistas e Internet. Estas fuentes, a su vez, tienen importantes incentivos para informar sobre los problemas con las cláusulas de elección de ley o la ley aplicable en su defecto. A ello cabe añadir que los consumidores siempre pueden realizar sus propias averiguaciones en las bibliotecas de Derecho, o consultar a un abogado. Pero no es de esperar que todas estas actividades sean muy exitosas: el Derecho es complejo y –en contraste con muchas otras características de los bienes de consumo– rara vez puede comprenderse con sólo consultar un libro o buscar en Internet; máxime cuando al consumidor no le interesa un aspecto legal en particular que puede cobrar gran relevancia cuando surge el conflicto, sino que necesita comprender la incidencia de una cláusula de elección de ley, o de la ley aplicable en su defecto, antes de celebrar un contrato. Como sabe cualquier abogado que haya intentado conocer un ordenamiento extranjero, los costes necesarios al efecto son muy elevados. Para alguien lego en la materia, como un consumidor, los gastos que se deben realizar son prohibitivamente altos. Para que éstos pudieran reducirse –y aumentar, con ello las posibilidades de obtener una visión correcta de la ley aplicable– bastaría con que el consumidor acudiese a intermediarios que tengan la información, como pueden ser los abogados²⁵. Pero éstos no dan consejos gratis. Y como los contratos de consumo suelen ser de pequeñas cuantías, lo habitual es que los costes previsibles excedan los beneficios esperados²⁶. Como consecuencia de ello, en lo que respecta a la ley aplicable los mecanismos de averiguación no resultan del todo adecuados, con carácter general, para mitigar el problema de las asimetrías en la información²⁷.

B) Mecanismos de señalización

8. Los mecanismos que pertenecen a la segunda categoría, los de señalización, resultan más prometedores. Se basan en la disposición de la parte más informada a revelar la información precisa, enviando señales que permitan a la parte menos

favor de la elección de ley en los supuestos de responsabilidad por productos, H.S. Perlman, “Products Liability Reform in Congress: An Issue of Federalism”, *Ohio St. L. J.*, 1987, pp. 503 ss, esp. pp. 508–509.

²⁵ Para un análisis detallado de los intermediarios en la información, *vid.* S. Grundmann y W. Kerber, “Information Intermediaries and Party Autonomy – The Example of Securities and Insurance Market”, en *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, *op. cit.*, pp. 264–310.

²⁶ *Vid.* también, indicando que las asimetrías en la información pueden conducir en la elección de ley en materia de responsabilidad por productos más a una carrera hacia la baja, que a una carrera al alza, M.I. Krauss, “Product Liability and Game Theory: One more Trip to the Choice-of-Law Well”, *BYU L. Rev.*, 2002, pp. 759 ss, esp. p. 811; y G.T. Schwartz, “Considering the Proper Federal Role in American Tort Law”, *Ariz. L. Rev.*, 1996, pp. 917 ss, esp. pp. 938–941.

²⁷ Por supuesto, los mecanismos de detección pueden funcionar en algunos casos. Si, por ejemplo, en el caso en concreto los ordenamientos jurídicos comparten un lenguaje común y un origen legal común, los consumidores pueden ser capaces de obtener información sobre la ley aplicable y estar dispuestos a ello. Sin embargo, desde una perspectiva global estos casos pueden ser considerados más la excepción que la norma.

informada tener más conocimientos sobre la calidad del producto que no puede ser observada²⁸. En el Derecho contractual pueden considerarse señales de este tipo las garantías contractuales: desde el momento en que estas garantías comportan gastos, sólo pueden ofrecerse por vendedores de productos de alta calidad sin necesidad de incrementar los precios. Los vendedores de productos de baja calidad, por el contrario, tienen que aumentar el precio contractual, porque esperan que existan más reclamaciones sobre la garantía que los vendedores de productos de alta calidad. Ofrecer garantías contractuales señala al consumidor una calidad que de otro modo no sería observable. En lo que respecta a la ley aplicable, de este modo, no debe excluirse que los profesionales tengan un incentivo para proporcionar a los consumidores la información precisa, en aras de lograr una ventaja frente a sus competidores²⁹. Ahora bien: mientras los mecanismos de señalización podrían prevenir el mercado para limones en algunos casos, no cabe asegurar que sea así en todos los supuestos. Las asimetrías informativas en el marco de la elección de ley difieren de las asimetrías en la información en otros contextos, en una forma que compromete la efectividad de los mecanismos de señalización³⁰. En primer lugar, la influencia de la ley aplicable en la reputación del profesional, de darse, es residual. Los riesgos que se distribuyen con la ayuda de una cláusula de elección de ley se materializan en pocos casos. La ley aplicable, de esta forma, es un *credence good* cuya calidad no puede determinar el consumidor ni antes de la conclusión del contrato ni después de su ejecución. La satisfacción del consumidor –y, con ello, la reputación del profesional– no suele depender de la ley aplicable, sino de las características evidentes del bien. En segundo lugar, una empresa que se embarca en una venta transfronteriza es mucho menos susceptible de perder o ganar reputación que una empresa que sólo

²⁸ Vid. H. Fleischer, *op. cit.*, pp. 123–126; S. Grundmann, “Europäisches Verbrauchervertrag–recht im Spiegel der ökonomischen Theorie”, en *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen*, *op. cit.*, pp. 283 ss, esp. p. 297; M. Rehberg, “Der staatliche Umgang mit Information”, en T. Eger y H.–B. Schäfer (eds.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrecht–entwicklung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 284 ss, esp. pp. 311–317; T. Wein, “Information Problems and Market Failure”, *loc. cit.*, pp. 85–91; O.E. Williamson, “Legal Implications of Imperfect Information in Consumer Markets”, *JITE*, 1995, pp. 49 ss, esp. pp. 49–50. Vid. también D.W. Carlton y J.M. Perloff, *op. cit.*, pp. 446–448.

²⁹ C. Kirchner, “Justifying Limits to Party Autonomy in the Internal Market”, en *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, *op. cit.*, pp. 165 y 172; E.A. O'Hara y L.E. Ribstein, “Rules and Institutions in Developing a Law Market: Views from the U.S. and Europe”, *Tul. L. Rev.* 2008, pp. 2147 ss, esp. pp. 2155 y 2156; F. Parísi y L.E. Ribstein, “Choice of Law” *loc. cit.*, p. 240; L.E. Ribstein, “Choosing Law by Contract”, *J. Corp. L.*, 1993, pp. 245 ss, esp. pp. 257–259; *id.*, “From Efficiency to Politics in Contractual Choice of Law”, *loc. cit.*, pp. 409–411. Vid. también, en lo que respecta a la responsabilidad por productos, H.S. Perlman, “Products Liability Reform in Congress: An Issue of Federalism”, *loc. cit.*, pp. 508–509.

³⁰ G. Rühl, “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts”, en E. Gottschalk, R. Michaels, G. Rühl y J. von Hein (eds.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 153 ss, esp. pp. 180–181.

vende en un país. Los consumidores potenciales están demasiado dispersos como para interactuar e intercambiar información sobre el cumplimiento por parte de esa empresa. Además, las asociaciones de consumidores están muchos menos organizadas a nivel internacional, por lo que son menos efectivas a la hora de ejercer su función instructora. Las empresas, de esta forma, no corren un riesgo mayor cuando sujetan el contrato a la ley de un Estado que somete a los mayores riesgos posibles al consumidor. Por la misma razón resulta más difícil que se labre una buena reputación una empresa que invite a la otra parte a pagar un precio superior por el mismo producto, pero con una ley mejor. Los incentivos para enviar señales al consumidor en lo que respecta a la ley aplicable son, de este modo, bastante bajos.

C) Pruebas empíricas

9. En este contexto, parece que los poderes de auto-sanación del mercado no pueden evitar los efectos negativos de las simetrías en la información en lo referente a la elección de la ley aplicable, y que los contratos de consumo están condenados a desarrollos que pueden conducir a una carrera hacia los estándares de protección de los consumidores más bajos. Sin embargo, importa advertir que hasta la fecha no hay pruebas de que en el marco de la elección de ley se haya producido una carrera hacia la baja. Ciertamente, estas pruebas empíricas son difíciles de obtener, desde el momento en que la mayor parte de los Estados llevan mucho tiempo protegiendo a los consumidores frente a mercados para limones en materia de elección de ley. Sin embargo, no faltan casos anecdóticos que aportan verosimilitud al anterior análisis. En primer lugar, están los famosos casos conocidos como “asuntos de Gran Canaria”³¹. En estos asuntos, empresas españolas habían vendido bienes a consumidores alemanes cuando se encontraban de vacaciones en España. Los contratos establecían la aplicación de la ley española porque España en ese momento no había transpuesto la Directiva Europea sobre contratos negociados fuera de establecimientos comerciales³², que habría permitido a los consumidores desistir del contrato en el plazo de siete días laborales. A pesar de que la entrega de los bienes se realizaba por empresas ale-

³¹ Para un estudio más detallado de estos casos, *vid.* E. Brödermann y H. Iversen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1994, pp. 387–419, §§ 873–972; E.-M. Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, pp. 320–322 y 326–327; P. Mankowski, “Zur Analogie im Internationalen Schuldvertragsrecht”, *IPRax*, 1991, pp. 305 ss, pp. 305–313; G. Mäsch, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz. Eine Untersuchung zu den Art. 29 I, 27 III und 34 EGBGB*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 111–125; C. Rühl, *Rechtswahlfreiheit und Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 169–171.

³² Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, DO L 372 de 31.12.1985.

manas a las que se habían cedido los derechos y obligaciones del contrato en el momento de su celebración, los consumidores alemanes no podían desistir a su regreso a Alemania. De un modo similar, los consumidores se veían desprovistos de la protección conferida por el Derecho europeo en los denominados “asuntos *time sharing*”³³. En ellos, consumidores alemanes que se encontraban de vacaciones en España eran inducidos a adquirir –a precios elevados– apartamentos situados en España bajo la modalidad del tiempo compartido. Los contratos se sujetaban a la ley de la Isla de Man, en aras a evitar la aplicación de la Directiva europea sobre contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido³⁴. En ambos casos, las empresas perseguían deliberadamente la aplicación de una ley que estableciese estándares de protección de los consumidores sustancialmente más bajos –cuando no inexistentes–, disponiendo con ello las bases para una carrera hacia la baja.

3. Necesidad de intervención legislativa

10. Comoquiera que los mecanismos del mercado no pueden evitar la carrera hacia la baja que deriva de las asimetrías en la información, la teoría económica demanda una intervención legislativa –cautelosa– del Estado, dirigida a regular la información o a regular las transacciones³⁵. En línea de principio, los economistas prefieren la primera opción, la regulación de la información, a la segunda, la regulación de las transacciones³⁶. Esto es así porque la regulación de la información se dirige a remediar el desequilibrio en la información entre las partes sin alterar la libertad de las partes para contratar. El poder de las partes para estructurar sus relaciones de acuerdo con sus necesidades permanece intacta, y con ello, la posibilidad de concluir contratos eficientes. La regulación de las transacciones, por su parte, limita la autonomía contractual y, con ello, comporta el riesgo de inducir a contratos ineficientes. Esta es la razón por la cual los economistas acuden a una regulación directa de las transacciones sólo cuando la

³³ E. Brödermann y H. Iversen, *op. cit.*, pp. 387–419, §§ 873–972; E.-M. Kieninger, *op. cit.*, pp. 320–322 y 326–27; P. Mankowski, “Zur Analogie im Internationalen Schuldvertragsrecht”, *loc. cit.*, pp. 305–313; G. Mäsch, *op. cit.*, pp. 111–125; C. Rühl, *op. cit.*, pp. 131–132.

³⁴ Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, DO L 280 de 29.10.1994.

³⁵ T. Wein, “Information Problems and Market Failure”, *loc. cit.*, pp. 92–96.

³⁶ H. Beales, R. Craswell y S. Salop, “The Efficient Regulation of Consumer Information”, *loc. cit.*, pp. 513–514; S. Grundmann, W. Kerber y S. Weatherill, “Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market – An Overview”, en *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, *op. cit.*, pp. 3 ss, esp. pp. 7 y 10–12; K.J. Hopt, “Disclosure Rules as a Primary Tool for Fostering Party Autonomy – Observations from a Functional and a comparative Legal Perspective”, *ibid.*, pp. 246 ss, 248–249; H. Merkt, “Disclosure Rules as a Primary Tool for Fostering Party Autonomy”, *ibid.*, pp. 230 ss, esp. pp. 231–232.

regulación de la información –por las razones que sea– no comporta los resultados deseados³⁷.

A) Regulación de la información

11. La regulación de la información puede coadyuvar a superar la asimetría en la información de dos formas: la primera, a través del establecimiento de un deber de información (*infra*, nº 12); la segunda, a través de la provisión de información por parte del Estado (*infra*, nº 13).

12. El establecimiento de un deber de información es la forma más obvia de luchar contra el problema que causan las asimetrías en la información³⁸. Consiste en exigir al profesional que informe al consumidor acerca de la elección de ley, incluyendo las principales características de la ley elegida³⁹. Desde el momento en que garantiza que el consumidor tiene toda la información relevante, puede mitigar la asimetría informativa y el riesgo de un mercado para limones. Esta es la razón por la que algunos autores dedicados a la teoría económica del Derecho, y en especial Erin A. O'Hara y Larry E. Ribstein, y Michael J. Whincop y Mary Keyes, sostienen que en caso de que los consumidores deban protegerse frente a la elección de ley, debe ser a través de este deber de información⁴⁰. Sin embargo, estos autores parecen ignorar dos aspectos fundamentales de los contratos internacionales de consumo. El primero es que los consumidores no tendrán ningún incentivo para leer la información, a no ser que los beneficios asociados a esta lectura superen los costes esperados⁴¹. Y la mayor parte de las transacciones que

³⁷ H. Beales, R. Craswell y S. Salop, "The Efficient Regulation of Consumer Information", *loc. cit.*, pp. 513–514; S. Grundmann, W. Kerber y S. Weatherill, "Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market – An Overview", *loc. cit.*, pp. 7 y 10–12; K.J. Hopt, "Disclosure Rules as a Primary Tool for Fostering Party Autonomy – Observations from a Functional and a Comparative Legal Perspective", *loc. cit.*, pp. 251–252.

³⁸ Crítico sobre la cuestión de si el deber de información es, en verdad, una medida menos intrusiva, W. Schön, "Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung", en A. Heldrich, J. Prölss e I. Koller (Eds.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Munich, C.H. Beck, 2007, pp. 1191 ss, esp. p. 1208.

³⁹ Por supuesto, el deber de información puede asumir diversas formas, que van desde un mero deber de informar sobre el hecho de la elección de ley hasta un deber de informar sobre los detalles de la ley aplicable. En el marco de este artículo, por los argumentos que siguen, las diferencias resultan irrelevantes.

⁴⁰ E.A. O'Hara y L.E. Ribstein, "From Politics to Efficiency in Choice of Law", *loc. cit.*, pp. 1186–1187; *id.*, "Conflict of Laws and Choice of Law", *loc. cit.*, p. 648; F. Parísi y L.E. Ribstein, "Choice of Law", *loc. cit.*, p. 240; L.E. Ribstein, "Choosing Law by Contract", *loc. cit.*, pp. 257–259; M.T. Whincop y M. Keyes, *op. cit.*, pp. 31–32; *id.*, "Towards an Economic Theory...", *loc. cit.*, p. 56.

⁴¹ H. Eidenmüller, "Recht als Produkt", *loc. cit.*, p. 650; G. Rühl, "Party Autonomy in the Private International Law of Contracts", *loc. cit.*, pp. 180–181; W.J. Woodward, "Constraining Opt-Outs: Shielding Local Law and Those it Protects from Adhesive Choice of Law Clauses", *Loy. LA L. Rev.*, 2006, pp. 64 ss.; *vid.*, con carácter general, M.A. Eisenberg, "The Limits of Cognition and the Limits of Contract", *Stan. L. Rev.*, 1995, pp. 211 ss, esp. pp. 214–216; W. Schön, *loc. cit.*, pp. 1206–1208; y, en relación con la responsabilidad por productos, M.I. Krauss, *loc. cit.*, p. 811; G.T. Schwartz, "Considering

realizan los consumidores comportan cantidades pequeñas: el beneficio que puede proporcionar la lectura de la información es pequeño, y en ocasiones inferior a los costes –esto es, al tiempo y al esfuerzo– asociados a ella. Los consumidores racionales se abstendrán, de este modo, de leer cualquier información que les proporcione el profesional⁴². Estudios empíricos muestran que sólo un porcentaje mínimo de los consumidores lee la letra pequeña⁴³, por lo que el deber de información no sólo no remediaría la asimetría en la información, sino que, además, encarecería los contratos internacionales de consumo⁴⁴.

En segundo lugar, aún en el caso de que los consumidores estuviesen dispuestos a leer la información proporcionada por el profesional, ello no significa que puedan tomar mejores decisiones. Estudios empíricos que proceden de la ciencia del comportamiento demuestran que demasiada información puede disminuir la calidad de las decisiones de los consumidores (sobrecarga en la información o *information overload*)⁴⁵. Al parecer, la capacidad de los consumidores de leer y procesar la información está limitada, de forma que más información no comporta necesariamente más conocimiento y mejores decisiones. Al contrario, más información conduce en ocasiones a peores decisiones porque en la ecuación entran ciertas anomalías. Por ejemplo, puede ocurrir que los consumidores no calculen la probabilidad de que una disposición legal en particular sea determinante, porque sobrevaloren la información disponible (heurística de disponibilidad o *availability heuristic*) o porque ignoren los riesgos pequeños (ley de los números pequeños o *law of small numbers*). Además, puede ocurrir que sobrevaloren sus propias capacidades (sesgo de autoservicio o *self-serving bias*). En suma, parece que establecer un deber de información no sirve para superar las

the Proper Federal Role in American Tort Law”, *loc. cit.*, pp. 938–941; sobre los costes y beneficios de obtener información, *vid. con carácter general* G.J. Stigler, “The Economics of Information”, *J. Pol. Econ.*, 1961, pp. 213 ss.

⁴² G. Rühl, “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts”, *loc. cit.*, pp. 180–182; *vid. también* M.I. Krauss, *loc. cit.*, p. 811 y G.T. Schwartz, “Considering the Proper Federal Role in American Tort Law”, *loc. cit.*, pp. 938–941 (ambos, sosteniendo que la elección de ley, habida cuenta de las asimetrías en la información, conducirán antes a una carrera hacia la baja que a una carrera al alza).

⁴³ *Vid.*, por ejemplo, F. Marotta-Wurgler, “Does Disclosure Matter?”, *Working Paper 2010* (cortesía de la autora); F. Marotta-Wurgler, Y. Bakos y D.R. Trossen, “Does Anyone Read the Fine Print? Testing a Law and Economics Approach to Standard Form Contracts”, *Working Paper N° 09-40, NYU Center for Law, Economics and Organizations, Law & Economics Working Paper Series*, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443256 (mostrando que los compradores de software no leen los acuerdos de licencia de software cuando los compran a través de Internet).

⁴⁴ M.T. Whincop y M. Keyes, en “Towards an Economic Theory...”, *loc. cit.*, p. 31 indican –probablemente por esta razón– que la elección de ley en los contratos de consumidores debería ser limitada o excluida.

⁴⁵ Para un análisis detallado, *vid.* S.I. Becher, “Behavioral Science and Consumer Standard Form Contracts”, *La L. Rev.*, 2007, pp. 117 ss, esp. pp. 167–177; J. Jacoby, D.E. Speller y C.A. Kohn, “Brand Choice Behavior as a Function of Information Load”, *J. Mark. Res.*, 1974, pp. 63 ss.; *id.*, “Brand Choice Behaviour as a Function of Information Load: Replication and Extension”, *J. Consum. Res.*, 1974, pp. 33 ss.

asimetrías en la información presentes en los contratos internacionales que celebran los consumidores.

13. Proporcionar información por parte del Estado es otra vía para superar las asimetrías en la información sin necesidad de regular directamente los contratos de consumo⁴⁶. Sin embargo, al igual que ocurre con el deber de información, esta forma de regular la información no promete excesivos logros: como la información proporcionada por los profesionales, la información que proporciona el Estado probablemente no sea tomada en consideración por los consumidores antes de la celebración de un contrato. Los Estados podrían, sin embargo, proporcionar no sólo información sobre los diferentes sistemas jurídicos, sino también una base para una comparación sencilla, por ejemplo, elaborando un ranking de sistemas de acuerdo con los estándares de protección del consumidor. Estos rankings ya pueden encontrarse en los Informes *Doing-Business* del Banco Mundial⁴⁷ o en los Informes sobre Competitividad Global del Foro Económico Mundial⁴⁸, aunque no en el ámbito del Derecho de consumo. Sin embargo, el método y la calidad de estos rankings han sido criticados ampliamente⁴⁹. De hecho, hay un acuerdo amplio sobre las dificultades para transferir a un número la calidad de un sistema jurídico. De esta forma, puntuar los ordenamientos jurídicos para proporcionar a los consumidores un acceso fácil a la información sobre la calidad de la ley elegida no parece ser (en la actualidad) un instrumento para evitar un mercado para limones.

B) Regulación de las transacciones

14. Si los efectos negativos de las asimetrías en la información en lo que respecta a la elección de ley no pueden evitarse a través de los mecanismos de auto-sanación del mercado, la única opción restante para actuar es la regulación

⁴⁶ Sobre la reducción de los costes de información a través del Estado, *vid.*, con carácter general, H. Beales, R. Craswell y S. Salop, "The Efficient Regulation of Consumer Information", *loc. cit.*, pp. 523–527; A. Schwartz y L.L. Wilde, "Competitive Equilibria in Markets for Heterogeneous Goods with Imperfect Information: A Theoretical Analysis with Policy Implications", *Bell J. Econ.*, 1982, pp. 181 ss; C. Shapiro, "Consumer Protection Policy in the United States", *loc. cit.*, pp. 531–532.

⁴⁷ Los Informes *Doing-Business* del Banco Mundial están disponibles en <http://www.doingbusiness.org>; para un mayor desarrollo, *vid.* C. Kern, "Die Doing-Business-Reports der Weltbank – Fragwürdige Quantifizierung rechtlicher Qualität?", *JZ*, 2009, pp. 498 ss.

⁴⁸ *Vid.* <http://www.weforum.org/en/initiatives/gcp/Global%20Competitiveness%20Report/index.htm>

⁴⁹ *Vid.* solo H. Eidenmüller, "Recht als Produkt", *loc. cit.*, p. 643; C. Kern, *Justice between Simplification and Formalism. A Discussion and Critique of the World Bank Sponsored Lex Mundi Project on Efficiency of Civil Procedure*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007; P.P. Lele y M.M. Siems, "Shareholder Protection: A Leximetric Approach", *J. Corp. Stud.*, 2007, pp. 47 XXX ss; H. Spamann, "On the Insignificance and/or Endogeneity of La Porta et al.'s 'Anti-Director Rights Index' under Consistent Coding", *Harvard Law School John M. Olin Center Discussion Paper No. 7*, marzo de 2006, disponible en <http://ssrn.com/abstract=894301>.

directa de las transacciones celebradas por los consumidores, esto es, la regulación directa de las cláusulas de elección de ley. Sin duda, ello comporta coartar la libertad de las partes para estructurar sus relaciones, limitando su libertad para elegir la ley aplicable. Comparado con un mercado para limones, este parece ser el mal menor, al menos si el derecho de las partes de elegir la ley aplicable se limita únicamente en lo que sea preciso.

A continuación se analizará cómo se aborda la cuestión por parte de diferentes sistemas jurídicos, y cuál es el modelo que merece más crédito desde una perspectiva económica.

III. Modelos de protección del consumidor

15. Como se indicó anteriormente, la protección de los consumidores en el marco de la elección de ley es parte integrante de la mayor parte de los sistemas jurídicos contemporáneos. En concreto, modifican las normas sobre autonomía de la voluntad de las partes en la elección de ley y las normas que determinan la ley aplicable en defecto de elección. En lo demás, hay poco acuerdo. Las diferencias se revelan tanto en lo que respecta al contenido de las correspondientes normas cuanto a la técnica legislativa aplicada: mientras algunos ordenamientos nacionales y algunos instrumentos internacionales disponen normas de elección de ley específicas para las transacciones con consumidores, otros descansan sobre cláusulas generales o conceptos bastante vagos.

La primera técnica legislativa se halla, por ejemplo, en el art. 5 del Convenio de Roma⁵⁰, el art. 6 RR I⁵¹, el art. 11 de la Ley japonesa de DIPr⁵², el § 27 de la Ley coreana de DIPr⁵³, el art. 1212 del Código civil ruso⁵⁴, el art. 120 de la Ley suiza de DIPr⁵⁵, y el art. 26 de la Ley turca de DIPr⁵⁶. También es el empleado en los EE UU, en lo que respecta a la protección que dispensan al consumidor el parágrafo § 109.a), apartado 2, de la *Uniform Computer Information Transaction*

⁵⁰ *Vid. supra*, nota 3.

⁵¹ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 177 de 4.7.2008.

⁵² *Hô no Tekiyô ni kansuru Tsûsoku-hô* (Ley general de aplicación de las leyes), Ley n° 28 de 21 de junio de 2006 (en adelante, Ley japonesa de DIPr).

⁵³ *Gukjesabeop* (Ley de DIPr), Ley n° 6465 de 7 de abril de 2001 (en lo sucesivo, Ley coreana de DIPr).

⁵⁴ *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (Ley sobre DIPr y procedimiento civil), Ley n° 5718 de 27 de noviembre de 2007, *Resmi Gazete* n° 26728 de 12 de diciembre de 2007 (en adelante, Ley turca de DIPr).

⁵⁵ *Vid. supra*, nota 4.

⁵⁶ *Sobranie zakonodatel'stva Rossijskoj Federacii* (Código civil de la Federación Rusa, tercera parte), Ley Federal n° 149-FS de 26 de noviembre de 2001, *Rossijskaja Gaseta* de 28 de noviembre de 2001 (en lo sucesivo, Código civil ruso)

Act, el § 51:1418 de los *Louisiana Revised Statutes* y la sección 3.4.a) de la *Oregon Act Relating to Conflict of Laws Applicable to Contracts*⁵⁷. La segunda técnica legislativa se encuentra en la Convención interamericana sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convención de México)⁵⁸, la cual, a pesar de haber seguido muy de cerca al Convenio de Roma, no establece normas de conflicto específicas para los contratos celebrados por consumidores. Sin embargo, los consumidores pueden ser protegidos a través de la flexibilidad de las normas de conflicto en defecto de elección, así como por medio de la aplicación prioritaria de las normas imperativas⁵⁹. La segunda técnica legislativa también se emplea en los EE UU, en la medida en que se protege a los consumidores por medio de la doctrina de orden público fundamental (*fundamental public policy*) dispuesta en el § 187.2 del *Restatement (Second) of Conflict of Laws*⁶⁰, pero también prevista en el § 1–301 del *Uniform Commercial Code*⁶¹. En lo que sigue, se efectuará un recorrido comparado de los modelos empleados para proteger a los consumidores para, a continuación, realizar el correspondiente análisis económico.

1. Visión general comparativa

16. Los contratos internacionales están regulados, en casi todo el mundo, por la ley elegida por las partes⁶². De hecho, salvo en algunos Estados sudamericanos⁶³, el principio de autonomía de la voluntad es objeto de un reconocimiento

⁵⁷ *Act Relating to Conflict of Laws Applicable to Contracts*, Ley n° 2414 de 2001. La sección 3.4 de la *Oregon Contracts Conflict Act* se retoma en el § 81.105 (4) de los *Oregon Revised Statutes* de 2009.

⁵⁸ Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de 17 de marzo de 1994, disponible en <http://www.oas.org/juridico/English/treaties/b-56.html>.

⁵⁹ Vid. A. Gebele, *Die Konvention von Mexiko*, Berlín, Tenea, 2002, pp. 111–112 (disponible en http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13818/tenea_juraweltbd19.pdf); E. Hernández Bretón, “Internationale Handelsverträge im Lichte der Interamerikanischen Konvention von Mexiko über das auf internationale Verträge anwendbare Recht”, *IPRax*, 1998, pp. 378 ss, esp. p. 384; J. Samtleben, “Versuch über die Konvention von Mexiko über das auf internationale Schuldverträge anwendbare Recht”, *IPRax*, 1998, pp. 385 ss, esp. p. 391.

⁶⁰ Para un estudio más detallado, vid. P. Hay, P.J. Borchers y S.C. Symonides, *Conflict of Laws*, 5ª ed., St. Paul, Ashgate, 2010, pp. 1098–1129; G. Rühl, “Konvergenz im Internationalen Vertragsrecht? Zu jüngeren Entwicklungen im europäischen und US-amerikanischen Kollisionsrecht”, *ZfRV*, 2006, pp. 175 ss, esp. pp. 181–182; *id.*, “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts”, *loc. cit.*, pp. 167–171.

⁶¹ P. Hay, P.J. Borchers y S.C. Symonides, *op. cit.*, pp. 1155–1156; E. Röhm y R. Koch, “Choice of Law in International Distribution Contracts: Obstacle or Opportunity?”, *N.Y. Int'l L. Rev.*, 1998, pp. 1 ss.

⁶² R.J. Weintraub, “Functional Developments in Choice of Law for Contracts”, *Rec. des Cours*, vol. 187, 1984, pp. 239 ss, esp. p. 271; S.C. Symeonides, W.C. Perdue y A.T. von Mehren, *Conflict of Laws: American, Comparative, International*, 2ª ed., St. Paul, Thomson West, 2003, p. 339.

⁶³ Bolivia, Brasil, Colombia y Uruguay. Sin embargo, en 2004 en Brasil y en 2009 en Uruguay se realizaron propuestas de reforma de la ley, en aras de reconocer la autonomía de la voluntad, que se espera que sean adoptadas en un futuro próximo. Al respecto, M.M. Alborno, “Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems”, *J. Priv. Int'l L.*, 2010, pp. 23 ss, esp. pp. 43–48;

tan amplio que a menudo se califica como solución universal⁶⁴. En lo que respecta a las transacciones con consumidores, sin embargo, la mayor parte de los sistemas jurídicos restringe la libertad de las partes para elegir la ley aplicable de un modo u otro. De hecho, cabe distinguir tres modelos básicos para proteger al consumidor: el primer modelo excluye la elección por las partes de la ley aplicable en cualquier transacción de consumo. El segundo modelo limita la elección de las partes a determinadas leyes. Y el tercer modelo condiciona los efectos de la elección por las partes de la ley aplicable.

A) Primer modelo: exclusión de la autonomía de la voluntad

17. El primer modelo puede encontrarse en Suiza. Es muy sencillo y directo, porque simplemente excluye la autonomía de la voluntad en los contratos celebrados por consumidores: de acuerdo con el art. 120.2º Ley suiza de DIPr no cabe elección de la ley en dichos contratos. Disposiciones de este mismo tipo también se hallan en la regulación sobre elección de ley de Oregon y Louisiana: conforme al § 51:1418.c) de los *Revised Statutes* de Louisiana y la sección 3.4.a) de la *Oregon Contracts Conflict Act*⁶⁵ la elección de una ley extranjera –incluida la de otro Estado de los EE UU– no será eficaz si el consumidor reside en uno de los dos Estados y la transacción se concluyó allí⁶⁶. En consecuencia, Louisiana y Oregon deniegan el reconocimiento de una cláusula de elección de ley en las transacciones de consumo si es a favor de una ley extranjera y la transacción está vinculada con su territorio. Sin embargo, frente a lo que ocurre en Suiza, ambos Estados reconocen la eficacia de una cláusula de elección de ley extranjera si el consumidor no reside en Louisiana u Oregon o si la transacción no presenta la referida conexión con esos Estados.

B) Segundo modelo: establecimiento de límites a la autonomía de la voluntad

18. El segundo modelo de protección del consumidor es el presente en la Unión Europea. Frente al primer modelo, no excluye sin más la elección de ley en los contratos de consumo, sino que limita la autonomía de la voluntad a determinadas leyes. Con arreglo a lo previsto en el art. 5.2.3 RR I, las partes en un contrato de transporte pueden optar únicamente por la ley de la residencia habi-

D. Operti Badán y C. Fresnedo de Aguirre, “The Latest Trends in Latin American Private International Law: the Uruguayan 2009 General Law on Private International Law”, *Yearbook of PIL*, 2009, pp. 305 ss, esp. pp. 332–335.

⁶⁴ P.J. Borchers, “Choice of Law in the American Courts in 1992: Observations and Reflections”, *Am. J. Comp. L.*, 1004, pp. 125 ss, esp. p. 135; *vid.* también R.J. Weintraub, “Functional Developments in Choice of Law for Contracts”, *loc. cit.*, p. 271.

⁶⁵ *Vid.* S.C. Symeonides, “Codifying Choice of Law for Contracts: The Oregon Experience”, *RabelsZ*, 2003, pp. 726 ss, esp. p. 730.

⁶⁶ Para más detalles, *vid.* sección 3.4 *Oregon Contracts Conflict Act* y § 51:1418 *Louisiana Revised Statutes*.

tual del pasajero, la ley de la residencia habitual o del centro de administración principal del transportista, la ley del lugar de salida o la ley del lugar de destino⁶⁷. De un modo análogo, el art. 7.3.1 RR I limita la elección de ley en los contratos de seguro a la ley del país donde se sitúan los riesgos en el momento de la celebración del contrato y la ley del país donde el tomador tiene su residencia habitual⁶⁸. En lo que respecta al seguro de vida, el art. 7 además permite que se elija la ley del país del que es nacional el tomador. Y en los contratos de seguro que cubren riesgos limitados a hechos que ocurran en un Estado distinto al del lugar donde se sitúa el riesgo, las partes también pueden optar por la ley de este Estado. De esta forma, los arts. 5 y 7 RR I protegen a los pasajeros y a los tomadores del seguro limitando la autonomía de la voluntad a la elección de leyes conectadas con las partes o con la transacción⁶⁹.

⁶⁷ Para un estudio más detallado del art. 5 RR I, *vid.* G. Contaldi, “Il contratto internazionale di trasporto di persone”, en Nerina Boschiero (ed.), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Turín, Giappichelli Ed., 2009, pp. 349 ss; P. Mankowski, “Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht für Transportverträge in Abkommen und speziellen EG-Verordnungen”, *TransportR*, 2008, pp. 339 ss; A.P. Nielsen, “The Rome I Regulation and Contracts of Carriage”, en F. Ferrari y S. Leible (Eds.), *Rome I Regulation*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, pp. 99 ss; R. Plender y M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, 3ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2009, pp. 205–222; S. Tonolo, “La lege applicabile ai contratti di trasporto nel regolamento Roma I”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2009, pp. 309 ss; R. Wagner, “Neue kollisionsrechtliche Vorschriften für Beförderungsverträge in der Rom I-VO”, *Transportrecht*, 2008, pp. 221–224; *id.*, “Die EG-Verordnungen Brüssel I, Rom I und Rom II aus der Sicht des Transportrechts”, *TransportR*, 2009, pp. 281 ss, esp. pp. 286–288.

⁶⁸ Para un estudio detallado del art. 7 RRI, *vid.* M. Fricke, “Das Internationale Privatrecht der Versicherungsverträge nach Inkrafttreten der Rom-I-Verordnung”, *VersR*, 2009, pp. 443 ss; U.P. Gruber, “Insurance Contracts, in Rome I Regulation”, en *Rome I Regulation*, *op. cit.*, pp. 109 ss; C. Heinze, “Insurance contracts under the Rome I Regulation”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2009, pp. 445 ss; H. Heiss, “Insurance Contracts in Rome I: Another Recent Failure of the European Legislatura”, *Yearbook of PIL*, 2009, pp. 261 ss; D. Looschelders y K. Smarowos, “Das Internationale Versicherungsvertragsrecht nach Inkrafttreten der Rom I-Verordnung”, *VersR*, 2010, pp. 1 ss; L. Merret, “Choice of Law in Insurance Contracts under the Rome I Regulation”, *J. Priv. Int’l L.*, 2009, pp. 41 ss; R. Miquel Sala, “El nuevo Derecho internacional privado de los seguros en el Reglamento Roma I”, *AE-DIPr*, 2008, pp. 425 ss; R. Plender y M. Wilderspin, *op. cit.*, pp. 270–296; S. Perner, “Das Internationale Versicherungsvertragsrecht nach Rom I”, *IPRax*, 2009, pp. 218 ss; P. Piroddi, “I contratti di assicurazione tra mercato interno e diritto internazionale privato”, en *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, *op. cit.*, pp. 247 ss; C. Van Schoubroeck, “The new European conflicts-of-law rules from an insurance perspective”, *Eur. J. Consum. L./R.E.D.C.*, 2009 pp. 729 ss, esp. p. 755–764.

⁶⁹ Obsérvese que los arts. 5 y 7 RR I no se limitan a los contratos de consumo. Cubren y protegen todo tipo de tomadores de seguros y de pasajeros, porque se considera que son partes débiles. A su vez, esto plantea la cuestión de si—además de los consumidores—otras personas también necesitan protección frente a la elección de ley con carácter general. Esta cuestión, sin embargo, escapa al presente trabajo.

19. En otros países no se conocen limitaciones como las recogidas en los arts. 5 y 7 RR I⁷⁰. Sin embargo, el §187 (2) del *Restatement (Second) of Conflict of Laws* dispone que la lección de ley por las partes sólo será eficaz si las partes o la transacción presentan vínculos sustanciales (*substantial relationship*) con la ley elegida. De un modo similar, el § 301.1 del *Uniform Commercial Code* exige una relación razonable (*reasonable relationship*)⁷¹. El Derecho americano, con ello, demanda una conexión con la ley elegida de forma más amplia que en el Derecho europeo, dónde la exigencia se limita a los contratos de transporte y de seguro. Sin embargo, al igual que en Europa, el requisito de la vinculación está informado por el deseo de evitar la inaplicación de normas imperativas dirigidas a proteger a las partes débiles: fundamentalmente, a los consumidores⁷². Lo confirma un análisis de la práctica relativa al §187.2 del *Restatement (Second)* y al §1–301.1 del *Uniform Commercial Code*: mientras los tribunales normalmente reconocen la eficacia de las cláusulas de elección de ley en los contratos comerciales, incluso cuando la conexión de la ley elegida es muy débil, se muestran más reacios a este reconocimiento cuando en el contrato hay consumidores⁷³. En consecuencia, la doctrina de la vinculación sustancial o razonable (*substantial or reasonable relationship*) puede considerarse una vía para la protección del consumidor, de tal forma que constituiría una forma especial del segundo modelo de protección del consumidor, en la línea de los arts. 5 y 7 RR I.

C) Tercer modelo: condicionamiento de la autonomía de la voluntad

20. El tercer modelo de protección del consumidor ni excluye la elección de la ley en general, ni la limita a leyes determinadas; se inclina por condicionar sus efectos. Es el modelo presente en la Unión Europea, Japón, Corea, Rusia, Tur-

⁷⁰ Sin embargo, el art. 121.3º Ley suiza de DIPr aplica el segundo modelo en lo que respecta a los contratos de trabajo.

⁷¹ La actual versión del § 1–301 *Uniform Commercial Code* se adoptó en 2008 y se corresponde en lo esencial con el § 1–105 *Uniform Commercial Code* original. Los intentos que se hicieron de abandonar el requisito de la relación razonable para los contratos entre profesionales no tuvieron éxito, porque la mayor parte de los Estados optó por mantener la versión original. La versión de 2001, por ello, fue retirada en 2008, y reemplazada por la actual versión, que básicamente retoma el § 1–105 *Uniform Commercial Code* original. Sobre la historia legislativa de esta disposición, *vid.* P. Hay, P.J. Borchers y S.C. Symeonides, *op. cit.*, p. 1152.

⁷² D. Solomon, “The Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats”, *Tul. L. Rev.*, 2008, pp. 1709 ss; S.C. Symeonides, “Party autonomy in Rome I and II: an outsider’s perspective”, *NIPR*, 2010, pp. 191 ss, esp. pp. 195–196. Como los arts. 5 y 7 RRI, el § 187.2 *Restatement (Second)* y el § 1–301.1 *Uniform Commercial Code* no se limitan a consumidores.

⁷³ P. Hay, P.J. Borchers y S.C. Symeonides, *op. cit.*, pp. 1109–1115; G. Rühl, “Konvergenz im Internationalen Vertragsrecht? Zu jüngeren Entwicklungen im europäischen und US-amerikanischen Kollisionsrecht”, *loc. cit.*, pp. 168–171; *id.*, “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts”, pp. 181–182.

quía y EE UU. Conforme al art. 5.2º CR⁷⁴, el art. 6.1º RR I⁷⁵, el art. 11.1º Ley japonesa de DIPr⁷⁶, el § 27.1º Ley coreana de DIPr⁷⁷, el art. 1212.1º Cc ruso y el art. 26.1º Ley turca de DIPr, las partes pueden elegir una ley incluso cuando una de ellas es un consumidor. Sin embargo, la elección no tendrá por efecto privar al consumidor de la protección que le conceden las normas imperativas de la ley

⁷⁴ Vid., para un mayor desarrollo del art. 5 CR, J. Basedow, "Internationales Verbrauchervertragsrecht", H.-P. Mansel, T. Pfeiffer, H. Kronke, C. Kohler y R. Hausmann (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, Munich, Sellier European Law Publishers, 2004, pp. 3 ss, 13–17; *id.*, "Consumer Contracts and Insurance Contracts", en J. Meeusen, M. Pertegás y G. Straetmans (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union in a Future Rome I-Regulation*, Amberes/Oxford/Nueva York, Intersentia, 2004, pp. 269 ss, esp. pp. 277–282; L. Collins, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2006, p. 1638, § 33–008 y p. 1640, § 33–014; L.D. Loacker, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatrecht*, 2006, Munich, Sellier European Law Publishers; P. Mankowski, "Strukturfragen des Internationalen Verbrauchervertragsrecht", *RIW*, 1993, pp. 453 ss, esp. p. 459.

⁷⁵ Sobre el art. 6 RR I, extensamente, J. De Meyer, "International jurisdiction and conflict of law rules for consumer claims: a survey of European legislation", *Eur. J. Consum. L./R.E.D.C.* 2009, pp. 631 ss, esp. pp. 655–656; S. Francq, "Le règlement 'Rome I' sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements", *Journ. dr. int.*, 2009, pp. 41 ss, esp. pp. 62–63; J. Hill, "Article 6 of the Rome I Regulation: Much ado about nothing", *NIPR*, 2009, pp. 437 ss; H. Kenfack, "Le règlement (CE) no 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ('Rome I'), navire stable aux instruments efficaces de navigation?", *Journ. dr. int.*, 2009, pp. 136 ss; A. López-Tarruella Martínez, "Contratos internacionales celebrados por los consumidores: las aportaciones del nuevo art. 6 Reglamento Roma I", *AEDIPr*, 2008, pp. 511 ss; *id.*, "International consumer contracts in the new Rome I Regulation: how much does the regulation change?", *Eur. J. Consum. L./R.E.D.C.*, 2009, pp. 345 ss; P. Mankowski, "Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge", *IHR*, 2008, pp. 133 ss, esp. pp. 140–141; *id.*, "Consumer Contracts under Article 6 of the Rome I Regulation", en E. Cashin Ritaine y A. Bonomi (Eds.), *Le nouveau règlement européen 'Rome I' relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Zurich, Schulthess Verlag, 2009, pp. 121 ss, esp. pp. 140–141; R. Plender y M. Wilderspin, *op. cit.*, pp. 227–254; F. Ragno, "The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation", en *Rome I Regulation*, *op. cit.*, pp. 129 ss; F. Seatzu, "Contratti con i consumatori e regolamento Roma I", en *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, *op. cit.*, p. 299; D. Solomon, "The Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats", *loc. cit.*, pp. 1717–1719 y 1730–1734.

⁷⁶ Vid., más extensamente, Y. Nishitani, "Die Reform des internationalen Privatrechts in Japan", *IP-Rax*, 2007, pp. 552 ss, esp. pp. 554–555; *id.*, "Party Autonomy and Its Restrictions by Mandatory Rules in Japanese Private International Law", en J. Basedow, H. Baum y Yuko Nishitani (Eds.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 77 ss, esp. pp. 92–94 y 94–100; Y. Okuda, "Reform of Japan's Private International Law: Act on the General Rules of the Application of Laws", *Yearb. Private Int'l L.*, 2006, pp. 145 ss, esp. pp. 152–154; *id.*, "Aspects de la réforme du droit international privé au Japon", *Journ. dr. int.*, 2007, pp. 899 ss, esp. pp. 906–908; K. Takahashi, "A Major Reform of Japanese Private International Law", *J. Priv. Int'l L.*, 2006, pp. 311 ss, esp. pp. 320–325; H. Wanami, "Background and Outline of the Modernization of Japanese Private International Law", en *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, *op. cit.*, pp. 61 ss, esp. pp. 67–68.

⁷⁷ Sobre la Ley coreana de DIPr, extensamente, *vid.* K.B. Pissler, "Einführung in das neue Internationale Privatrecht der Republik Korea", *RabelsZ*, 2006, pp. 279 ss.; *id.*, "Internationales Privatrecht", en *Einführung in das koreanische Recht*, Seúl, Korea Legislation Institute Ed., 2010, pp. 115 ss.

de su residencia habitual (*preferential law approach*)⁷⁸. Las disposiciones, con ello, exigen que haya una comparación en cada supuesto entre la ley elegida y las normas imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor. Si la ley elegida proporciona más protección, será la que regule el contrato. Si, por el contrario, la ley elegida es menos tuitiva, el contrato se regulará por una mezcla de leyes: la elegida y las normas imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor. Estas normas, por tanto, constituyen el estándar mínimo de protección del consumidor.

21. El tercer modelo también está presente en los EE UU, en la medida en que la doctrina del orden público (*fundamental public policy*) contenida en el § 187.2 del *Restatement (Second)* proporciona protección al consumidor. Conforme a esta doctrina, éste se encuentra protegido frente a la elección de ley que infrinja el orden público de la ley de su residencia habitual⁷⁹. Y, dado que los tribunales americanos entienden que se produce una violación del orden público cuando la cláusula de elección de ley dispone la aplicación de un Derecho extranjero que priva al consumidor de la protección que le confiere la ley de su residencia habitual⁸⁰, dichos tribunales también deben realizar la misma comparación entre la ley elegida y la ley de la residencia habitual del consumidor que se realiza en Europa, Japón, Corea, Rusia y Turquía. La única diferencia entre la versión americana del tercer modelo y la versión europea, japonesa, coreana, turca y rusa es que conforme a ésta se produciría una aplicación conjunta de la ley elegida y la ley de la residencia habitual del consumidor, si aquélla proporciona una protección menor. En aplicación de la doctrina americana de la *fundamental public policy*, la ley de la residencia habitual del consumidor desplaza totalmente la ley elegida.

⁷⁸ Obsérvese que el *preferential law approach* no rige todos los contratos de consumo, sino sólo los que reúnen ciertos requisitos. Con arreglo al art. 6.1º RR I, por ejemplo, la aplicación de la protección a los consumidores se supedita a que el profesional lleve a cabo sus actividades comerciales o profesionales en el país de la residencia habitual del consumidor, o por cualquier medio dirija sus actividades a ese país o a varios países, incluido este último, siempre que el contrato entre en el marco de sus actividades. En otros Estados se han adoptado disposiciones similares. El análisis detallado de los requisitos que deben cumplirse para que se aplique el método de la ley objetivamente aplicable está fuera del alcance de este trabajo. Al respecto, *vid.* P. Cachia, "Consumer contracts in European private international law: the sphere of operation of the consumer contract rules in the Brussels I and Rome I Regulations", *Eur. L. Rev.*, 2009, pp. 476 ss.

⁷⁹ Conforme a los §§ 191 y 196 *Restatement (Second)*, la ley de la residencia habitual del consumidor es la ley que se aplica en defecto de elección.

⁸⁰ *Cf.* G. Rühl, "Konvergenz im Internationalen Vertragsrecht? Zu jüngeren Entwicklungen im europäischen und US-amerikanischen Kollisionsrecht", *loc. cit.*, pp. 168–171 y 181–182. *Vid.* también un análisis reciente, y más escéptico acerca de la doctrina del orden público y su aplicación al ejercicio de las acciones colectivas y de los contratos de tarjeta de crédito, J. J. Healy, "Consumer Protection Choice of Law: European Lessons for the United States", *Duke Int'l & Comp. L. J.*, 2009, pp. 535 ss, esp. pp. 536–546.

22. Pero, cualquiera que sea el caso, los consumidores en Europa, Japón, Corea, Rusia, Turquía y los EE UU están protegidos frente a la elección de una ley a través del establecimiento de una ley objetivamente aplicable. Las diferencias se aprecian en lo que respecta al modo en que se activa la protección: conforme al art. 6.1º RR I y el § 27.1º Ley coreana de DIPr los tribunales deben determinar, comparar y, en su caso, aplicar *ex officio* las disposiciones imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor. Sin embargo, según el art. 11.1º Ley japonesa DIPr los consumidores deben alegar y probar el contenido del Derecho extranjero de su residencia habitual⁸¹; y otro tanto cabe decir de los EE UU, donde las partes por lo general tienen que alegar y probar el Derecho extranjero⁸².

2. Análisis económico

22. El amplio número de modelos de regulación para la protección del consumidor –incluyendo sus diferentes versiones– obliga a plantearse cuál de ellos es preferible desde una perspectiva económica⁸³. La respuesta depende de la capacidad de cada uno para evitar de forma efectiva un mercado para limones causado por la asimetría en la información, así como para reducir los costes legislativos.

A) Evitación del mercado para limones

23. El primer factor, esto es, la evitación de un mercado para limones, se encuentra en el núcleo de la protección del consumidor en la elección de ley. Un modelo que no logre evitar los riesgos que derivan de las asimetrías informativas no combate el problema económico de la protección del consumidor frente a la elección de ley y, con ello, no se sostiene desde una perspectiva económica. Los modelos antes descritos, sin embargo, responden bien en este contexto, al menos en lo sustancial: el primer modelo, que excluye totalmente la autonomía de la voluntad, no permite a las partes elegir la ley aplicable. En consecuencia, los consumidores no tienen que temer que el profesional pueda elegir la ley con el estándar de protección más bajo. El peligro de una carrera hacia la baja se elimina efectivamente. Y lo mismo ocurre con el tercer modelo, en sus diferentes versiones: asegura que los consumidores no serán privados de la protección que les confiere la ley de su residencia habitual. A tenor de la necesidad de comparar

⁸¹ Y. Nishitani, “Die Reform des internationalen Privatrechts in Japan”, *loc. cit.*, pp. 554–555; *id.*, “Party Autonomy and Its Restrictions by Mandatory Rules in Japanese Private International Law”, *loc. cit.*, pp. 94–96; Y. Okuda, “Reform of Japan's Private International Law”, *loc. cit.*, pp. 153–154; *id.*, “Aspects de la réforme du droit international privé au Japon”, *loc. cit.*, p. 907; K. Takahashi, *loc. cit.*, pp. 321–322.

⁸² *Vid.* P. Hay, P.J. Borchers y S.C. Symeonides, *op. cit.*, pp. 602–604; S.C. Symeonides, *American Private International Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, pp. 89–91.

⁸³ Por supuesto, la protección de los consumidores también puede basarse en motivos no económicos, pero este artículo solamente trata los aspectos económicos, centrándose en la eficiencia.

la ley elegida y las disposiciones imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor, este modelo garantiza que la elección de ley sólo puede favorecer a los consumidores; nunca perjudicarlos. Tampoco puede desencadenarse una carrera hacia la baja que concluya en un mercado para limones⁸⁴.

Finalmente, un mercado para limones también puede evitarse conforme al segundo modelo, que limita la elección a unas determinadas leyes. Bajo la doble condición de que la ley elegida proporcione un mínimo estándar de protección al consumidor, y de que las leyes sin protección al consumidor, o con una protección escasa, no puedan ser elegidas, no se producirá la carrera hacia la baja. Al menos, no tendrá los efectos desastrosos que, incluso, podrían conducir a una quiebra del mercado. Sin embargo, el segundo modelo plantea problemas cuando se pretende llevar a la práctica: ¿cómo pueden ser identificadas las leyes que proporcionan un nivel suficiente de protección al consumidor. No parece factible explorar todos los sistemas jurídicos del mundo y elaborar una lista de los que protegen de forma suficiente al consumidor. El tiempo y los recursos necesarios para completar esta lista y mantenerla actualizada superarían con mucho los beneficios asociados. Probablemente esta sea la razón por la que los arts. 5 y 7 RR I, así como el § 187.2 *Restatement Second of Conflict of Laws* siguen una vía diferente para determinar las leyes elegibles: exigen que haya una conexión entre las partes y la transacción. Pero el criterio de la relación puede que no sea efectivo para evitar la carrera hacia la baja. Para empezar, una relación entre la ley elegida y las partes o la transacción no tiene nada que ver con la protección del consumidor. Las partes o la transacción pueden tener una relación con una ley determinada, que carece de un grado suficiente de protección al consumidor. Además, el profesional puede ser capaz de influir en los criterios de conexión relevantes y, con ello, en la ley aplicable. Por ejemplo, con arreglo al art. 5.1º RR I las partes pueden sujetar el contrato de transporte a la ley de la residencia habitual o el lugar de administración central del transportista; y como éstos pueden elegir su residencia habitual y el lugar de administración central, pueden lograr que se aplique una ley que dispense poca o ninguna protección al consumidor. Y lo mismo ocurre con la doctrina de la relación sustancial que acoge el § 182.2 *Restatement (Second)*: aquí, los profesionales pueden crear fácilmente contactos con la ley elegida y, con ello, elegir una ley con un nivel bajo de protección al consumidor. No importa, por tanto, si el criterio de la relación se aplica a través de una enumeración precisa de las leyes que las partes pueden elegir

⁸⁴ Huelga advertir que ello es así sólo bajo la suposición de que los estándares de las normas de conflicto son aplicados en la práctica. De lo contrario, el profesional puede confiar en la falta de conocimiento del consumidor y elegir la ley que le convenga más. *Vid.* P. Mankowski, "Art. 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung – Revolution im Internationalen Verbrauchervertrags-recht", *ZVglRWiss*, 2006, pp. 120 ss, esp. pp. 159–160; *id.*, "Die Rom I-Verordnung", *loc. cit.*, pp. 140–141; *id.*, "Consumer Contracts under Article 6 of the Rome I Regulation", *loc. cit.*, pp. 141–142.

o empleando reglas generales: en ninguno de los casos previene de forma efectiva una carrera hacia la baja.

24. En este contexto, el segundo modelo sólo puede combatir de forma convincente un mercado para limones si la elección de las partes se limita a las leyes de los Estados que sean miembros de una federación o unión con una constitución común o con una estructura cuasiconstitucional que garantice un estándar mínimo de protección. En los EE UU, por ejemplo, el segundo modelo podría ser implementado limitando la elección de las partes a leyes de los Estados estadounidenses⁸⁵. Y en Europa la elección de las partes podría limitarse a las leyes de los Estados miembros. Pero esta versión del segundo modelo sólo solucionaría el problema de las transacciones de los consumidores a un nivel regional, y no global. Como consecuencia de ello, este segundo modelo no comporta una solución económicamente viable al problema de la asimetría en la información presente en las transacciones internacionales de consumo. De ahí que interese centrarse en el primer y el tercer modelos.

B) Reducción de los costes de litigación

25. El factor antes aludido, la capacidad para evitar de forma efectiva un mercado para limones, no resulta suficiente para poder realizar un juicio determinante sobre la eficiencia económica de los diferentes modelos de protección del consumidor. Es únicamente el primer test económico que el modelo debe superar. Además de evitar de forma efectiva los riesgos de la asimetría en la información, un modelo eficiente de protección del consumidor debe mantener los costes legislativos tan bajos como sea posible: debe proporcionar seguridad jurídica y responder a las preferencias de las partes en la medida de lo posible. Y, como se tratará de demostrar, ni el primer ni el tercer modelo de protección del consumidor de los antes descritos consiguen responder a ambas dimensiones.

26. El primer modelo, que excluye en bloque la autonomía de la voluntad, sobresale en lo que respecta a la seguridad jurídica⁸⁶. Proporciona una norma clara, porque las partes saben que no están autorizadas a elegir la ley aplicable. Frente

⁸⁵ Vid. E.A. O'Hara y L.E. Ribstein, "From Politics to Efficiency in Choice of Law", *loc. cit.*, p. 1187: "But lawmakers concerned about rogue jurisdictions should restrict the available choices rather than ban all choice. For example, the parties might be permitted to choose only the laws of U.S. states, which are governed by a common constitution, a common legal system, and common cultural norms".

⁸⁶ J. Hill, *Cross-Border Consumer Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2008; S. Leible, "Rechtswahlfreiheit und kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz", *Jb. J. ZWiss*, 1995, pp. 245 ss, p. 259. Sobre la Propuesta de RRI, *vid.* también J. De Meyer, "International jurisdiction and conflict of law rules for consumer claims: a survey of European legislation", *loc. cit.*, p. 656; P. Mankowski, "Art. 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung – Revolution im Internationalen Verbrauchervertragsrecht", *loc. cit.*, pp. 151–152; *id.*, "Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung", *IPRax*, 2006, pp. 101 ss, esp. p. 106; S. Zheng Tang, "Parties' Choice of Law in E-Consumer Contracts", *J. Priv. Int'l L.*, 2007, pp. 127–128.

al tercer modelo, las partes y los tribunales no se ven ante la compleja tarea de comparar la ley elegida y las disposiciones imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor. En su lugar, las partes y los tribunales deben centrarse en las normas que determinan la ley aplicable en ausencia de elección de ley. El primer modelo, por tanto, proporciona seguridad jurídica y reduce los costes de transacción y de litigación.

27. Sin embargo, no cabe afirmar que el tercer modelo responda a la seguridad jurídica: obliga a las partes y a los tribunales a comparar la ley elegida y las disposiciones imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor, y a aplicar una ley o la otra. En las versiones europea, japonesa, coreana, rusa y turca los tribunales también pueden verse obligados a combinar ambas leyes, en función de la situación litigiosa en cuestión, y aplicar una mezcla artificial. Huelga advertir que esta forma de abordar la problemática de los contratos internacionales de consumo es mucho más compleja que la consistente en excluir toda autonomía de la voluntad. Se hace muy arduo para las partes, y especialmente para los consumidores, predecir qué ley se aplicará en el caso en concreto a su contrato. Y también dificulta a los tribunales la determinación de la ley aplicable. Y otro tanto cabe decir de la aplicación efectiva de la ley. En definitiva, este tercer modelo proporciona una seguridad jurídica significativamente inferior que el primero; y, además, incurre en costes de transacción y litigación sustancialmente superiores.

28. El primer modelo no atiende tan bien a las preferencias de las partes como a la seguridad jurídica, toda vez que la exclusión de la autonomía de la voluntad reduce las posibilidades de elección y comporta costes tanto para los profesionales como para los consumidores⁸⁷. En relación con los profesionales esta idea no debe sorprender: la propia noción de protección de los consumidores frente a la elección de ley justifica la reducción de las posibilidades de elección de la ley por el profesional, para evitar un mercado para limones. Pero la exclusión de la autonomía de la voluntad también conlleva gastos para los consumidores. Para empezar, los consumidores se ven privados de los beneficios potenciales de una elección de ley. Por ejemplo, podrían no aceptar la elección de ley del profesional para reducir los costes de la transacción y, con ello, el precio del contrato. Como los profesionales deben ajustar sus contratos a una ley extranjera, se incrementan las posibilidades de que los consumidores tengan que pagar un precio más alto para los bienes y servicios⁸⁸. En el peor de los casos, los consumidores

⁸⁷ *Vid.*, con carácter general, C. Shapiro, "Consumer Protection Policy in the United States", *loc. cit.*, pp. 538–539.

⁸⁸ *Vid.* F. Gómez Pomar, *Rational Choice and the Law: The Economic Approach to European Consumer Protection Law*, *op. cit.*, pp. 8–13; I. Ramsay, "Consumer protection", *loc. cit.*, pp. 413–414; *vid.* también P.J. Borchers, "Categorical Exceptions to Party Autonomy in Private International Law", *Tul.*

no podrán acceder al producto o al servicio porque los profesionales se nieguen a vender el producto o a ofrecer sus servicios en determinados mercados nacionales⁸⁹. Los costes para los consumidores también pueden producirse por el hecho de que la exclusión de la autonomía de la voluntad excluya la competencia entre ordenamientos y los beneficios potenciales que se asocian a ella. Los Estados monopolizan el Derecho de consumo y tienen como incentivo proteger a los consumidores locales en detrimento de los profesionales internacionales⁹⁰. Ello puede afectar negativamente a las transacciones transfronterizas, de manera que se produzca un incremento de los precios y una limitación de la diversidad de los productos o servicios disponibles, en perjuicio de los consumidores locales.

Sin embargo, que esos costes de produzcan, y con qué alcance, es algo que depende de las preferencias del consumidor. Como Carl Shapiro afirma,

*“... product regulation amounts to trading off two effects: regulation decreases the variety of products ... harming those who wish to buy the banned varieties, while regulation protects consumers from unknowingly purchasing a product which they would not choose were they informed. The heterogeneity of consumers’ tastes (and incomes) must be balanced against their lack of information”*⁹¹.

29. Así, el primer modelo no incide en las preferencias de los consumidores si estos no están interesados en elegir la ley aplicable. La situación entonces es comparable a la de productos y servicios que nadie quiere⁹². Por ejemplo, los servicios de un cirujano sin instrucción profesional⁹³: seguramente reduce las posibilidades de elección por los consumidores el hecho de no permitir que los cirujanos tengan experiencia para intervenir. Sin embargo, como nadie quiere operarse a menos que el cirujano sea competente, permitir que sólo los cirujanos con experiencia operen en realidad no comporta más costes. De otro modo expuesto: prohibir productos y servicios que nadie quiere sólo mejora el bienestar. Y lo mismo ocurre con la exclusión de la autonomía de la voluntad si los consumidores en la práctica no están interesados en la elección de ley. El problema, sin embargo, es que las preferencias del consumidor son difíciles de determinar. Frente a lo que ocurre con los servicios de cirujanos sin práctica, es complicado afirmar si los consumidores —o al menos un número suficientemente importante de

L. Rev., 2008, pp. 1645 ss, esp. pp. 1658–1659. *Vid.*, con carácter general, L.A. Bechuk, “The Pursuit of a Bigger Pie: Can Everyone Expect a Bigger Slice?”, *Hofstra L. Rev.*, 1980, pp. 671 ss.; H. Demsetz, “Wealth Distribution and the Ownership of Rights”, *J. Leg. Stud.*, 1972, pp. 223 ss.; K. Hamada, “Liability Rules and Income Distribution in Product Liability”, *Am. Econ. Rev.*, 1976, pp. 228 ss.

⁸⁹ *Vid.* I. Ramsay, “Consumer protection”, *loc. cit.*, p. 413.

⁹⁰ *Vid.* B.H. Kobayashi y L.E. Ribstein, “Contract and Jurisdictional Freedom”, en F.H. Buckley (Ed.), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Durham, Duke University Press, 1999, pp. 325 ss, esp. pp. 339–346.

⁹¹ C. Shapiro, “Consumer Protection Policy in the United States”, *loc. cit.*, p. 539.

⁹² *Ibid.*, pp. 538–539.

⁹³ Ejemplo tomado de *ibid.*, pp. 538–539.

ellos— están satisfechos si no tienen elección de ley aplicable. Por supuesto, a la luz de los riesgos que comportan las asimetrías en la información, cabe asumir que a la mayoría de los consumidores no les importará no tener elección, de forma que el primer modelo de protección de los consumidores parece coartar las preferencias de las partes⁹⁴.

30. Sin embargo, el tercer modelo de protección de los consumidores responde mejor a las preferencias de las partes. No excluye toda autonomía de la voluntad, sino que permite la elección en la medida en que ello beneficie al consumidor. De este modo, establece estándares mínimos de calidad⁹⁵ comparables a las denominadas disposiciones imperativas de las leyes sustantivas que sólo pueden modificarse en beneficio del consumidor⁹⁶. En contraste con el primer modelo, el tercero reduce la elección del consumidor sólo en la medida en que lo perjudique. De hecho, reduce sólo la autonomía de la voluntad de los consumidores que están dispuestos a aceptar un estándar más bajo de protección del consumidor a un precio más bajo, sin alterar la libertad de elección de ley por los consumidores que están dispuestos a pagar más por una protección mayor. Así, el tercer modelo afecta significativamente menos a las preferencias de las partes que el primer modelo.

Las consideraciones anteriores tienen importantes implicaciones sobre la eficiencia del primer y el tercer modelo de protección del consumidor. En primer lugar, ni la exclusión de la autonomía de la voluntad ni la limitación de sus efectos aportan soluciones perfectas al problema de la asimetría en la información en los contratos internacionales de consumo. La exclusión de la autonomía de la voluntad comporta costes significativos porque ignora algunas preferencias de los consumidores; y la limitación de sus efectos comporta costes porque es complejo y difícil de aplicar. La cuestión clave radica, entonces, en cuál de los dos modelos aporta el mejor compromiso económico. A mi juicio es el segundo modelo, toda vez que las ventajas del primer modelo no son tan significativas como parecen a simple vista. El primer modelo, en concreto, no proporciona tanta seguridad jurídica como cabría pensar. De hecho, su aplicación puede resultar tan compleja como la aplicación del *preferential law approach*, dado que el primer modelo excluye la autonomía de la voluntad y, con ello, sujeta el contrato a la ley aplicable en defecto de elección, es decir, a la ley de la residencia habitual

⁹⁴ Vid. también E.A. O'Hara y L.E. Ribstein, "From Politics to Efficiency in Choice of Law", *loc. cit.*, pp. 1186–1187; L.E. Ribstein, "Choosing Law by Contract", *loc. cit.*, pp. 257–258.

⁹⁵ Para más desarrollo, *vid.* H.E. Leland, "Quack, Lemons, and Licensing: A Theory of Minimum Quality Standards", *J. Pol. Econ.*, 1971, pp. 1328 ss.

⁹⁶ Vid. M. Martinek, "Unsystematische Überregulierung und konstraintentionale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht, en *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, *op. cit.*, pp. 511 ss, esp. pp. 530–532; W.-H. Roth, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, 1985, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 505–506.

del consumidor⁹⁷. Y esta ley, sin embargo, habitualmente permite modificaciones y desviaciones en la medida en que sus disposiciones no sean imperativas. Las partes, así, pueden acordar que las disposiciones no imperativas, esto es, las normas dispositivas de la ley de la residencia habitual del consumidor, sean reemplazadas por otras normas: por ejemplo, por las normas de una ley extranjera. De esta forma, la aplicación del primer modelo, como la del tercero, puede conducir a la aplicación de una mezcla de leyes consistente en las normas imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor y en otras normas que deseen aplicar las partes. Por otra parte, ello también significa que el primer modelo no limita la autonomía de la voluntad tanto como parece a primera vista. Sin embargo, frente a lo que ocurre con el tercer modelo, no permite a las partes que eviten la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor aunque lo beneficie⁹⁸. Y de ello deriva que el primer y el segundo modelo incurren en los mismos costes de transacción y litigación en la práctica, mientras que el tercer modelo comporta costes más bajos de regulación porque coarta la elección de las partes en una medida inferior, esto es, en la medida de lo necesario.

31. Conforme a lo expuesto, el tercer modelo puede ser clasificado como un compromiso económicamente viable, que resulta preferible frente al primer modelo⁹⁹. Por supuesto, la aplicación del *preferential law approach* es complicado y comporta costes en la práctica, pero las anteriores consideraciones muestran que es imposible garantizar la libre elección de ley, proteger a los consumidores y evitar normas complejas al mismo tiempo¹⁰⁰.

III. Conclusión

32. Las transacciones transfronterizas de consumo se encuentran entre las transacciones más frecuentes en el mundo. Gracias a la globalización y a la integración regional, al correo electrónico y a Internet, los consumidores celebran a diario contratos internacionales e interestatales de compraventa, de servicio y de otros tipos, con frecuencia sin ser conscientes de ello. En la mayoría de los casos, estos contratos se regulan a través de condiciones contractuales predispues-

⁹⁷ Vid., por ejemplo, art. 5.2° CR, art. 6.1 RR I° sobre contratos de consumo en general, art. 11.2° Ley japonesa de DIPr, § 27.2° Ley coreana de DIPr, art. 1212.2° Cc ruso, art. 120.1° Ley suiza de DIPr, art. 26.2° Ley turca de DIPr y § 109.b.2 *Uniform Computer Information Transaction Act*. Vid. también §§ 189–197 *Restatement (Second) of Conflict of Laws*.

⁹⁸ La única excepción a esta regla la constituyen las normas parcialmente imperativas antes mencionadas: proporcionan un mínimo de protección y permiten desviaciones contractuales en beneficio del consumidor. Si, y en la medida en que, la ley de la residencia habitual del consumidor disponga de tales reglas materiales, el primer y el tercer modelo comportarán los mismos costes y beneficios económicos.

⁹⁹ Vid. también H. Eidenmüller, “Recht als Produkt”, *loc. cit.*, p. 651.

¹⁰⁰ Vid. también W.–H. Roth, *loc. cit.*, p. 497.

tas por el profesional. Y en la mayor parte de las ocasiones, estas cláusulas contienen una de elección de ley. Desde una perspectiva económica, estas cláusulas plantean serios problemas. Sin embargo, ello no es debido a que los consumidores sean desde un punto de vista estratégico “inferiores” o “más débiles” que los profesionales. Se debe más bien a que los consumidores saben menos acerca de la ley aplicable y no tienen incentivos para invertir en lograr la información que precisan. Sin embargo, los profesionales concluyen un gran número de contratos similares en el mismo mercado, de forma que ellos sí tienen un incentivo para obtener información sobre la ley aplicable con vistas a elegir la ley que les proporcione mayores beneficios, en detrimento de los beneficios de los consumidores. Desde el momento en que los consumidores no son capaces de diferenciar entre profesionales que eligen leyes favorables al consumidor y los que no, esto puede conducir a una carrera hacia la baja y un mercado para limones.

Para evitar este resultado, pueden emplearse diversos mecanismos: para empezar, la ley puede confiar en los mecanismos de auto-sanación del mercado, entre los que destacan los mecanismos de detección y los mecanismos de señalización. Pero ambos mecanismos son incapaces de evitar los problemas que causa la asimetría en la información sobre la ley aplicable. De esta forma, la única forma de evitar una carrera hacia la baja y un mercado para limones es regular directamente las transacciones de consumo, modificando las disposiciones generales sobre ley aplicable. De los diversos modelos que se aplican en el mundo, el modelo general europea, que también se halla, aunque con diferencias puntuales en Japón, Corea, Rusia, Turquía y los EE UU, confiere los mayores beneficios en términos de eficiencia. No excluye la elección de ley, sino que limita la libertad de las partes de elegir la ley aplicable con la ayuda del principio de la ley preferida (objetivamente aplicable). Conforme a este principio, una elección de ley no privará a los consumidores de la aplicación de las normas imperativas de la ley de su residencia habitual. Esta regla, así, proporciona un estándar mínimo de protección a los consumidores que evita efectivamente un mercado para limones. Como limita la libertad de las partes para elegir ley sólo en la medida necesaria, es preferible tanto a la exclusión total de elección de ley presente en Suiza cuanto a la limitación de la elección de ley que se encuentra en las normas de la Unión Europea en materia de contratos de seguro y contratos de transporte. Conforme al modelo europeo, americano, japonés, coreano, ruso y turco, los consumidores están bien protegidos frente a los riesgos que generan las asimetrías en la información. En consecuencia, las respectivas normas y regulaciones potencian la eficiencia, aunque no hayan sido elaboradas a la luz de la teoría económica.

EL FRACASO DE LA ELECCIÓN DEL DERECHO A LA LUZ DEL REGLAMENTO ROMA I Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

Rosa MIQUEL SALA, LL.M.

Wissenschaftliche Mitarbeiterin
Universität Bayreuth

SUMARIO: I. Introducción. II. Contenido de la Sentencia *Alsthom Atlantique*. ¿Se pretendía crear una excepción general? III. Asunción del riesgo de la internacionalidad. 1. Derecho aplicable a la validez y al perfeccionamiento del acuerdo de elección del Derecho. 2. Limitación de la autonomía conflictual. 3. Control del acuerdo de elección realizado en condiciones generales. 4. Aplicación de la doctrina general del negocio jurídico: A) Vicios de la voluntad: a) Error; b) Dolo, intimidación; B) Nulidad absoluta o radical de la elección del Derecho. 5. Conclusión sobre la relevancia del fracaso de la elección del derecho. IV. Autonomía conflictual como excepción al control de la conformidad con las libertades fundamentales. 1. Dificultades de su puesta en práctica. 2. Ausencia de control de la conexión objetiva. 3. ¿Debe controlarse el Derecho material dispositivo? 4. Conveniencia del traslado del control de la conformidad con el Derecho comunitario del TJCE a los intervinientes en el tráfico jurídico. V. Resumen y conclusiones.

RESUMEN: De acuerdo con un *obiter dictum* contenido en la sentencia *Alsthom Atlantique*, parece que la autonomía conflictual excluye el control por parte del TJCE de una posible limitación de las libertades fundamentales por parte del derecho elegido. Este artículo analiza las implicaciones y la conveniencia de esta regla, que no toma en consideración aquellos casos en los que pese a la existencia de libertad de elección del derecho las partes no han podido en realidad evitar la aplicación del ordenamiento en cuestión. Con la finalidad de esclarecer hasta qué punto las partes deben asumir el riesgo de la aplicación de normas contrarias al Derecho comunitario, se abordan las cuestiones de la admisibilidad y la validez del acuerdo de elección del derecho bajo el Reglamento Roma I y el Derecho civil español, concluyendo que en general puede esperarse de las partes que asuman el riesgo de la elección del Derecho. Posteriormente, se trata de los problemas prácticos de la aplicación de esta doctrina y se exponen los argumentos a favor y en contra de un control del Derecho dispositivo por parte del TJCE.

PALABRAS CLAVE: ACUERDO DE ELECCIÓN DEL DERECHO – VALIDEZ – DERECHO APLICABLE – LIBERTADES FUNDAMENTALES – DERECHO IMPERATIVO – DERECHO DISPOSITIVO.

ABSTRACT: According to an *obiter dictum* in the decision *Alsthom Atlantique*, it seems that party autonomy excludes the control by the ECJ of a possible limitation of the fundamental freedoms by the chosen law. This paper analyses the implications and the convenience of this rule, not considering the cases in which despite freedom of choice of law the parties have not been able to avoid the application

of the given legal system. In order to find out to what extent the parties should carry the risk of the application of rules which are contrary to community law, it focuses on the issues of the admissibility and the validity of the choice-of-law agreement under the Rome I Regulation and the Spanish civil law. Later on, the paper discusses the practical problems of the application of this doctrine and the arguments in favour and against of the control of dispositive law by the ECJ.

KEYWORDS: CHOICE OF LAW AGREEMENT – VALIDITY – APPLICABLE LAW – FUNDAMENTAL FREEDOMS – IMPERATIVE LAW – DISPOSITIVE LAW.

I. Introducción

La autonomía conflictual, entendida como un requisito necesario para la creación de un mercado interior conforme el principio de una economía abierta y de libre competencia (art. 119 TFUE) se afianza cada vez más como principio general de conexión en los recientes instrumentos europeos. Prueba de ello se encuentra por ejemplo no solamente en el art. 3 del Reglamento Roma I, sino también en el art. 14 del Reglamento Roma II, el art. 5.1º del Reglamento Roma III o en el art. 17 de la Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Sin embargo, a esta mayor libertad no se ha accedido, por lo que parece, sin pagar un coste importante, ya que de la Sentencia del TJCE *Alsthom Atlantique*¹ se puede extraer que la existencia de libertad de elección del Derecho tiene como consecuencia la automática expulsión de las normas de Derecho material elegidas del ámbito del examen del Tribunal.

Ya desde su aparición en 1991, dicha sentencia ha sido objeto de un incesante debate. En especial, se le ha reprochado que no tenía en cuenta aquellos casos en los que en la elección del Derecho concurre un vicio de la voluntad, con lo que las partes no han podido en realidad evitar la aplicación de ese ordenamiento en concreto. Dicho en otras palabras, se echaba en falta la consideración del posible fracaso de la elección del Derecho². El presente artículo tiene por objeto abordar de nuevo críticamente los postulados del TJCE en el citado asunto, lo que exige en primer lugar investigar la cuestión de hasta qué punto asumen las partes en el tráfico transfronterizo el riesgo de la internacionalidad (III), y en segundo lugar dilucidar si es razonable que a este riesgo se le sume el de la no conformidad de las normas imperativas del Derecho elegido con el Derecho comunitario (IV). Para ello va a tratarse, tras exponer brevemente el contenido de la Sentencia *Alsthom Atlantique* (II), de la cuestión del Derecho aplicable a la validez y al perfeccionamiento del acuerdo de elección del Derecho, de la limitación de la

¹ STJCE 24 de enero de 1991, as. C-339/89: *Alsthom Atlantique*, Rec. 1991, p. 107, n. 15.

² C.U. Schmid, *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 471.

autonomía conflictual en los supuestos en los que se ha identificado una parte débil, del control de la elección realizada en condiciones generales y de la impugnación del acuerdo de elección del Derecho, para posteriormente tratar de la conveniencia y la practicabilidad de la doctrina establecida. El trabajo se va a cerrar con unas conclusiones (V).

Aunque va a tratarse en todo momento de la elección del Derecho en el marco de las relaciones jurídicas contractuales, ya que es en el ámbito de la contratación transfronteriza donde principalmente entran a funcionar las libertades fundamentales, no debe perderse de vista que otros ámbitos del Derecho civil también pueden tener implicaciones para el mercado interior³, pudiéndose citar por ejemplo las repercusiones que indudablemente tienen para la libre circulación de capitales las sucesiones transfronterizas.

II. Contenido de la Sentencia *Alsthom Atlantique*. ¿Se pretendía crear una excepción general?

Si el Derecho internacional privado (DIPr) concede autonomía conflictual, se excluye una posible limitación de las libertades fundamentales por el Derecho material internacionalmente dispositivo aplicable⁴. Ello se deriva según la opinión mayoritaria de las afirmaciones del TJCE en la Sentencia *Alsthom Atlantique* sobre libertad de circulación de mercancías, en la que el Tribunal negó la existencia de una limitación de los flujos de exportación añadiendo en un *obiter dictum* que de todos modos las partes habían tenido la posibilidad de evitar la aplicación del Derecho francés sobre responsabilidad por vicios ocultos haciendo uso de su libertad de elección del Derecho⁵. Con ello se convierten en irrelevantes cualquier tipo de limitaciones causadas por las normas del Derecho aplicable, a no ser que se trate de normas de policía. La necesidad de un control del Derecho internacionalmente dispositivo pasa a depender por tanto no del contenido potencialmente contrario al Derecho comunitario del mismo, sino del concreto alcance de la autonomía conflictual en la *lex fori*⁶. Además, de esta sentencia se extrae que una norma de conflicto estableciendo una conexión objetiva se libra del control de conformidad con las libertades fundamentales cuando dicha

³ S. Leible, *Wege zu einem Europäischen Privatrecht*, Bayreuth, 2001, p. 176.

⁴ Cf. por ejemplo L. Radicati di Brozolo, "L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1993, p. 410 ss; P. von Wilmski, "EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit", *RebelsZ*, 62, 1998, pp. 1–37; M. Franzen, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, Berlin, de Gruyter, 1996, p. 144; W.-H. Roth, "Das Allgemeininteresse im europäischen internationalen Versicherungsverrecht", *VersR*, 1993, pp. 129–139, esp. 133.

⁵ Cf. *supra*, nota 1.

⁶ Cf. C. Herresthal, en K. Langenbucher (coord.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 85, Rn. 70; M. Franzen, *op. cit.*, p. 144.

conexión objetiva se aplica solamente en defecto de acuerdo sobre el Derecho aplicable⁷.

Al estar contenida en un *obiter dictum*, la afirmación del TJCE sobre la libertad de elección del Derecho genera dudas sobre su aplicabilidad como norma general. Estas dudas aparecen sobre todo porque la referencia a la libertad de elección del Derecho que existe “por lo demás” tiene lugar solamente después de haberse realizado el control de la norma francesa sobre responsabilidad y de haberse negado la existencia de una limitación de la libertad de circulación de mercancías al tratarse de un supuesto de exportación, respecto del cual como se sabe el Tribunal solamente contempla la existencia de una prohibición de discriminación⁸. Debido a esta incorrecta concepción⁹ de la libertad de exportación como manifestación de la competencia entre Estados y no como competencia entre empresarios por parte del Tribunal, estos últimos quedan indefensos cuando el Estado exportador dicta normas poniendo trabas a sus propias exportaciones. Es por ello por lo que cabría interpretar que con la referencia tardía a la libertad de elección del Derecho en la sentencia el Tribunal simplemente reconoció implícitamente que su decisión dejaba a una de las partes en una situación desfavorable y constató que a falta de protección frente a normas limitando los flujos de exportación el único recurso para evitar las mismas era hacer uso de la autonomía conflictual. Partiendo de esta interpretación de la sentencia parecería desde luego poco acertada la construcción de una excepción general a la aplicación de las libertades fundamentales en base a la autonomía conflictual. Si ésta hubiese sido la intención del Tribunal, parece que lo más lógico hubiese sido hacer referencia a la autonomía conflictual al principio de la sentencia, renunciando como consecuencia a un ulterior análisis. La cuestión quedaría solucionada si en una sentencia posterior el Tribunal alegase expresamente la existencia de autonomía conflictual como causa que excepcionase el control de las normas objeto de litigio.

⁷ Cf. tempranamente W.-H. Roth, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1985, p. 696; W. Drasch, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 251, T. Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004, p. 416; W.-H. Roth, “Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht”, *RabelsZ*, 55, 1991, pp. 623–671, esp. 652; O. Remien, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2003, p. 189; J. Basedow, “Das kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis”, *RabelsZ*, 59, 1995, pp. 1–55, esp. p. 28.

⁸ Cf. R. Freitag, *Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das internationale Produkt haftungsrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2000, p. 371.

⁹ Cf. S. Leible/T. Streinz, en E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, München, C.H. Beck, 42. Ergänzungsband 2010, Art. 35 AEUV, Rn. 11; W.-H. Roth, “Wettbewerb der Mitgliedstaaten oder Wettbewerb der Rechtsordnungen?”, *ZHR* 159 (1995), pp. 78–95, esp. pp. 90 ss. A favor sin embargo O. Remien, *op. cit.*, p. 187; C.U. Schmid, *op. cit.*, p. 467.

Sin embargo, la opinión que considera que en *Alsthom Atlantique* se creó una excepción general a la aplicación de las libertades fundamentales se basa también en argumentos de peso. En primer lugar, el hecho de que el Tribunal se pronunció en este punto en contra de la opinión expresada en las Conclusiones del Abogado General van der Gerven¹⁰. Además puede considerarse lógica la identificación de la autonomía conflictual como excepción al control del respeto a las libertades fundamentales si se parte de la base que para afirmar la existencia de una limitación de las mismas es necesario que las partes no puedan evitar la aplicación de la norma limitativa¹¹. De no cerrar la autonomía conflictual el acceso al TJCE, las partes podrían, incluso después de una Sentencia del TJCE en el marco de una hipotética cuestión previa, ponerse de acuerdo para cambiar el Derecho aplicable a la relación jurídica objeto de litigio. Ello es posible con el simple ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual en el caso de normas dispositivas, pero para evitar la aplicación de Derecho imperativo solamente cabe el ejercicio de la autonomía conflictual. A la vista de estos motivos es defendible la postura según la cual en *Alsthom Atlantique* se creó una excepción general, que además es extensible a las demás libertades fundamentales¹².

III. Asunción del riesgo de la internacionalidad

Si bien es cierto que el contenido o finalidad esencial de la autonomía conflictual va más allá del ámbito de la autonomía material permitiendo el rechazo total o parcial de un ordenamiento jurídico con sus normas imperativas, no por ello el acuerdo de elección del Derecho o pacto de lege utenda deja de ser un negocio jurídico bilateral, sometido en esencia al mismo régimen que los demás negocios jurídicos¹³. En efecto, el DIPr comparte el mismo aparato conceptual y argumental que las demás normas privadas, además de compartir con ellas la finalidad de regular las relaciones jurídicas privadas distribuyendo de forma adecuada derechos y obligaciones¹⁴. Por tanto a este negocio se le pueden aplicar los mismos razonamientos que han servido a los legisladores estatales para permitir, primero, la impugnación de los negocios en los que existiese un vicio de la voluntad, y poste-

¹⁰ Así lo reconocen K. Riesenhuber, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlín, de Gruyter, 2003, p. 100 y T. Körber, *op. cit.*, p. 416.

¹¹ S. Leible, *Wege zu einem europäischen Vertragsrecht*, *op. cit.*, p. 85.

¹² O. Remien, *op. cit.*, p. 188; K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 100.

¹³ Cf. M. Virgós Soriano en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Arts. 8 a 16 del Código civil (M. Albaladejo y S. Díez Alabart, dirs.), Madrid, Edersa, Madrid, 2004, Art. 10, apartado 5, p. 14; con dudas sobre la naturaleza contractual del acuerdo de elección del Derecho K. Firsching, *Internationales Privatrecht, Band Ib, Int. Schuldrecht I*, 1978, pp. 368 ss.

¹⁴ I. Heredia Cervantes, "Consumidor pasivo y comercio electrónico internacional a través de páginas web", *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº5 2001, pp. 69-99, esp. p. 90.

riormente, para limitar la autonomía de la voluntad para determinados grupos de contratantes que se presume que van a constituir la parte débil del contrato.

La necesaria asunción del riesgo de la internacionalidad resulta de la mera concesión de autonomía conflictual, que para empezar requiere de las partes una decisión sobre el recurso a la conexión subjetiva o a la conexión objetiva. Ello requiere, en teoría, un análisis tanto del contenido de los distintos ordenamientos elegibles como de las consecuencias de la aplicación de la conexión objetiva. De modo parecido, en el plano material las partes deben plantearse si y de qué modo van a configurar una cláusula concreta de su contrato para cuya regulación existe una norma dispositiva. Ello les lleva a valorar, por un lado, las alternativas a la aplicación de la norma dispositiva, y por el otro, las consecuencias de la aplicación de la misma. La diferencia está en las consecuencias y los costes del ejercicio de la autonomía conflictual frente al ejercicio de la autonomía material: está claro que no es lo mismo evaluar qué ordenamiento resulta por lo general o en aspectos particulares más adecuado para regular una relación contractual en su globalidad que encontrar una solución para un aspecto concreto del contrato en el ejercicio de la autonomía material. Sin embargo está claro que en la práctica la mayoría de problemas se presentan en aquellos acuerdos de elección del Derecho que figuran en contratos de adhesión, ya sea como cláusulas impuestas individualmente o integradas en condiciones generales.

Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, se considera que en un mercado que funciona correctamente debería permitirse completa libertad para elegir el Derecho, aunque de acuerdo con normas unificadas¹⁵. El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad se traduce en un aumento general del bienestar¹⁶. Sin embargo, debido a la pluralidad de los ordenamientos, en el tráfico jurídico internacional no puede ya partirse de información completa, racionalidad y ausencia de costes de transacción¹⁷. Debido precisamente a los costes de transacción las partes están normalmente a favor de la aplicación de su propio Derecho, y además se van a generar desequilibrios de información con la consecuente aparición de comportamientos oportunistas. Como a la parte débil no le sale a cuenta analizar el contenido del Derecho elegido (ignorancia racional), se pueden producir fallos del mercado en el sentido de no se va a generar un beneficio para ambas partes sino que el beneficio que obtiene una parte es

¹⁵ *Ibid.*, p. 92.

¹⁶ J. Basedow, "Lex Mercatoria und Internationales Schuldvertragsrecht— eine rechtsökonomische Skizze", en K. P. Berger, (coord.), *Zivil- und Wirtschaftsrecht im europäischen und globalen Kontext. Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag*, Berlín, de Gruyter, 2006, pp. 229–247, esp. 242; F. Garcimartín Alférez, "Las cláusulas de elección del foro. Fallos de mercado y abuso de derecho", *REDI*, 1998, pp. 93–119, esp.p. 94.

¹⁷ Ch. Kirchner, "An Economic Analysis of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses", en J. Basedow y T. Kono (coord.), *An Economic Analysis of Private International Law*, 2006, pp. 33–53, esp.p. 41.

inferior al coste que soporta la segunda¹⁸. Ello trae como consecuencia la aparición de normas de DIPr con la finalidad de obligar a las partes a internalizar las consecuencias negativas de sus actos¹⁹.

1. Derecho aplicable a la validez y al perfeccionamiento del acuerdo de elección del Derecho

La calificación del acuerdo de elección del Derecho en vistas a la determinación del Derecho aplicable al mismo debe realizarse de acuerdo con el Reglamento Roma I (RR I), que interpretado de acuerdo con la jurisprudencia sobre el Reglamento Bruselas I contempla un concepto amplio de contrato o mejor dicho de obligación contractual, basándose en un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra²⁰. La elección del Derecho puede realizarse también de forma unilateral, por ejemplo en el testamento o en una donación *mortis causa*. Por lo que respecta a las donaciones, el RR I contempla solamente aquellas por las que se generan obligaciones contractuales, adoptándose el criterio por el cual la validez de la donación se subordina a la aceptación del donatario con el consiguiente acuerdo de voluntades. La elección del Derecho en este tipo de donaciones se entiende que tiene lugar de forma bilateral, ya que al aceptar la donación el donatario acepta también el Derecho aplicable²¹. Si se considera sin embargo que el negocio de la elección del Derecho es independiente del contrato principal, en realidad no debería vincularse la perfección del acuerdo de elección del Derecho con la aceptación de la donación. Cuestión distinta a ésta es la no aplicabilidad del art. 1266 Cc al error en la donación propiamente dicha²².

El art. 3.5º RR I remite para la determinación de la existencia y validez del consentimiento de las partes al acuerdo de elección del Derecho a las normas correspondientes del Derecho declarado aplicable. Dicha norma se aplica por analogía también a la elección del Derecho realizada en base al art. 14 RR II²³. La remisión a la *lex hypothetici contractus* no estuvo originariamente extenta de crítica²⁴, aunque las reservas hacia dicha solución se pueden considerar hoy en

¹⁸ F. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, p. 96.

¹⁹ I. Heredia Cervantes, *loc. cit.*, p. 92.

²⁰ Cf. entre otras STJCE 17 de septiembre de 2002, as. C-334/00: *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA ./ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH-HWS*, Rec. 2002, p. 7357, nº 12.

²¹ J. Carrascosa González, "Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las donaciones: antes del Reglamento Roma I", *CDT*, vol. 1 nº2, 2009, pp. 325 s.

²² A. M. Morales Moreno, "Art. 1.266 Cc", *Comentarios al Código civil...*, op. cit., t. XVII, vol. 1B, Madrid, Edersa, 2004, p. 22.

²³ A. Junker, en *Münchener Kommentar zum BGB Band 10*, München, C.H. Beck, 2010, Art. 14 Rom II-VO, Rn. 8.

²⁴ Cf. entre otros K. Firsching, *Internationales Privatrecht, Band 1b Int. Schuldrecht I*, Berlin, J. Schweitzer Verlag 1977, pp. 376 ss; F. A. Mann, "Die Gültigkeit der Rechtswahl- und Gerichtsstandsklausel und das internationale Privatrecht", *NJW* 1984, p. 2740-2742, esp. p. 2740; H. Stoll, "Das Statut

día superadas. La remisión a la ley elegida por las partes en el ámbito que nos ocupa, pese a ser circular²⁵, es practicable. Y esta solución, la preferida en el RR I, es mejor que declarar aplicable el Derecho resultante de la aplicación de la conexión objetiva, más difícil de determinar por las partes. Como se sabe, el pacto de elección del Derecho es independiente del contrato principal²⁶, de modo que continúa siendo válido aunque la aplicación del Derecho designado tenga como consecuencia la nulidad del contrato principal²⁷. Del mismo modo, la invalidez del acuerdo de elección del Derecho no conlleva la invalidez del contrato principal.

Ya que en el art. 3.5º a diferencia de lo que ocurre en el art. 4 no se especifica que esta norma tenga que regir solamente en defecto de pacto, cabe entender que no existe libertad para determinar el Derecho aplicable al acuerdo de elección del Derecho aplicable²⁸. En caso de una elección parcial del Derecho, la validez de los sucesivos acuerdos de elección del Derecho va a ser determinada de acuerdo con los derechos declarados respectivamente aplicables²⁹. Sin embargo, se ha afirmado que en caso de efectuarse una elección del Derecho solamente sobre una cuestión concreta, por ejemplo sobre las consecuencias del incumplimiento, la validez de la misma puede ser excepcionalmente determinada a través de la conexión objetiva³⁰.

Ya en el art. 3.1º se establecen una serie de requisitos de validez de los acuerdos de elección de Derecho con independencia de la ley aplicable a los mismos. Las normas sobre validez de los negocios jurídicos contenidas en los Derechos nacionales tienen por tanto una función meramente complementaria del art. 3.1³¹. La cuestión de la validez del contrato se refiere no solamente a los

der Rechtswahlvereinbarung— eine irreführende Konstruktion”, en I. Meier (coord.), *Rechtskollisionen, Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag*, Zürich, Schulthess, 1995, pp. 429–444, esp. pp. 430 ss.

²⁵ Cf. por ejemplo G. Mäsch, “Gran Canaria und kein Ende— Zur Sonderanknüpfung vorkonsensualer Elemente im internationalen Vertragsrecht nach Art. 31 Abs. 2 EGBGB”, *IPRax* 1995, pp. 371–374, esp. p. 372.

²⁶ Cf. sin embargo A. Baumert, “Abschlusskontrolle bei Rechtswahlvereinbarungen”, *RIW* 1997, pp. 805–811, esp. p. 806.

²⁷ Cf. opiniones contrarias en D. Martiny, en *Münchener Kommentar zum BGB Band 10*, München, C.H. Beck, 2010, Art. 3 Rom I–VO, Rn. 108, n. 1.

²⁸ En contra, J. Carrascosa González, “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 18, 2000, pp. 7–40, esp. p. 29; W. Wengler, “Rechtswahl unter Zwang”, en Ch. Dominicé (coord.), *Études de droit international en l’honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Helbing & Licherhahn, 1993, pp. 211–218, esp. p. 213.

²⁹ J. Carrascosa González, *ibid.*

³⁰ H. Heiss, “Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB nach europäischem Internationalem Privatrecht?” *RabelsZ*, 2001, pp. 634–653, esp. p. 637.

³¹ H. Heiss, *op. cit.*, p. 637.

vicios de la voluntad, sino también al contrato ilegal³², lo que en Derecho español se traduce en la cuestión relativa a la licitud de la causa o del objeto. Sin embargo, en el art. 3 se establece expresamente que las partes pueden elegir cualquier derecho estatal, por lo que la elección del derecho raramente va a poderse considerar ilegal. La excepción de orden público no puede alegarse con respecto del acuerdo de elección de derecho excepto en los casos en los que existiese dolo o intimidación y el ordenamiento declarado aplicable no reaccionase frente a estos supuestos³³. Otro aspecto más problemático es la admisibilidad de un control de contenido de la elección del derecho realizada en condiciones generales, que parece en contradicción con la posibilidad de elegir cualquier derecho estatal prevista en el art. 3.1º.

El art. 10.2º establece que la parte que no ha prestado su consentimiento puede pedir la aplicación del Derecho de su residencia habitual con relación a esta cuestión. Con ello se abarcan especialmente aquellos casos en los que se duda del valor del silencio como declaración de voluntad. Se trata de determinar si ha habido consenso entre las partes³⁴.

2. Limitación de la autonomía conflictual

Al igual que lo que ocurre en el plano del Derecho material, en el cual se protege a la parte débil mediante normas de carácter imperativo y semi-imperativo, la parte típicamente débil o la que sufre las consecuencias del desequilibrio informativo es protegida en el plano conflictual mediante la limitación de la autonomía conflictual³⁵. Con ello se hace referencia a la cuestión de la admisibilidad de la elección del Derecho, cuestión sobre la que va a decidir siempre la *lex fori*³⁶, ya sea en aplicación de las normas de Derecho autónomo o de Derecho unificado. En el RR I, la limitación de la autonomía conflictual se efectúa mediante la designación de una serie de ordenamientos elegibles (art. 7.3º, art. 5.2º) o mediante la introducción del *Günstigkeitsprinzip* (art. 6.2º). Detrás de esta primera técnica se encuentra la intención de proteger a la parte débil de la elección de un ordenamiento sin relación con el supuesto tratado, lo que por los elevados costes de la averiguación del contenido del Derecho extranjero podría tener como consecuencia la renuncia a emprender acciones con perspectiva de éxito por

³² F. Ferrari, en F. Ferrari/ E. M. Kieninger/ P. Mankowski/ K. Otte/ I. Saenger/ A. Staudinger, *Internationales Vertragsrecht*, München, C.H. Beck, 2007, Art. 31 EGBGB, Rn. 14.

³³ S. Leible, *op. cit.*, Art. 27 EGBGB Rn. 15.

³⁴ A. Baumert, *RIW*, 1997, pp. 805–811, esp. p. 807; P. Mankowski, “Strukturfragen des internationalen Verbraucherrechts”, *RIW*, 1993, pp. 453–463, esp. p. 455.

³⁵ A. Junker, “Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen— Zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht”, *IPRax* 1993, pp. 1–10; J. Kropholler, “Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei”, *RabelsZ*, 42, 1978, pp. 634–661, esp. p. 644 ss.

³⁶ D. Martiny, *op. cit.*, Art. 3 Rom I–VO, Rn. 106; H. Stoll, *op. cit.*, pp. 437 ss.

parte de la parte débil. Teniendo en cuenta esta finalidad claramente tuitiva de la delimitación de determinado número de ordenamientos eligibles, no deja de sorprender el permiso concedido a los Estados miembros para ampliar la libertad de elección del Derecho en el supuesto del art. 7.3°. Más liberal, aunque también más complicada en su puesta en práctica es la opción del art. 6.2°, por la cual el consumidor pasivo puede elegir cualquier ordenamiento, no pudiendo conducir la elección a la pérdida de los derechos que le proporcionen aquellas disposiciones de las que no se puede prescindir mediante contrato. Se trata pues de tomar en consideración no solamente las normas internacionalmente imperativas en el sentido del art. 9, sino también las normas imperativas internas integrantes del Derecho que habría resultado aplicable de regir la conexión objetiva, lo cual se permite al tratarse de normas de protección de la parte débil³⁷. El *Günstigkeitsprinzip* no tiene como consecuencia la aplicación del Derecho del lugar de residencia del consumidor más que cuando el Derecho elegido no llega al mismo nivel de protección. Pero no impide a las partes la elección de un Derecho que conceda al consumidor mayores derechos que su propio ordenamiento. Por último, también es posible la completa exclusión de la autonomía conflictual, lo que en el RR I se puede producir ya solamente en el marco del art. 7.4°.b).

La solución consistente en limitar de buen principio la autonomía conflictual con la finalidad de evitar un abuso de la mayor información o del mayor poder de negociación encuentra lógicamente sus límites en aquellos supuestos en los que no es posible identificar a priori un desequilibrio entre las partes. En el RR I se protege por ejemplo correctamente al consumidor pasivo, al pasajero y al tomador de un seguro en masa, pero no se establece cuál tiene que ser la respuesta del juez ante una elección fraudulenta cuando se presume que ambas partes se encuentran en un plano de igualdad. En este supuesto resultará en ocasiones difícil determinar dónde acaba la exitosa negociación del Derecho aplicable y dónde empieza la imposición³⁸. Esto se aplica especialmente a la contratación entre empresarios, que no están protegidos en el plano conflictual pese a que entre ellos puedan existir diferencias abismales en la capacidad de información y de negociación. Sin embargo, es obvio que una generalización del recurso a criterios económicos para delimitar en el caso concreto la existencia de una parte débil en el plano conflictual sería negativa para la seguridad jurídica y además probablemente poco eficaz. De todos modos, puede pensarse en una revisión de los tipos contractuales realizados normalmente entre profesionales para identificar situaciones en las que puede partirse de la existencia de una parte débil, como por ejemplo en el contrato de leasing. Muestra de ello es el art. 5 b

³⁷ J. Kropholler, *RabelsZ*, 42, 1978, pp. 648 ss.

³⁸ Por ejemplo logrando la inclusión de cláusulas de elección del Derecho unilaterales en las que el derecho aplicable es distinto según quién presente la demanda, cf. H. Heiss, *op. cit.*, p. 652.

de la Directiva 73/239/CEE³⁹, que define los grandes riesgos, para los que como se sabe no existe limitación de la autonomía conflictual, y que recurre al criterio económico solamente de modo residual, al considerar seguros de grandes riesgos aquellos seguros de incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil general y pérdidas pecuniarias diversas en los que el tomador cumpla en su mayoría una serie de criterios económicos. Por lo demás, la Directiva determina la existencia de un gran riesgo y por tanto la ilimitada autonomía conflictual dependiendo del tipo de riesgo asegurado con independencia de su montante o de la relevancia del tomador en el caso concreto. La no protección del empresario se convierte en este contexto en una excepción.

3. Control del acuerdo de elección del Derecho integrado en condiciones generales

La elaboración de cláusulas predispuestas, utilizadas normalmente como condiciones generales, es una manifestación de las desigualdades estructurales existentes en el mercado, que el Derecho reconoce y frente a las que reacciona con un régimen diferenciado. Tradicionalmente se ha dicho que la elaboración de condiciones generales, integradas en contratos de adhesión, puede tener, pese a su potencial para utilizarse fraudulentamente en contra del adherente, efectos positivos para ambas partes. En el ámbito de la contratación transfronteriza, la sumisión de todos los contratos sobre un mismo producto o servicio representa para el fabricante del producto o prestador del servicio una importante reducción de costes, que se traduce también en el precio final a pagar por el adherente, que de otro modo tal vez se vería incluso imposibilitado para contratar. La consecuencia de ello es, no obstante, la transmisión del riesgo de la internacionalidad sobre el adherente, lo que resulta problemático debido a la existencia de asimetrías de información⁴⁰. La existencia de consentimiento en este contexto no es sin embargo dudosa: cabe que el adherente no conozca punto por punto el alcance técnico-jurídico de lo que firma, pero acepta lo que firma, prescindiendo de su conocimiento casuístico del contenido y a la vista de su interés por el objeto y la causa del contrato (principal) y de su confianza en el ordenamiento⁴¹.

La generalización del uso de las condiciones generales ha tenido lugar en paralelo con la delimitación de los derechos de los consumidores y usuarios. El actual modelo de protección de consumidores y usuarios que realizan contratos transfronterizos en el ámbito del mercado interior puede explicarse partiendo de la base de los famosos “Casos de Gran Canaria”, en los que como se sabe turistas alemanes desprevénidos firmaron tras ser sometidos a una serie de técnicas

³⁹ Modificado por la Directiva 88/357/CEE.

⁴⁰ Cf. con referencia a la “internacionalidad jurisdiccional” F. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, p. 94. Cf. también L. H. Clavería Gosálvez, *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 12 ss.

⁴¹ L.H. Clavería Gosálvez, *op. cit.*, p. 31.

comerciales un tanto agresivos contratos de *time-sharing* sujetos al Derecho de la Isla de Man, dependencia de la Corona británica no integrada en la Comunidad Europea y que por aquel entonces tampoco preveía un derecho de desistimiento fuera de aquellos contratos sobre bienes y servicios celebrados fuera de los establecimientos mercantiles⁴². Los tribunales alemanes intentaron declarar aplicable el Derecho alemán para poder efectuar un control de contenido de las condiciones generales por la vía del art. 31.2º *EGBGB* (art. 8.2º CR; art. 10.2º RR I)⁴³. Esta solución fue considerada con razón poco acertada por la doctrina y por el propio *BGH*⁴⁴ porque dicho artículo permite la aplicación del Derecho de la residencia habitual solamente por cuestiones relativas a la prestación del consentimiento. El control de contenido de condiciones generales es no obstante una cuestión relativa a la validez que entonces solamente se podía resolver de acuerdo con la ley elegida por las partes.

Contra dicha situación de jaque jurídico ocasionada por la elección de un Derecho de un tercer Estado realizada con la voluntad de privar a los consumidores de los derechos que les habrían correspondido de acuerdo con su *lex fori*, hubiese ayudado tal vez la declaración de nulidad de la elección del Derecho, que podía considerarse, como mínimo, contraria a la buena fe. Esta cuestión debía solucionarse sin embargo exclusivamente de acuerdo con el Derecho elegido, el cual difícilmente podría declarar ilegal su propia aplicación⁴⁵, a no ser que considerase determinante la existencia de ánimo fraudulento en el predisponente. El *BGH* consideró en su día que ni el recurso al Derecho alemán por la vía de las normas imperativas ni la aplicación de la excepción de orden público (a falta de una investigación del contenido del Derecho declarado aplicable) eran posibles en este caso. A ello debe sumársele que como ya se ha dicho el CR y actualmente el RR I permiten la elección de cualquier Derecho estatal. A la vista de esto los esfuerzos del legislador europeo se centraron, lógicamente, en lograr la aplicación de los estándares nacionales (comunitarios) incluso en los casos en los que se hubiese elegido un Derecho extranjero. A ello hacen referencia tanto el art. 6.2º Directiva 93/13/CEE como el art. 9 Directiva 47/1994/CE, el art. 12 Directiva 97/7/CE, el art. 7.2º Directiva 1999/44/CE, el art. 12.2º Directiva 2002/65/CE y el art. 22.4º Directiva 2008/48/CE. Con estos artículos se permite la creación de normas con carácter conflictual por parte de los Estados miembros, destinadas a asegurar la eficacia extraterritorial de las normas transpuestas al pro-

⁴² Cf. H. Beise, "Time sharing-Verträge und die Isle of Man", *RIW*, 1995, pp. 632-633, esp. p. 632. Esta situación cambia aparentemente en 1997 con la aparición de legislación específica sobre time sharing: <http://www.gov.im/oft/tradingstandards/timeshare.xml>.

⁴³ Cf. Sentencia del LG Gießen, *NJW*, 1995, p. 406.

⁴⁴ Cf. Sentencia del BGH de 19.03.1997 – VIII ZR 316/96 (Celle), *NJW*, 1997, p. 1697.

⁴⁵ En el mismo sentido P. Mankowski, "Strukturfragen des internationalen Verbrauchervertragsrechts", *RIW*, 1993, pp. 453-463, esp. p. 456. Crítico H. Stoll, *op. cit.*, p. 436.

pio ordenamiento. Tanto el art. 67 del TRLGDCU [vigente a la espera de la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores, en cuya Propuesta⁴⁶ (Cdo. 59) se realiza una remisión explícita al RR I], como el art. 3.2º LCGC parten claramente de la base de una elección del Derecho admisible según el RR I y válida según el Derecho elegido, y lo que persiguen es asegurar un nivel uniforme de protección mediante la aplicación de las normas de Derecho material como normas de extensión, y no determinar directamente la admisibilidad de la elección del Derecho, tarea que se acomete exclusivamente en el RR I y antes en el CR.

La lista negra contenida en el TRLGDCU y en la LCGC contiene sin embargo una sorpresa: en el art. 90.3º y en el nº 28 de la Disposición adicional primera respectivamente se encuentra la prohibición de la elección de un Derecho extranjero “con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza”. Dicha norma de carácter conflictual no se encuentra ni en Derecho alemán (§§ 308 y 309 BGB), ni en Derecho francés (art. R132-1 y 132-2 *Code de la consommation*) ni en Derecho del Reino Unido (*schedule 2, Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*), y no puede considerarse relacionada con el art. 6.2º de la Directiva de cláusulas abusivas, por lo que no es compatible con el RR I⁴⁷, incluso si se interpretase en el sentido de que abarca solamente a los consumidores activos⁴⁸.

Aunque la elección de un Derecho que no sea ni el del lugar en que se prestó la declaración negocial ni el del lugar donde el empresario desarrolle su actividad bien podría considerarse fraudulenta, pues como ya se ha dicho en la mayoría de los casos se llevará a cabo con la finalidad de privar de derechos al consumidor, a la vista del marco legal apuntado, la realización de un control del contenido de la cláusula de elección del Derecho en base al art. 90.3º TRLGDCU y el nº28 de la Disp. adic. 1ª de la LCGC es obviamente inadecuada para lograr la finalidad consistente en aplicar los estándares nacionales a las condiciones generales sometidas al Derecho extranjero, que es lo que persigue el

⁴⁶ COM (2008), 614 finalp, p. 19 ss.

⁴⁷ M. Requejo Isidro, *La cesión de créditos en el comercio internacional*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, p. 99; M. Gardeñes Santiago, “Nota a la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de protección de los consumidores y usuarios”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 767–771, esp.p. 770; cf. R. Fernández Fernández, Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en internet, en *Ley aplicable y cuestiones de jurisdicción en la contratación a través de internet*, Barcelona, Bosch, 2005; P.A. de Miguel Asensio, “La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo”, *Estudios sobre Consumo*, 85, 2008, pp. 23–44, esp. p.36. Cf. S. Leible in B. Dauner-Lieb/T. Heidel/G. Ring (coords.), *Anwaltkommentar BGB*, Band 1: Allgemeiner Teil und EGBGB, Bonn, Anwaltverlag 2005, Art. 27 EGBGB, Rn. 71; parecido H. Heiss, *op. cit.*, p. 639; H. Stoll, *op. cit.*, pp. 438 ss.

⁴⁸ Como hacen M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, en A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León (dirs.), J. Alfaro Águila-Real (coord.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 2002, p. 223.

Derecho comunitario. Con la declaración de nulidad de la elección de un Derecho extranjero distinto del del Estado donde las partes han llevado a cabo sus declaraciones negociales o donde el empresario haya desarrollado la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza, el Derecho aplicable al contrato principal pasaría a determinarse por la conexión objetiva, que podría determinar o no la aplicación del Derecho español. Como el art. 67 TRLGDCU parte de la existencia de una elección del Derecho, las normas españolas no podrían completar en este caso el Derecho extranjero declarado aplicable. Con mayor razón podría considerarse inadecuado el resultado a que llegan el art. 90.3º TRLGDCU y el n. 28 Disp. adic. 1ª LCGC si se hubiese elegido Derecho español, no habiendo las partes prestado sus declaraciones en España ni siendo España el Estado donde el empresario desarrollase la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza. En este caso, la aplicación del Derecho español, derivada directamente del art. 3.5º en relación con el art. 10.1º RR I, tendría como consecuencia la nulidad de la propia elección.

Sin embargo, nada obsta a un control de cláusulas relacionadas con la elección del Derecho, por ejemplo si el empresario se reservase la facultad de modificar *a posteriori* el Derecho aplicable al contrato (art. 85.3º TRLGDCU)⁴⁹ o si se estableciese que éste no queda vinculado por la elección del Derecho realizada por sus mandatarios o representantes, o supeditase su vinculación a la elección del Derecho al cumplimiento de determinadas formalidades (art. 85.9º TRLGDCU). Igualmente puede pensarse en el control de la renuncia a impugnar el acuerdo de elección del Derecho, que representaría una vulneración del art. 86.7º TRLGDCU⁵⁰. Un control de contenido de este tipo de cláusulas resulta deseable ya que conduce a la confirmación de la validez del acuerdo de elección del Derecho, estabilizando el marco legal del contrato y permitiendo la aplicación de los estándares españoles para proteger al consumidor. Además, con su efectucción no se estaría excepcionando el art. 3.5º en relación con el art. 10.1º RR I⁵¹. Por el contrario, la prohibición de la elección de un Derecho extranjero genera inseguridad jurídica, está en abierta contradicción con el RR I y no se corresponde con la finalidad de lograr una protección transfronteriza del consumidor, pretendida por las directivas.

Si el adherente no es consumidor, la aplicación de las normas españolas de acuerdo con el art. 3 LCGC queda lógicamente limitada al control de incorporación. Se trata de una cuestión relativa a la efectiva existencia de una declaración

⁴⁹ Cf. en Derecho alemán H. Heiss, *loc. cit.*, p. 651.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Cf. aunque con respecto al art. 90.3 TRLGDCU F. Esteban de la Rosa, "Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho internacional privado", *Aranzadi Civil* 2/2009, pp. 15-45, esp. p. 35 ss.

de voluntad⁵², que de acuerdo con el art. 10.2º RR I podría someterse al Derecho de la residencia habitual de la parte que afirma no haber prestado el consentimiento. La existencia de un trato diferenciado para esta cuestión está plenamente justificada, ya que no puede decidirse sobre la cuestión de la prestación del consentimiento en base a un Derecho que no se ha consentido en aplicar⁵³. Sin embargo, en los distintos ordenamientos las fronteras entre control de contenido y control de incorporación pueden ser distintas⁵⁴, lo que dificulta la determinación del Derecho aplicable. Un defecto de incorporación podría apreciarse por la falta de transparencia. Como ejemplo de ello se cita la supeditación de la validez del acuerdo de elección del Derecho a lo que diga la legislación pertinente en materia de seguros en masa, que dado lo complicado del régimen legal contenido en el art. 7.3º RR I generaría incertidumbre en el adherente/consumidor. Igualmente se está a favor de la introducción en la cláusula de elección del Derecho de una aclaración en el sentido de que rige el *Günstigkeitsprinzip* de acuerdo con el art. 6.2º RR I, para evitar que el consumidor renuncie a hacer valer sus derechos⁵⁵.

4. Aplicación de la doctrina general del negocio jurídico

La aplicación de la doctrina del negocio jurídico al acuerdo de elección del Derecho es concebible no sólo cuando no existe una parte típicamente débil, sino también en supuestos en que se han limitado los Derechos elegibles. El reenvío del art. 3.5º a la *lex hypothetici contractus* para cuestión de la validez no es problemático por lo que respecta al control de los vicios del consentimiento. Por el contrario, un control de legalidad y moralidad de causa y objeto se tropieza con la posibilidad de elección de cualquier Derecho estatal contenida en el art. 3.1º.

A) Vicios de la voluntad

a) Error

La regulación del error en el Derecho civil español y en otros ordenamientos continentales es necesariamente de carácter restrictivo, puesto que la seguridad y la rapidez del tráfico jurídico exigen que las partes en un contrato puedan confiar en las declaraciones de la contraparte, que solamente podrá escudarse de forma excepcional en un error para evitar cumplir con lo pactado⁵⁶.

⁵² P. Mankowski, *RIW*, 1, 1993, pp. 454 ss; S. Leible in B. Dauner-Lieb/T. Heidel/G. Ring (coords.), *Anwaltkommentar BGB*, Band 1: Allgemeiner Teil und EGBGB, Bonn, Anwaltverlag 2005, Art. 27 EGBGB, Rn. 69.

⁵³ U. Spellenberg, en *Münchener Kommentar zum BGB Band 10*, München, C.H. Beck, 2010, Art. 10 Rom I-VO, Rn. 210.

⁵⁴ H. Heiss, *loc. cit.*, p. 641; cf. F. Pertíñez Vélchez, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004.

⁵⁵ H. Heiss, *loc. cit.*, pp. 649 ss.

⁵⁶ A. M. Morales Moreno, *op. cit.*, p. 36.

1. Error vicio

1.1. Esencialidad

En el marco de un acuerdo de elección del Derecho el error vicio se traduce en una deficiente representación del contenido del ordenamiento escogido, que debía regular el contrato de la forma que las partes consideraban más satisfactoria. Este error podría hipotéticamente ser causado bien por el deficiente conocimiento de una norma o grupo de normas regulando una cuestión jurídica concreta de un modo que resultaba especialmente atractivo para las partes y que motivó la elección o bien por el desconocimiento del contenido de una norma del ordenamiento elegido con cuya existencia o aplicación no se contó en el momento de pactar el Derecho aplicable⁵⁷. Se trata pues en definitiva del deficiente conocimiento del marco jurídico del que se dota al contrato internacional, lo que se traduce en un error en los motivos.

A diferencia de lo que ocurre en Derecho alemán, donde para empezar el error común no está abarcado por el § 119 *BGB* y el error en los motivos es por regla general irrelevante a no ser que verse sobre cualidades que habitualmente se tienen en cuenta en el tráfico, en el Derecho español se determina la esencialidad del error en base a la autonomía de la voluntad a través de la integración e interpretación del contrato, teniendo en cuenta elementos objetivos y subjetivos⁵⁸. De acuerdo con la jurisprudencia sobre el art. 1266 Cc, el error en los motivos puede ser relevante cuando estos motivos están incorporados al acto jurídico, saliendo de la esfera interna de los contratantes, para integrarse en la causa e incorporarse a la declaración de voluntad contractual⁵⁹. En el caso del acuerdo de elección del Derecho la incorporación a la causa del contenido concreto del Derecho elegido es especialmente clara cuando ambas partes han escogido un determinado ordenamiento en la creencia de que éste les iba a permitir conseguir un resultado concreto en el plano del Derecho material que de otro modo no hubiesen conseguido, pero también cuando la elección del ordenamiento en cuestión vino exclusivamente motivada por la común creencia de que éste iba a proporcionar el marco jurídico óptimo al contrato.

⁵⁷ Cf. A. Tassikas, *Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit als Ausnahmereiche der EG-Grundfreiheiten*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004, p. 78.

⁵⁸ Cf. por ejemplo A. M. Morales Moreno, *op. cit.*, p. 39; J. Castán Tobeñas, *Derecho civil español, civil y foral*, Madrid, Reus S.A., 1992, p. 618; J. M. Lete del Río/J. Lete Achirica, *Derecho de obligaciones, Vol. I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, p. 434; F. Esteban de la Rosa, "El error como vicio del consentimiento contractual", en S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado*, Madrid, Civitas, 2009, p. 204.

⁵⁹ Cf. por ejemplo STS 9 de abril de 1980 (RJ 1980/1411); SAP Baleares 196/2006 de 19 de mayo de 2006 (JUR 2006/240798).

El error en el acuerdo de elección de Derecho es también un error de Derecho, contemplado por el art. 1266 Cc⁶⁰ y por el art. 1298 de la Propuesta de Modernización del Código Civil, aunque bajo determinadas condiciones. En el supuesto aquí tratado, las partes no incurrir en error por lo que respecta al marco legal o a las consecuencias jurídicas del acuerdo de elección del Derecho, independiente del contrato principal. Sin embargo, la consecuencia de la aplicación del ordenamiento escogido con el contenido que se le presupone al contrato principal constituye el motivo esencial por el que se ha llegado a ese acuerdo de elección del Derecho. El contenido es una condición de la cosa objeto del contrato (un determinado ordenamiento jurídico) que determina la conclusión del mismo. De acuerdo con el Tribunal Supremo, para el error de Derecho “no sólo se exige una prueba plena del error jurídico independiente de los motivos o intenciones de los contratantes sino que también requiere que recaiga sobre la esencia y sustancia de lo convenido y que sea excusable dadas las circunstancias concurrentes en el caso concreto”⁶¹. Un error de Derecho se puede alegar también lógicamente en el contrato principal, al tener lugar una deficiente apreciación del marco jurídico del que se ha dotado al mismo en el ejercicio de la autonomía conflictual.

En este contexto se plantea la cuestión sobre si se podría partir de la base de la existencia de un error si las partes han escogido un Derecho según el cual el contrato es nulo, ya que parece que si las partes hubiesen conocido las consecuencias de la aplicación del ordenamiento en cuestión no lo habrían elegido⁶². Sin embargo, esta común motivación de las partes no puede presumirse en todos los casos, ya que éstas podrían haber confiado en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato pese a conocer la nulidad del mismo⁶³. Ahora bien, la razón por la que se considera válida la elección de un Derecho nulo podría ser otra bien distinta: la obligación de las partes de asumir el riesgo de la elección efectuada.

1.2. Inexcusabilidad. Asunción del riesgo

Con la referencia a la inexcusabilidad del error en el acuerdo de elección del Derecho se está haciendo referencia a la cuestión clave en el presente contexto: concretamente, si puede exigirse a las partes en los contratos internacionales que realicen un análisis previo del Derecho que pretenden escoger, y cuál ha de ser el grado de profundidad de dicho análisis. De hecho, la información minuciosa

⁶⁰ Cf. J. Castán Tobeñas, *op. cit.*, pp. 612 ss; J. A. Doral/M. A. del Arco, *El negocio jurídico*, Madrid, Trivium 1982, pp. 147 ss.

⁶¹ STS 6 de abril de 1962, RJ 1962/1678, Cdo. 1.

⁶² Cf. J. Carrascosa González, “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, *Anales de Derecho Universidad de Murcia*, nº 18, 2000, pp. 7–40, esp. 21; F. Gamillscheg, “Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht”, *AcP*, 1957 1958 1958, pp. 303–341, esp. p. 308.

⁶³ Cf. R. Hausmann en J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlín, Sellier de Gruyter, 2002, Art. 31 EGBGB, Rn. 33.

sobre el contenido del Derecho extranjero no es precisamente la tónica general, ya que muchas veces las partes eligen un ordenamiento pretendidamente neutral, como el Derecho suizo⁶⁴, o un ordenamiento que goza de prestigio en un sector determinado⁶⁵, como el Derecho inglés, para los contratos de seguro. Sin embargo, en el primer caso no está ni mucho menos garantizado que, pese a no tratarse del Derecho propio de ninguna de las partes, el Derecho “neutral” garantice el respeto por igual sus intereses, y en el segundo caso normalmente no se elige el ordenamiento de prestigio por su mayor grado de elaboración, sino precisamente por ser el más liberal de su entorno, lo que puede plantear problemas cuando existe un desequilibrio en los poderes de negociación de las partes. Y en los demás supuestos el grado de conocimiento del ordenamiento escogido va a ser muy variable.

Ante un resultado desfavorable de la aplicación del Derecho elegido se podría alegar que las partes habían tenido la posibilidad de no hacer uso de su autonomía conflictual, aplicándose la conexión objetiva prevista por la *lex fori*. Pero la existencia de una conexión objetiva no exime a las partes del interés en informarse sobre el contenido del ordenamiento aplicable, ya que el resultado de la aplicación de la conexión objetiva para determinar el Derecho aplicable no tiene por qué ser el óptimo. En realidad, no están haciendo sino utilizar su autonomía conflictual/material para decidir si acuden al Derecho dispositivo. La conexión objetiva intenta dar la mejor solución a la cuestión del Derecho aplicable, ya sea con finalidad meramente distributiva u obedeciendo claramente a objetivos de Derecho material, pero por su generalidad debe evitar hacerlo en base al contenido hipotético de determinados ordenamientos. Aún así, se ha dicho que la conexión con el Derecho que se considera localmente más adecuado parte de la presunción de que precisamente ese Derecho sería el mejor para regular el supuesto de hecho con carácter transfronterizo del que se trata⁶⁶. La conexión objetiva es una posibilidad, una “recomendación” de la *lex fori*. La razón por la que no se puede alterar el contenido de lo pactado en un contrato es el principio *pacta sunt servanda* y no la posibilidad de haber acudido a normas estatales que se presumen mejores.

Sin embargo, podría plantearse la posibilidad de una excepción al principio *pacta sunt servanda* si posteriormente el contenido del ordenamiento escogido cambia radicalmente, de forma que se produce una alteración de la base contractual⁶⁷. No obstante, la práctica habitual en estos casos es el pacto de una *freezing*

⁶⁴ Cf. P. Mankowski, “Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des Internationalen Wirtschaftsverkehrs”, *RIW*, 2003, pp. 2–15, esp. p. 4.

⁶⁵ Cf. F. Gamillscheg, *op. cit.*, p. 312.

⁶⁶ Ch. von Bar, *Internationales Privatrecht I*, München, C.H. Beck, 1987, p. 435; parecido P. H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, Tübinga, Mohr Siebeck 1976, p. 43.

⁶⁷ D. P. Henry, *Kollisionsrechtliche Rechtswahl. Eine Untersuchung ihrer Wirkungen und Grenzen*, Zürich, San Galo, Diké, 2009, pp. 270 ss.

clause, lo que significa que de lo contrario las partes asumen el riesgo de los cambios que puedan producirse en el ordenamiento escogido. La solución por la vía contractual es razonable si se tiene en cuenta que no todos los ordenamientos permiten la renegociación o la resolución de los contratos en caso de excesiva onerosidad. Debido a la especial naturaleza del acuerdo de elección del Derecho, que se plasma por ejemplo en la falta de referencia al art. 12 RR I en el art. 3.4º RR I, así como por la posibilidad que de todos modos asiste a las partes para “renegociar” la aplicación de otro Derecho (art. 3.2º RR I), parece que no hay sitio para la hardship o la alteración de la base contractual en el marco de un acuerdo de elección del Derecho.

La cuestión sobre la inexcusabilidad está estrechamente ligada a la asunción del riesgo del error, cuestión que entronca con el análisis económico del Derecho y a la se refiere por ejemplo el art. 1298.3º de la PMCC. Los costes de la averiguación de un Derecho extranjero son un elemento irrenunciable del tráfico jurídico transfronterizo. A la hora de contratar, las partes son por regla general conscientes de que su grado de conocimiento de un ordenamiento concreto no es completo y deciden hasta qué punto les compensa informarse del mismo teniendo en cuenta los intereses económicos en juego. La falta de idoneidad del Derecho para la óptima realización de sus fines es un riesgo que se espera que sea asumido por ambas partes, lo que puede considerarse una manifestación del principio *pacta sunt servanda*. A ello no se opone, claro está, que las partes modifiquen posteriormente de mutuo acuerdo el Derecho aplicable al contrato en un acuerdo posterior, lo que les permite el art. 3.2º RR I aunque dejando a salvo los derechos de terceros. A favor de que las partes asuman en todo caso el riesgo de la elección de un ordenamiento que no cumple con sus expectativas se podría argumentar también que con la libertad de elección del Derecho éstas cuentan con un instrumento que les deja incluso en una mejor posición que los contratantes en un supuesto meramente interno, ya que pueden exceptuar la aplicación de las normas imperativas de su ordenamiento y además pueden realizar una elección parcial del Derecho para “extirpar” aquellas normas imperativas que no les convienen. Se pretendería, por tanto, que las partes asumiesen siempre y en todo caso “los costes de su libertad”⁶⁸. Este argumento no puede convencer en ningún contexto, ya que estaría vaciando de contenido la regulación del error como causa de impugnación de los contratos y sobre todo la remisión explícita contenida en los arts. 3 y 10 RR I a los Derechos nacionales para regular lo concerniente a los vicios de la voluntad en el acuerdo de elección del Derecho. El error solamente será inexcusable cuando hubiese podido ser evitado empleando una dili-

⁶⁸ Cf. aunque en otro contexto K. Riesenhuber, *op. cit.*, pp. 96 ss.

gencia media o regular⁶⁹. Y este grado de diligencia exigible dependerá lógicamente de cuál sea la parte que alegue el error.

Los integrantes regulares del tráfico jurídico transfronterizo pueden asumir dichos costes porque al realizar habitualmente contratos transfronterizos se benefician de economías de escala⁷⁰: el ordenamiento que ha sido estudiado para la realización de un contrato concreto se utiliza luego para la conclusión de contratos similares. Para ello es rentable el recurso a profesionales jurídicos cualificados, con experiencia en contratación internacional. El integrante habitual del tráfico jurídico transfronterizo no es probablemente él mismo un perito jurídico pero sí está en situación de servirse regularmente de ellos y cuenta además con experiencia en la aplicación de Derecho extranjero. Puede esperarse por tanto que asuma el riesgo de su deficiente información sobre el ordenamiento elegido.

Sin embargo, al interviniente puntual en el tráfico jurídico puede no compensarle el recurso a servicios de profesionales que cuenten con suficientes conocimientos como para recomendar la aplicación de un ordenamiento concreto o para estudiar la conveniencia de su aplicación. Puede entonces ocurrir que debido a su insuficiente conocimiento del ordenamiento escogido no se dé cuenta de la falta de idoneidad del mismo para regular el contrato de acuerdo con sus intereses⁷¹. Como ya se ha dicho, el error unilateral en los motivos es por regla general irrelevante, debiendo cargar con el riesgo del mismo aquella parte que incurrió en él. Ahora bien, si la contraparte cuenta con mayor información, ya sea porque ha invertido más en conocer el ordenamiento en cuestión o porque estos conocimientos le vienen dados al tratarse de su propio ordenamiento o de otro ordenamiento con el que tiene una relación especial, puede estar en situación de conocer el error en el que ha incurrido la parte con menor información. En este caso, no sacarla del error equivaldría a atentar contra la buena fe contractual⁷². Excepcionalmente pues, el error individual en los motivos puede resultar imputable a la parte con especiales conocimientos, y para determinar si ello es así deberán valorarse las respectivas conductas según el principio de la buena fe⁷³. En este sentido dice Morales Moreno que cualquier contratante, en principio, puede confiar, salvo que advierta o pueda advertir lo contrario, que la parte con la que contrata se ha procurado el conocimiento del Derecho necesario para el desenvolvimiento de su actividad. Si existe error, carece quien lo padece de

⁶⁹ SSTs 74/1994 de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994/1469), FJ 7º y 113/1994 de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994/1096), FJ 3º.

⁷⁰ J. Basedow, "Lex Mercatoria und Internationales Schuldvertragsrecht— Eine rechtsökonomische Skizze", en K.P. Berger, *op. cit.*, p. 243.

⁷¹ Cf. por ejemplo M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, "Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado", *InDret*, 251.

⁷² Cf. A. M. Morales Moreno, *op. cit.*, p. 12.

⁷³ STS 4 de enero de 1982, RJ 1982/179, Cdo. 5.

acción para impugnar el contrato, salvo que el error padecido fuera cognoscible para el otro contratante⁷⁴. Esto se reconoce explícitamente por la jurisprudencia alemana, que afirma incluso que la parte con especiales conocimientos jurídicos está obligada a advertir a la otra parte sobre los posibles riesgos jurídicos en la redacción del contrato⁷⁵.

La verificación de un desequilibrio en las informaciones sobre el Derecho escogido es sin duda alguna difícil, lo que se pone de relieve en el escasísimo número de decisiones judiciales en las que prospera la alegación del error⁷⁶. Está claro que se puede partir de la existencia de una tal situación en los contratos en los que existe una desigualdad subjetiva entre ambas partes contratantes, lo que motiva actuaciones legales tendentes a limitar el alcance de la autonomía material y conflictual para proteger a la parte débil del contrato, que de otro modo quedaría a la merced de la parte con mayor información o mayor poder de negociación. Éste es el caso de los contratos entre empresarios y consumidores y por regla general en los contratos de trabajo y de seguro. La alegación del error como instrumento de control del ejercicio de la autonomía conflictual queda entonces relegada a contratos en los que no existe un desequilibrio estructural, es decir, los celebrados entre particulares o entre empresarios.

2. Error obstativo

El error obstativo remite a la interpretación de la voluntad expresada incorrectamente y determina según la doctrina mayoritaria⁷⁷ la ausencia de voluntad⁷⁸. En el marco de la elección del Derecho los problemas se van a presentar cuando el Derecho elegido se designa de forma implícita. Para la interpretación de la declaración de voluntad no debe recurrirse a la *lex hypothetici contractus*, sino que rige exclusivamente el art. 3.1º RR I⁷⁹, que establece que la elección deberá manifestarse de forma expresa o derivarse de forma inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por tanto no hay suficiente con una voluntad hipotética o presumida, sino que se tienen que valorar una serie de indicios como la elección del foro o la cláusula arbitral, el comportamiento en el proceso, el pacto de un lugar común de ejecución del contrato o determinado tipo de referencias a un ordenamiento concreto. Como no se parte de la existencia de elección del Derecho fuera de los casos en los que la voluntad de cada una

⁷⁴ A.M. Morales Moreno, *op. cit.*, p. 77.

⁷⁵ R. Singer, en J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlín, Sellier de Gruyter, 2004, § 119 BGB, Rn. 74.

⁷⁶ R. Plender/M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, Londres, Sweet & Maxwell, 2009, p. 165.

⁷⁷ Cf., por todos, F. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, p. 196.

⁷⁸ Cf. sin embargo art. 1298.5 PMCC.

⁷⁹ D. Martiny, *op. cit.*, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 45.

de las partes es inequívoca, el riesgo de una falsa interpretación de la voluntad expresada es escaso.

b) Dolo, intimidación

Con más razón se permitirá la impugnación si una parte que goza de una ventaja informativa logra convencer a la otra parte mediante informaciones falsas o incompletas de la aplicación de un Derecho que solamente le reporta beneficios a él. La utilización fraudulenta de esta ventaja informativa puede considerarse contraria a la buena fe contractual y constitutiva de dolo. Sin embargo, no debe confundirse este supuesto con la exitosa negociación que conduce a la aplicación del Derecho que mejor se adapta a los intereses de una de las partes del contrato. Al fin y al cabo, la negociación de la cláusula de elección del Derecho se enmarca dentro de la negociación general del contrato y podría ser objeto de algún tipo de compromiso, aunque esto último parece más bien improbable. La relevancia del error unilateral debida a la información suministrada por la contraparte o a que ésta conoció el error y no lo puso de relieve está prevista expresamente en el art. 1298.1º, apartados primero y segundo de la PMCC así como en el art. II-7:201 (1) del BMCR. No obstante, para la apreciación de dolo no hace falta que el error que determina la conclusión del contrato cumpla con los requisitos necesarios para la impugnación por error. No hace falta pues que se trate de un error esencial, ni intrínseco⁸⁰.

La relación existente entre contrato principal y acuerdo de elección del Derecho puede tener como consecuencia que una parte se aproveche de su mayor poder de negociación en el contrato principal para obtener de la otra parte su consentimiento a la aplicación de un Derecho concreto. Pese a que el ejercicio de la libertad contractual es lícito y por tanto no contratar no puede considerarse, en principio, como causar un mal⁸¹, ello no es óbice para considerar que el acuerdo está viciado por intimidación cuando quien supedita la conclusión del contrato a la elección de un determinado Derecho es consciente de que dicha conclusión es vital para la contraparte dada su situación económica⁸².

B) Nulidad absoluta o radical de la elección del Derecho

Finalmente debe analizarse si el acuerdo de elección del Derecho puede ser declarado radicalmente nulo por el Derecho español por ausencia de uno de sus elementos esenciales (art. 1261 Cc), por ilicitud del objeto (art. 1271 Cc) o por ilicitud de la causa (art. 1275 Cc). No parece problemático impugnar el acuerdo

⁸⁰ A. M. Morales Moreno, en *Comentarios al Código civil...*, op. cit., t. XVII, vol.1 B, Madrid, Eder-sa, 2004, Art. 1269 y 1279, p. 5.

⁸¹ *Ibid.*, p. 11.

⁸² W. Wengler, op. cit., pp. 211 ss.

de elección del Derecho obtenido con violencia. Por otro lado, los límites de la autonomía de la voluntad contractual recogidos en el art. 1255 Cc también deberían regir en el ámbito de la autonomía conflictual. No puede concebirse pues, en principio, una elección del Derecho sometida a Derecho español que sea contraria a la ley, a la moral ni al orden público, ya que un negocio de estas características presentaría una causa ilícita. Sin embargo, la legalidad de la elección del Derecho viene determinada por el art. 3 RR I, del que se deduce que el acuerdo de elección del Derecho puede tener por objeto cualquier ordenamiento estatal, con independencia de la relación que éste pueda guardar con el supuesto que se pretende regular. Por lo que respecta a la moralidad, no pueden acudir a las normas estatales para determinarla si es que la elección del Derecho está sometida a un Derecho extranjero, ya que dichas normas no son internacionalmente imperativas⁸³. La eventual aplicación de la excepción de orden público, que determina la no aplicación de las normas de Derecho extranjero no conformes con los principios y valores fundamentales de nuestro ordenamiento, no afecta en absoluto a la validez del acuerdo de elección del Derecho.

Parecidas conclusiones afloran con respecto al fraude de ley⁸⁴ como aparece en el art. 6.3º Cc, que también presupone una causa ilícita. Naturalmente en este contexto no se hace referencia a la manipulación del supuesto de hecho de la norma de conflicto para conseguir la aplicación de un Derecho determinado, sino al recurso a la autonomía conflictual para evitar la aplicación de determinadas normas imperativas. La imposibilidad de este tipo de fraude de ley se puede justificar muy fácilmente si se tiene en cuenta que precisamente una de las finalidades de la elección del Derecho es evitar la aplicación del ordenamiento designado por la norma de conflicto incluyendo sus normas imperativas, y que además el DIPr normalmente contiene, como ocurre con el art. 9 RR I, una referencia expresa a la aplicación de determinadas normas internacionalmente imperativas tanto del foro como de terceros Estados. Con este artículo se considera suficientemente garantizada la aplicación en todo caso de determinadas normas cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, y que actuar en el marco de la libertad restante para conseguir finalidades particulares no puede ser en ningún caso constitutivo de fraude⁸⁵. Cuestión distinta es determinar qué intereses privados podrían ser dignos de ser perseguidos internacionalmente. Con ello se hace referencia al tema de la posible consideración como normas imperativas de

⁸³ Esto fue puesto de relieve por el BGH en su sentencia sobre los contratos de time sharing, en la que se negó la posibilidad de aplicar el § 138 BGB, *cf.* Sentencia del BGH de 19.03.1997 – VIII ZR 316/96 (Celle), *NJW*, 1997, p. 1697.

⁸⁴ *Cf.* F. Gamillscheg, *op. cit.*, p. 308

⁸⁵ H. Stoll, *op. cit.*, p. 442; En contra A. Spickhoff, en H. G. Bamberger y H. Roth (coords.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, 2008, Art. 27 EGBGB Rn. 53.

determinadas normas de Derecho privado cuya función es proteger a una de las partes contractuales⁸⁶.

5. Conclusión sobre la relevancia del fracaso de la elección del Derecho

Según la opinión expuesta más arriba, el TJCE tendría que abordar el examen del Derecho elegido por las partes cuando al menos una de ellas no pudo evitar en realidad su aplicación. En esta línea se ha llegado a argumentar que precisamente la aplicación de una norma material contraria al Derecho comunitario puede ser indicio de desequilibrios en la información de que disponían las partes y de una elección del Derecho intransparente⁸⁷. El ejercicio de la autonomía conflictual viene condicionado por la diversidad de los ordenamientos, lo que genera costes de averiguación del Derecho extranjero. Las partes deciden hasta qué punto están dispuestas a informarse sobre el contenido del Derecho elegido o elegible, y asumen proporcionalmente el riesgo de la no consecución de las finalidades que se habían propuesto. Esto llega al punto de que en la práctica a menudo las partes no sienten la necesidad de informarse sobre cuál es el ordenamiento más idóneo para regir sus obligaciones contractuales y la cuestión del Derecho aplicable es simplemente ignorada en gran número de contratos⁸⁸. En teoría esto puede venir causado por una renuncia consciente al ejercicio de la libertad de elección del Derecho o simplemente porque —como ocurre también tantas veces en los contratos meramente internos— en el momento de la conclusión del contrato las partes no han contado con litigios posteriores y por tanto no se han preocupado especialmente ni de la cuestión del Derecho aplicable ni de otras cuestiones jurídicas igualmente relevantes⁸⁹. Existe por tanto una deficiente valoración de la relevancia de la libertad de elección del Derecho aplicable, dejándose las puertas abiertas a la aplicación del Derecho dispositivo. En muchos casos al prestador característico le va a interesar la aplicación de su propio Derecho y no va a tener ninguna prisa en poner sobre aviso a su cliente de la posibilidad de elegir el Derecho aplicable. Tampoco existen alicientes para concluir un acuerdo de elección del Derecho cuando no existen ordenamientos más liberales⁹⁰, o cuando no compensa económicamente⁹¹. Por todo ello se planteó también la cuestión si para negar el control de la conformidad con el Derecho comunita-

⁸⁶ Cf. D. Martiny, *op. cit.*, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 15 s.

⁸⁷ A. Tassikas, *op. cit.*, p. 52.

⁸⁸ J. Basedow, "Über Privatrechtsvereinheitlichung und Marktintegration", en U. Immenga/ W. Möschel, (coords.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 347–363, esp. p. 357.

⁸⁹ Por el contrario no puede partirse de la base de que las partes ignoran la posibilidad de elegir el derecho, cf. F. Gamillscheg, *op. cit.*, p. 317.

⁹⁰ P. von Willmowsky, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1996, p. 40.

⁹¹ U. Höpping, *Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 1997, p. 233.

rio es necesaria una renuncia consciente a la posibilidad de elegir el Derecho y la prueba de la concreta aceptación de la aplicación de la conexión objetiva.⁹²

La exposición del actual marco legal de la admisibilidad y la validez del negocio jurídico de elección del Derecho han puesto sin embargo claramente de relieve que la elección del Derecho comporta por regla general la asunción de los costes derivados de la deficiente información sobre el ordenamiento elegido. El principio *pacta sunt servanda* exige que las partes se atiendan a lo pactado, aunque luego el resultado de dicho pacto no sea el esperado. El riesgo de una elección deficiente del Derecho también se soporta, en parte, cuando existe una parte débil o, lo que es lo mismo, un desequilibrio de información. La respuesta a estas situaciones pasa, en el plano conflictual, por limitar la admisibilidad de la elección del Derecho a determinados ordenamientos o por establecer un *Günstigkeitsprinzip*. En el primero de los casos, las partes continúan teniendo la responsabilidad de informarse sobre el contenido de los ordenamientos elegibles. Al ser su número reducido y al tratarse de ordenamientos que se presume que guardan alguna relación con el negocio, el riesgo de la elección de un ordenamiento poco adecuado se reduce de forma tangible. En el segundo supuesto, el la garantía del respeto como mínimo del nivel de protección ofrecido por las normas imperativas del Estado de residencia habitual del consumidor, tiene como consecuencia la total desaparición del riesgo resultante para el consumidor de la deficiente o nula información sobre el ordenamiento elegido. Como mucho puede apuntarse la eventual necesidad de realizar una trabajosa comparación de los niveles de protección ofrecidos, respectivamente, por el ordenamiento elegido y por el ordenamiento del Estado de residencia habitual del consumidor. En este supuesto, es el empresario quien tiene que esforzarse en encontrar un ordenamiento al que pueda someter todos sus contratos. En el plano material, también la identificación de cláusulas abusivas que deben ser en todo caso declaradas nulas es un reconocimiento del desequilibrio existente entre las partes, rebajándose el nivel de exigencia en cuanto al nivel de conocimiento sobre el contenido contractual que debe procurarse la parte débil.

La protección de las partes contractuales frente a la imposición de un ordenamiento cuando no se puede presumir la existencia de una parte débil se articula únicamente a través de la doctrina del negocio jurídico, que en Derecho español reconoce la relevancia del error individual en los motivos cuando es causado o no corregido por la otra parte. Ésta deberá cargar entonces con las consecuencias del error, consistentes en la anulación del acuerdo de elección del Derecho. Pero esto no significa que las partes no tengan que cargar con las consecuencias de la aplicación subsiguiente de la conexión objetiva, ya que éstas continúan estando en el

⁹² O. Langner, "Das Kaufrecht auf dem Prüfstand der Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages", *RabelsZ*, 65, 2001, pp. 222-244, p. 227.

ejercicio de su autonomía conflictual y también pueden elegir *a posteriori* otro Derecho aplicable. Sin embargo, una impugnación antes los tribunales ordinarios del acuerdo de elección del Derecho sobre la base de que el Derecho elegido es contrario al Derecho comunitario no es posible si el TJCE de todos modos no va a controlar el Derecho internacionalmente dispositivo, y no sería necesaria en caso contrario, ya que la norma en cuestión podría ser simplemente declarada nula por el TJCE. Entonces, teniendo en cuenta la doctrina del TJCE, sólo sería posible la impugnación del acuerdo de elección del Derecho que no se basase en la (hipotética) falta de conformidad de la norma con un artículo concreto del TFUE sino en los concretos efectos negativos de la aplicación de las normas del ordenamiento escogido, lo que daría lugar a un control de la excusabilidad de dicho error.

En contra de la postura según la cual el Derecho contrario al Derecho comunitario cuya aplicación es fruto de la autonomía conflictual tendría que ser controlado en caso de fracaso de la elección del Derecho habla además la especial naturaleza de las libertades fundamentales. Éstas no pueden equipararse bajo ningún punto de vista a los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones nacionales, puesto que persiguen finalidades totalmente distintas: si en Derecho alemán el control por parte de la Constitución del Derecho dispositivo se explica por la garantía explícita de la libertad individual de actuar en el tráfico jurídico (*individuelle Handlungsfreiheit*), las libertades fundamentales no protegen a los intervinientes en la transacción, sino a la transacción propiamente dicha. Es por ello que por ejemplo la protección del consumidor a través del Derecho de los contratos necesita de una justificación desde el punto de vista de las libertades fundamentales⁹³. Por tanto, lo decisivo no es si una norma se aplicó o no mediando la voluntad de las partes, sino tan sólo si éstas tuvieron la posibilidad de decidir sobre su aplicación.⁹⁴

IV. Autonomía conflictual como excepción al control de la conformidad con las libertades fundamentales

1. Dificultades de su puesta en práctica

La doctrina establecida en *Alsthom Atlantique* podría dar lugar a soluciones incoherentes si en el RR I hubiese excluido la autonomía conflictual para algún tipo concreto de obligación contractual. Esto ocurre solamente en el art. 7.4º b), en el que se permite a los Estados miembros determinar que el Derecho aplicable

⁹³ P. von Wilmowsky, *op. cit.*, pp. 42 ss.

⁹⁴ T. Körber, *op. cit.*, p. 413 ss, esp. pp. 417 ss; S. Grundmann, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, Berlín, de Gruyter, 1999, p. 53, Rn. 69. Sobre la diferencia entre derechos fundamentales en las constituciones nacionales y libertades fundamentales en los Tratados cf. P.O. Mühlert, "Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt", *ZHR*, 159, 1995, pp. 2-33, esp. p. 8.

al contrato de seguro obligatorio va a ser el del Estado que estableció la obligación. Si fuese aplicable la norma estatal exceptuando en este punto la autonomía conflictual, podrían verse sometidos a control por el TJCE preceptos que en otro contexto se hubiesen considerado irrelevantes por ser su aplicación fruto de una elección del Derecho. En todos los demás supuestos, la mera concesión de autonomía conflictual, aunque sea limitada, tiene como consecuencia que la norma en cuestión escapa del control del TJCE. No se estaría privilegiando por tanto por regla general a aquellos Estados miembros con un menor espacio para la autonomía conflictual. Sin embargo, la existencia de autonomía conflictual limitada a unos pocos ordenamientos sí plantea problemas: si por ejemplo para la regulación del seguro de vida las partes pueden escoger entre el Derecho del lugar de situación del riesgo y el Derecho del Estado del que sea nacional (art. 7.3º.c RR I) y ambos ordenamientos contienen normas imperativas contrarias al Derecho comunitario, las partes solamente podrán evitar la aplicación de dichas normas del ordenamiento escogido mediante una elección parcial del Derecho⁹⁵, pero no tienen alternativa cuando dichas normas regulen el mismo supuesto. Tampoco la aplicación del *Günstigkeitsprinzip* supone que el Tribunal pueda entrar a decidir sobre la conformidad con el Derecho comunitario de aquellas normas del Estado de residencia habitual del consumidor cuya aplicación no pueda excusarse mediante acuerdo, ya que en realidad la aplicación de estas normas pudo ser evitada con la elección de un Derecho que contemplase un mayor nivel de protección.

En contra de la utilización de la autonomía conflictual como atajo en el control de la conformidad con las libertades fundamentales se ha aducido también que las consecuencias de una elección del Derecho no se limitan a las partes contratantes, sino que pueden afectar también a terceros⁹⁶. Desde luego parece incorrecto que éstos tengan que sufrir las consecuencias de la aplicación de una norma contraria a una libertad fundamental, pero parece que en este caso debe resolverse hasta qué punto sus propias libertades se han visto afectadas⁹⁷.

2. Ausencia de control de la conexión objetiva

La aplicación de la norma estableciendo una conexión objetiva a falta de elección de Derecho es también una manifestación de la autonomía conflictual. Las partes pueden optar libremente por la aplicación de una conexión objetiva con efectos limitativos de una libertad fundamental⁹⁸, y esta opción debe valorarse

⁹⁵ Parecido C. U. Schmid, *op. cit.*, 2010, p. 417.

⁹⁶ P. von Willmowsky, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, 1996, p. 41; A. Tassikas, *op. cit.*, p. 60 ss; Ch. Wendehorst, en Langenbucher (coord.), *op. cit.*, p. 408, Rn. 84; C. U. Schmid, *op. cit.*, p. 471.

⁹⁷ O. Remien, *op. cit.*, p. 189.

⁹⁸ Cf. en general sobre la posibilidad de las normas de conflicto de atentar contra el derecho comunitario por ejemplo T. Körber, *op. cit.*, pp. 432 ss; H.-J. Sonnenberger, "Europarecht und internationale

exactamente del mismo modo que la elección de un ordenamiento que contiene normas contrarias al Derecho comunitario. Lo decisivo según lo dicho más arriba es que las partes han tenido la posibilidad de intervenir en el mercado de acuerdo con su voluntad. Así, puede darse el caso que en una elección implícita el Derecho escogido luego no pueda deducirse de forma inequívoca de las disposiciones del contrato o de las circunstancias del caso, o que dicho acuerdo luego sea declarado radicalmente nulo. Como ya ha quedado claro, la existencia de vicios de la voluntad o el fracaso por otras causas del ejercicio de la autonomía conflictual es irrelevante desde el punto de vista del Derecho comunitario. Sin embargo podría alegarse en todo caso a favor de un control de la conexión objetiva que su aplicación no siempre se va a evitar completamente con un acuerdo de elección del Derecho⁹⁹. No obstante, la alusión a una elección del Derecho *a posteriori*, que tiene efectos retroactivos pero que ha tenido como consecuencia la aplicación interina de la conexión objetiva no sirve para afirmar la necesidad de controlar la misma, puesto que al final un posible litigio se acabaría dirimiendo según el Derecho pactado por las partes. Por otro lado, si se produce una elección parcial del Derecho la aplicación de la conexión objetiva para determinadas cuestiones del contrato es querida por las partes. Un control de la conexión objetiva teniendo en cuenta su cualidad de norma dispositiva debe negarse además atendiendo a las reflexiones siguientes.

3 ¿Debe controlarse el Derecho material dispositivo?

Al contrario de lo que ocurre con la conexión objetiva, la aplicación del Derecho material dispositivo raras veces podrá ser totalmente evitada pese a la voluntad de las partes. Esto se aplica por ejemplo con especial intensidad para los contratos de seguro, ya que éstos exigen siempre, simplemente por razones de eficiencia, una remisión al Derecho dispositivo. Y precisamente la mayor eficiencia del contenido contractual y la resultante mayor eficiencia del tráfico económico son uno de los objetivos del legislador a la hora de redactar Derecho dispositivo¹⁰⁰. Sin embargo, a diferencia del legislador las partes son libres de configurar sus relaciones contractuales de forma que les beneficien o que les perjudiquen. De todos modos el Derecho dispositivo ejerce una función orientativa (*Leitbildfunktion*) al recurrirse a él en tanto que expresión de los ideales de justicia del legislador como estándar para el control judicial de los contratos¹⁰¹.

Privatrecht", *ZVglRWiss*, 95 1996, pp. 3–47; W.-H. Roth, "Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht", *RabelsZ*, 55, 1991, pp. 623–671.

⁹⁹ A. Tassikas, *op. cit.*, pp. 36, 39 ss y 55.

¹⁰⁰ D. Medicus, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht", *AcP*, 192, 1992, pp. 35–70, esp. p. 47; M. Hesselink, "Non-Mandatory Rules in European Contract Law", *ERCL* 1/2005, p. 46.

¹⁰¹ Cf. por ejemplo T. Körber, *op. cit.*, p. 412; M. Hesselink, *ERCL* 1/2005, p. 58; J. Fetsch, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2002, p. 130, Fn. 24.

Además de estos argumentos, a favor de un control del Derecho dispositivo desde el punto de vista de las libertades fundamentales se ha alegado que su contenido influye indirectamente en el resultado de las negociaciones en la contratación internacional. Las partes actúan “a la sombra de la ley” y toman en consideración el contenido del Derecho dispositivo extranjero como base para sus negociaciones. El Derecho propio, si es más estricto, actuaría pues como una desventaja competencial¹⁰². Sin embargo, con estas consideraciones no se puede justificar un control del Derecho dispositivo porque la desventaja a la hora de negociar se debe única y exclusivamente a la pluralidad de los ordenamientos, presupuesto del que parten tanto el DIPr como el Derecho comunitario. Con igual razón se pueden considerar irrelevantes los mayores costes resultantes de la información sobre el Derecho dispositivo¹⁰³ así como la necesidad de derogar mediante convenio las normas dispositivas poco convenientes del ordenamiento aplicable¹⁰⁴. El recurso a un ordenamiento más estricto podría según como ser considerado incluso una ventaja competencial, al ofrecer un mayor nivel de protección¹⁰⁵. Igualmente irrelevante es el hecho de que la ausencia de consenso sobre el Derecho aplicable pueda tener como consecuencia el fracaso de las negociaciones¹⁰⁶. La responsabilidad por el resultado de la propia configuración de las relaciones jurídicas es consecuencia necesaria de la autonomía de la voluntad¹⁰⁷.

También se ha dicho que el Derecho dispositivo debería equipararse al Derecho imperativo porque debido a su puesta a disposición por parte del Estado como medio probado para la reducción de costes en la negociación y para garantizar la equidad¹⁰⁸, las partes confían en su aplicación en lugar de pactar una solución determinada en el contrato¹⁰⁹. Al igual que como se ha dicho más arriba al hablar de la elección del Derecho, se podría abogar por condicionar el control del Derecho dispositivo por parte del TJCE a la existencia de una concreta aceptación de la aplicación del Derecho dispositivo. Esto presupondría el conocimiento de la norma y de su carácter dispositivo, y que ambas partes estuvieran de acuerdo con su derogación. En caso contrario las normas dispositivas estarían actuando en realidad como Derecho imperativo. Esto sería especialmente cierto cuando la aplicación de las normas legales fuese el resultado de un desequilibrio informativo o en el poder de negociación. Frente a ello se ha alegado lo mismo

¹⁰² J. Basedow, *loc. cit.*, p. 355.

¹⁰³ K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 98.

¹⁰⁴ C. Herresthal, en Langenbucher (coord.), *op. cit.*, p. 81, Rn. 62; p. 82, Rn. 65; K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 98; J. Fetsch, *op. cit.*, p. 129.

¹⁰⁵ T. Körber, *op. cit.*, p. 418.

¹⁰⁶ O. Lagner, *RabelsZ*, 65, 2001, p. 230. En contra O. Remien, *op. cit.*, p. 188.

¹⁰⁷ En el mismo sentido K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 98.

¹⁰⁸ Parecido M. Hesselink, *ERCL* 1/2005, p. 51.

¹⁰⁹ E. Steindorff, *EG-Vertrag und Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 78 ss.

que ya se ha expuesto más arriba: que las partes deben cargar con los costes de sus decisiones sobre la configuración de sus relaciones jurídicas y que las libertades fundamentales no están para proteger la libre formación de la voluntad, sino la propia transacción.

Por último se ha alegado a favor de un control del Derecho dispositivo que las libertades fundamentales pueden en determinados casos tener efectos entre particulares. Si incluso los pactos fruto de la autonomía de la voluntad pueden estar sometidos al Derecho comunitario, con más razón lo estarán normas legales, aunque se puedan derogar por pacto¹¹⁰. Un ejemplo de ello se quiere encontrar en la sentencia del TJCE *Haug-Adrion*¹¹¹, donde las condiciones generales de una empresa aseguradora de Frankfurt se consideraron discriminatorias. Sin embargo no está claro que el TJCE quiera someter a todas las expresiones de la autonomía privada al control de las libertades fundamentales, ya que hasta ahora éste ha sido el caso solamente para medidas de asociaciones privadas o para condiciones generales autorizadas por el Estado¹¹². Una eficacia directa de las libertades fundamentales podría sin embargo incluso atentar contra la autonomía privada¹¹³, lo que aconseja que se les reconozca solamente una eficacia indirecta, aun cuando ello no sea la solución más efectiva¹¹⁴. Como consecuencia éstas no funcionan en el tráfico privado como normas prohibitivas, sino como una normas de mínimos para los Estados, que simplemente deben garantizarlas con sus medidas legislativas. Siguiendo esta teoría, en la sentencia *Haug-Adrion* se tenía que haber puesto el acento menos en el carácter contractual del acuerdo y más en el deficiente control de las condiciones generales de la póliza por parte de la autoridad estatal, el cual tuvo lugar en base al Derecho dispositivo. Con independencia de que en la segunda generación de Directivas del seguro haya desaparecido el control previo de las condiciones generales, si el Derecho dispositivo se utiliza para realizar el control de contenido de las mismas debe estar en conformidad con las libertades fundamentales¹¹⁵.

En conclusión, parece que los mejores argumentos hablan a favor de la falta de necesidad, en general, de un control del Derecho dispositivo. Es cierto que se podría legítimamente argumentar que al legislador tendría que estarle prohibida

¹¹⁰ C. U. Schmid, *op. cit.*, pp. 472 y 532.

¹¹¹ STJCE, as. 251/83: *Haug-Adrion v. Frankfurter Versicherungs-AG*, Rec. 1984, p. 4277.

¹¹² S. Leible, *Wege zu einem europäischen Privatrecht*, pp. 62 ss.

¹¹³ K. Riesenhuber, *op. cit.*, p. 115.

¹¹⁴ Cf. ampliamente S. Leible, *Wege zu einem europäischen Privatrecht*, pp. 63 ss; K. Riesenhuber, *op. cit.*, pp. 103 ss.

¹¹⁵ Cf. T. Körber, *op. cit.*, p. 648; J. Fetsch, *op. cit.*, p. 130; W.-H. Roth, en H. Honsell (coord.), *Berliner Kommentar VVG*, 1999, p. 2404, Rn. 44; A. Tassikas, *op. cit.*, p. 110; C. U. Schmid, *op. cit.*, p. 471. Cf. sin embargo sobre el control de contenido en base al derecho dispositivo J. Cziupka, *Dispositives Vertragsrecht. Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2010, pp. 230-256.

la creación de normas dispositivas que completasen los pactos de las partes de forma contraria al Derecho comunitario¹¹⁶. Pero el carácter dispositivo de las normas es argumento suficiente para desistir de un control aún cuando el contratante extranjero tenga un especial interés en la derogación de dichas normas porque de otro modo la exportación de su bien o servicio se ve entorpecida o porque le ponen en peor situación que su propio Derecho. Ello es así porque el Derecho dispositivo no es obstáculo para una configuración unitaria de los contratos pese a la aplicación de un Derecho extranjero, sino que es simplemente un elemento a tener en cuenta del mercado en el que se interviene y una consecuencia de la pluralidad de los ordenamientos¹¹⁷.

4. Conveniencia del traslado del control de la conformidad con el Derecho comunitario del TJCE a los intervinientes en el tráfico jurídico

Visto esto cabría preguntarse si, a diferencia del Derecho material dispositivo, las normas imperativas que no tienen el carácter de leyes de policía deberían ser objeto de control. Los celos que genera la afirmación realizada en *Alsthom Atlantique* no pueden ser contrarrestados afirmando simplemente que la mayoría de conflictos con el Derecho comunitario se generan con normas imperativas que persiguen finalidades públicas, y que por tanto muy probablemente son leyes de policía¹¹⁸. Las normas imperativas parecen incluso especialmente apropiadas para ocasionar limitaciones de las libertades fundamentales, especialmente a través de una doble regulación¹¹⁹. Sin embargo el miedo a que los Estados dicten libremente normas contrarias al Derecho comunitario¹²⁰ no pesa tanto como la preocupación por mantener la sistemática interna de los distintos ordenamientos (privados)¹²¹. En la sentencia *Keck* ya se puso de relieve que el TJCE no tiene reparos a la hora de excluir determinados tipos de normas sin implicaciones para el acceso al mercado interior del ámbito de su análisis, aunque también debe tenerse en cuenta que la mayoría de normas sobre modalidades de venta tienen carácter dispositivo. Por otro lado, si las partes gozaron de autonomía conflictual normas reguladoras de las características del producto no van a someterse a un control de conformidad.

Si la afirmación realizada en *Alsthom Atlantique* se considerase efectivamente una transmisión consciente de la responsabilidad del control sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario a los intervinientes en el mercado, la elección de un ordenamiento determinado tendría como consecuencia la asunción de to-

¹¹⁶ O. Langner, *RabelsZ*, 65, 2001, p. 228.

¹¹⁷ C. Herresthal, en Langenbucher (coord.), *op. cit.*, pp. 82 ss.

¹¹⁸ Cf. no obstante C. U. Schmid, *op. cit.*, p. 472.

¹¹⁹ K. Franzen, *op. cit.*, pp. 146 ss; C. Herrestahl, en Langenbucher (coord.), *op. cit.*, p. 83, Rn. 67.

¹²⁰ C. Herresthal, en Langenbucher (coord.), *op. cit.*, pp. 84 ss, Rn. 70.

¹²¹ P. O. Mühlert, *ZHR* 159 1995, p. 7.

dos los posibles obstáculos para el acceso al mercado que su aplicación podría comportar. La cuestión central es aquí sin embargo si puede esperarse de las partes contractuales que no solamente asuman el riesgo de la elección de un Derecho cuyo contenido no les permite conseguir las finalidades que se habían propuesto sino también el riesgo de una legislación deficiente de los Estados miembros. La norma francesa sobre responsabilidad por vicios ocultos que fue declarada como no limitativa por ser internacionalmente dispositiva no cambia por ese motivo su contenido. Las consecuencias negativas de la aplicación de la norma no desaparecen del mapa, pero sin embargo no va a recibir atención por parte del TJCE. Está claro que la mayoría de intervinientes en el mercado no son conscientes de que la autonomía conflictual que les viene dada por las normas de DIPr de la *lex fori* desplaza un control del TJCE. Hemos visto que en la elección del Derecho las partes asumen en principio el riesgo de su deficiente información sobre el contenido del Derecho elegido. Después de *Alsthom Atlantique*, el análisis debe extenderse también a la compatibilidad con el Derecho comunitario, cuestión que a veces es de difícil solución. Las soluciones previstas por el Derecho dispositivo se derogan mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, para derogar una norma imperativa las partes tienen que realizar una elección del Derecho total o parcial y analizar el contenido de otros ordenamientos en búsqueda de soluciones legales adecuadas. Puede pasar incluso que un supuesto que en un ordenamiento esté regulado con Derecho imperativo lo esté con normas dispositivas en un Derecho extranjero. Ello representa costes y riesgos adicionales para las partes, de los cuales no son conscientes y que, en caso de conocerlos, solamente asumirán si les compensa hacerlo¹²².

Sin embargo, el argumento decisivo a favor de un control judicial del Derecho internacionalmente dispositivo es su carácter estatal. Parece por lo menos poco probable que un Tribunal Constitucional supeditase el control de normas de su propio ordenamiento a que la aplicación de las mismas no fuese consecuencia del ejercicio de la libertad de elección del Derecho (y menos aún si resultase de la aplicación de una conexión objetiva, aunque como ya se ha visto en esencia se está ante el mismo supuesto). El legislador no se libera de su vinculación a la Constitución porque las partes hayan ejercido su autonomía conflictual¹²³. No consigue entenderse por qué tendría que valer otra solución en el ámbito del control de la conformidad con el Derecho comunitario, sobre todo si se tiene en cuenta que esta cuestión será normalmente litigiosa y que las mismas decisiones del TJCE llegan a menudo a resultados discutibles. Por explicarlo con una comparación, ninguna ley civil imaginable negaría la responsabilidad de un fabrican-

¹²² Parecido C. Herrestahl, en Langenbucher (coord.), *op. cit.*, p. 83, Rn. 67.

¹²³ Con parecidos razonamientos sobre la capacidad del Derecho dispositivo de constituir una limitación de las libertades fundamentales P. von Willmowsky, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, p. 41.

te con la excusa de que en una economía de mercado el cliente hubiese tenido la posibilidad de escoger el producto de la competencia que se encontraba en el mismo estante. El cliente ha de poder confiar en la seguridad de los productos existentes en el mercado, y ello con independencia de si puede escoger entre varios o de si vive en el comunismo. Debe cargar con las consecuencias de la elección de un producto que no se adecua a sus expectativas, pero no de un producto defectuoso. Esta misma reflexión resulta aplicable a la cuestión de la libertad de elección del Derecho en el mercado interior: las partes pueden desde luego recurrir siempre a otro ordenamiento como solución para evitar la aplicación de una norma que consideran contraria al Derecho comunitario, pero no deberían estar obligadas a hacerlo siempre ya que de otro modo se quedan sin protección¹²⁴. Es por ello que podría considerarse inadecuado hacer depender el control de conformidad con el Derecho comunitario de la configuración de la autonomía conflictual¹²⁵, que debe ciertamente potenciarse, pero no convertirse en el elemento que justifica la no sujeción de las normas imperativas nacionales a las libertades fundamentales.

Pero, ¿puede relacionarse el carácter internacionalmente dispositivo con la ausencia de control? Un control de las normas de Derecho privado que no son normas de policía podría erosionar de modo irreversible los sistemas nacionales de Derecho privado. El carácter de materialmente dispositiva de una norma es inmutable y por tanto se puede considerar una cualidad intrínseca de la misma que justifica su irrelevancia para el acceso al mercado interior. El carácter de internacionalmente dispositiva de una norma depende sin embargo de cómo se delimitan los límites de la autonomía conflictual. En el contexto del Reglamento Roma I se delimita la autonomía conflictual para proteger a la parte débil, pero con la excepción (eventual) del seguro obligatorio no se llega a excluir totalmente. Por tanto el carácter de internacionalmente dispositiva de una norma es casi inmutable, es decir, se da con independencia del supuesto internacional en el que se aplique dicha norma. La mera existencia de autonomía conflictual, limitada o no, sirve pues para declarar irrelevante el contenido de normas materialmente imperativas. El carácter de internacionalmente dispositiva de una norma podría por tanto asimilarse a una característica intrínseca, lo que equivaldría a dar luz verde al legislador nacional para dictar normas imperativas contrarias al Derecho comunitario, siempre que no fuesen normas de policía. La limitación de la autonomía conflictual obedece sin embargo a situaciones de desequilibrio entre las partes contractuales, situaciones que han sido debidamente tipificadas (consumidores, transporte, seguros). Con esta limitación se asegura que una parte no im-

¹²⁴ Esta postura se considera sin embargo demasiado formalista, cf. T. Körber, *op. cit.*, pp. 413 ss.

¹²⁵ En el mismo sentido, C. Herresthal, en Langenbucher (coord.), *op. cit.*, p. 84, Rn. 68; C.U. Schmid, *op. cit.*, p. 471.

ponga a la otra un Derecho que le perjudica, pero no que la parte débil esté en condiciones de valorar la conformidad con el Derecho comunitario de las alternativas de que dispone.

V. Resumen y conclusiones

La admisión de la autonomía conflictual como obstáculo para la apreciación de una posible limitación de las libertades fundamentales, apuntada hasta ahora sólo de forma poco explícita por el TJCE, plantea la cuestión de hasta qué punto es razonable introducir en el mercado un nuevo factor de riesgo —el carácter limitativo de una norma para el acceso al mercado— de cuya asunción las partes no son conscientes y cuya ignorancia es de facto automáticamente inexcusable. Con ello se deja el control de la conformidad del Derecho privado con el Derecho comunitario en las manos de los intervinientes en el mercado y no de los Estados miembros, lo que contrasta con la vinculación de los legisladores nacionales a los Tratados.

La regulación de la admisibilidad y la validez del acuerdo de elección del Derecho ponen de relieve que la cuestión de la asunción del riesgo de la aplicación de un Derecho extranjero no le es indiferente ni al legislador comunitario ni a los legisladores nacionales, limitándose en determinados supuestos el grado de diligencia a la hora de investigar el contenido de los ordenamientos elegidos en tanto que se limita su número o se establecen estándares de protección mínimos. Pero como ya se ha puesto de relieve, la concreta manifestación de la autonomía de la voluntad no es obstáculo para la aplicación de la doctrina establecida por el TJCE en *Alsthom Atlantique*. A la vista de la actual configuración de la misma en el RR I, puede considerarse que el carácter internacionalmente dispositivo de una norma es una característica intrínseca de la misma, que determina no sólo la irrelevancia de un examen, sino directamente la ausencia general de carácter limitativo. Con ello se salvaguarda la sistemática de los Derechos civiles nacionales, cuya adaptación a las metas de los Tratados a partir de un control jurisdiccional puntual y orientado al caso concreto no parece tampoco el camino a seguir.

EL IDIOMA DEL CONTRATO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Introducción. II. Conocimiento del idioma del contrato entre las partes: 1. Eficacia de las cláusulas atributivas de competencia: A) Contratos entre profesionales; B) Contratos celebrados por consumidores. 2. Eficacia de las cláusulas de elección de la *lex contractus*. 3. Notificación de documentos y actos. III. Conocimiento del idioma del contrato en el mercado: 1. Caracterización del contrato (como celebrado por consumidor). 2. Localización del contrato. IV. Conclusiones.

RESUMEN: Cuando la lengua materna de las partes en un contrato no coincide, se plantea un problema específico: el de elegir el idioma en que desarrollarán sus negociaciones y plasmarán los acuerdos que alcancen. Esta elección suele ser objeto en sí misma de negociación, porque ambas partes preferirán emplear el propio idioma para evitar, con ello, que se introduzca un factor perturbador en la determinación de sus derechos y obligaciones. Se optará, así, por un idioma “neutral” que puedan dominar ambas partes (habitualmente, el inglés), por el idioma de una de ellas, o por que los idiomas de ambas sean empleados en pie de igualdad. De esta forma, las cláusulas idiomáticas se convierten en componentes habituales de los contratos internacionales

Pero el idioma del contrato no sólo constituye un elemento clave para vehicular los conceptos, ni se limita a condicionar la interpretación del contrato. También puede tener repercusiones sobre cuestiones tales como la determinación del idioma del arbitraje, la competencia judicial internacional, la ley aplicable al contrato y las posibilidades de oponerse a la recepción de una notificación.

PALABRAS CLAVE: CONTRATACIÓN INTERNACIONAL — IDIOMA DEL CONTRATO — DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO — COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL — DERECHO APLICABLE.

SUMMARY: *Where the parties to a contract do not share the same mother tongue, an additional question arises. It happens to be necessary to choose the language to be employed within their relationship and to conclude the contract. Each party will try to impose its own language, so as to avoid linguistic risks, and the election will become a matter of negotiation. The parties may agree to use a third*

* La presente contribución se enmarca en el Proyecto de Investigación “Derecho contractual comparado” (DER2010–15753), del que es investigador principal el Dr. Sixto Sánchez Lorenzo.

neutral language (habitually, English), the language of one of them or both. In any case, specific Language Clauses will be needed in order to solve or prevent conflicts.

The language finally chosen will be paramount to manifest the concepts, and it will impinge on the interpretation of the contract. But it might also have some effect on international jurisdiction, the law applicable to the contract and the service of documents and acts.

KEYWORDS: INTERNATIONAL CONTRACTS – LANGUAGE OF THE CONTRACT – PRIVATE INTERNATIONAL LAW – INTERNATIONAL JURISDICTION – LAW APPLICABLE

I. Introducción

1. Un factor de gran relevancia en la contratación internacional es el idioma en que se redacta el contrato y en el que expresan las partes en los contactos previos a la contratación¹, vengan éstos constituidos por negociaciones más o menos complejas, o por una mera oferta que, por cualquier medio, dirige un profesional a otro, o a un mercado en general². El idioma vehicula los conceptos de un modo particular, afecta de modo directo a la interpretación del contrato³ y orienta los métodos de razonamiento empleados por los usuarios de ese determinado idioma⁴. No es de extrañar, por tanto, que la propia elección de la lengua de las negociaciones y del contrato pueda y suele plantear problemas en la práctica: cada una de las partes procurará imponer la propia, cuando no coincidan. La negociación sobre este aspecto en particular puede favorecer la elección de un idioma *neutral* o, en concreto y con frecuencia, del inglés, en su condición de *lingua franca* del comercio internacional, aunque pueda ser extranjero para ambas partes. Elegido el idioma, expresa o tácitamente, se puede acordar que ese idioma sea empleado en exclusiva, o cabe permitir que los documentos se traduzcan a otro u otros. En este último caso, como también ocurre cuando un acuerdo sobre el cambio del idioma obliga a que los documentos redactados hasta la fecha sean traducidos⁵, se aconseja introducir en el contrato una “cláusu-

¹ El idioma de las negociaciones y el del contrato diferirán sólo excepcionalmente: lo normal es que el mismo idioma que se emplea en las negociaciones se use también para la redacción del acuerdo: cf. D. Lamèthe, “Les langues de l’arbitrage international: liberté raisonnée de choix ou contraintes réglementées”, *Journ. dr. int.*, 2007, pp. 1175–1193, esp. pp. 1176 y 1177.

² Por lo general, en la contratación electrónica el idioma del contrato será el empleado en la página web del operador que ofrece sus productos o servicios a través de Internet, cuando la contratación se efectúa a través de esa página (típicamente, cumplimentando los formularios que contiene a tal efecto). No obstante, podría diferir si la respuesta del otro contratante se formula por otros medios, como el correo electrónico, e incluye documentos con estipulaciones (v.gr., sus propias condiciones generales) redactadas una lengua distinta.

³ Cf. D. Mainguy, “Les opérations commerciales du commerce international”, J. Béguin y M. Menjucq (eds.), *Droit du commerce international*, París, Litec, 2005, pp. 303–483, esp. p. 382.

⁴ Al respecto, vid. J.M. Mousseron y P. Mousseron, “La langue du contrat”, *Mélanges Michel Cabri-llac*, París, Litec, 1997, pp. 219–236, esp. pp. 228–229.

⁵ Cambio que declara excepcional (pero podría producirse) D. Lamèthe, “Les langues de l’arbitrage international...”, *loc. cit.*, p. 1176.

la de idioma”. Tal cláusula permitirá aclarar qué versión es la auténtica (si todas ellas por igual, o sólo una) y cuál debe prevalecer en caso de discrepancias⁶. De este modo se despejan las dudas acerca de la oficialidad del idioma elegido para toda la correspondencia, las notificaciones y los encuentros de la partes. Además, esta designación también sirve para, en su caso, determinar el idioma en que ha de desarrollarse el procedimiento arbitral⁷; y para, en la medida en que esta identidad entre el idioma del contrato y el idioma del procedimiento arbitral concorra, negar que exista indefensión, a efectos del reconocimiento del laudo, por diferencias idiomáticas⁸.

2. La libre elección del idioma constituye un principio fundamental en la contratación⁹, aunque está sujeto a excepciones. Algunos ordenamientos jurídicos contienen normas sobre la obligatoriedad del empleo de un idioma determinado, en ocasiones por motivos políticos (fundamentalmente, la defensa de ese idioma, en tanto que factor configurador de la identidad nacional)¹⁰, pero, la mayor parte de las veces, para proteger a uno de los contratantes. Así, el problema conocido como “riesgo del idioma” (*language risk*, *Sprachrisiko*), esto es, la cuestión de quién debe asumir las consecuencias de la incomprensión del contrato o de alguna de sus cláusulas como consecuencia de la diversidad de idiomas que hablan

⁶ Cf. P.A. de Miguel Asensio, “Contratación comercial internacional”, en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª ed., Madrid, Iustel, 2011, pp. 251–350, esp. pp. 281–282.

⁷ Cuando las partes no eligen de común acuerdo la lengua que debe emplearse en el procedimiento (a través de una cláusula específica en el contrato, o una vez surgido el conflicto), es habitual que se considere que tal procedimiento debe desarrollarse en el idioma del contrato, en tanto que idioma que todas las partes comprenden: cf. J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje comercial internacional”, *Derecho de los negocios internacionales*, op. cit., pp. 629–722, esp. pp. 673–674. Para un mayor desarrollo, id., *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 744–747; D. Lamèthe, “Les langues de l’arbitrage international...”, loc. cit., passim;

⁸ Así, indica el TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en su Auto de 27 de enero de 2004 (*Westlaw Aranzadi*, RJ 2004/1572), que “la diferencia idiomática no puede servir per se para esgrimir una supuesta indefensión capaz de enervar el reconocimiento de una resolución extranjera, tanto más cuanto el idioma empelado durante el procedimiento de arbitraje era el mismo que aquél bajo el que se había documentado la relación contractual”.

⁹ Vid. *Cour de Cassation (Ch. Com.)*, Sentencia de 11 de marzo de 1997, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1997, pp. 547–543, p. 539 y nota de H. Gaudemet-Tallon en id, pp. 544–545; y las observaciones de A. Huet en *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 139–143.

¹⁰ Cf. J.M. Mousseron y P. Mousseron, “La langue du contrat”, *Mélanges Michel Cabrillac*, París, Litec, 1997, pp. 219–236, esp. p. 220.

las partes¹¹, suele recibir un tratamiento diferente en función de si el contrato se concluye entre profesionales o alguna de las partes es considerada “débil”¹².

En el primero de los supuestos, con carácter general, la alegación de error por el contratante que desconoce el idioma en que está redactado el contrato se ve contrapuesta a la necesidad de proteger la confianza de la contraparte en el cumplimiento de lo acordado¹³. Lo habitual es que se considere que las partes que firman un contrato están vinculadas por él con independencia de si lo han leído o comprendido¹⁴. Así, cuando un profesional se desplaza de un Estado a otro, donde celebra un contrato en una lengua que no es la propia, sino la del lugar de celebración, es ese profesional extranjero el que debe soportar el riesgo del idioma. Y sólo si al contratante nacional le resulta evidente que el visitante no tiene suficiente conocimiento de su idioma, y no comprende todos los detalles de la discusión o del contrato (u otro documento)¹⁵ que firma, este contratante nacional estaría obligado a asegurarse de que el extranjero comprende, y de traducir, en su caso, los términos que no entienda¹⁶. No obstante, también existiría un uso generalmente aceptado entre los operadores del tráfico internacional, consis-

¹¹ Tomo la definición de H. Koch, “Legal aspects of a language policy for the European Communities: Language risks, equal opportunities and legislating a language”, en F. Coulmas, *A Language Policy for the European Community: prospects and quandaries*, Berlín, de Gruyter, 1996, pp. 147–163, esp. p. 147.

¹² *Ibid.* Vid. también, analizando el problema en contratos celebrados por trabajadores extranjeros (*Gastarbeiter*) y, en el ámbito civil, en relación con contratos bancarios celebrados por extranjeros y condiciones generales, P. Schlechtriem, “Das ‘Sprachrisiko’ – ein neues Problem?”, H. Ehmann, W. Hefermehl y A. Laufs (eds.), *Privatautonomie, Eigentum und Verantwortung. Festgabe für Hermann Weirauer zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 1980, pp. 129–143.

¹³ Vid. al respecto el estudio de Derecho comparado de F. Esteban de la Rosa, “El error como vicio del consentimiento contractual”, S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor, Aranzadi/Civitas, 2009, pp. 189–225, p. 194.

¹⁴ En este sentido, resulta muy ilustrativa la Sent. del Tribunal Federal de los EE UU (11º Circuito) de 29 de junio de 1998, Asunto *MCC– Marbel Ceramic Center, Inc. V. Ceramica Nuova D’Agostino SpA*, <http://cisgw3.law-pace.edu/cases/980629u1.html>: “[Buyer] makes much of the fact that the written order form is entirely in Italian and that [buyer’s president], who signed the contract on [buyer’s] behalf directly below the provision incorporating the terms on the reverse of the form, neither spoke nor read Italian. This fact is of no assistance to [buyer’s] position. We find it nothing short of astounding that an individual purportedly experienced in commercial matters, would sign a contract in a foreign language and expect not to be bound simply because he could not comprehend its terms. We find nothing in the CISG that might counsel this type of reckless behaviour and nothing that signals any retreat from the proposition [under domestic law] that parties who sign contracts will be bound by them regardless of whether they have read them or understood them”.

¹⁵ Así, por ejemplo, la AP Valencia (Sección 9ª) en su Sentencia nº 248/2005 de 27 de mayo, *Wes-tlaw Aranzadi*, JUR 2005/195422, niega valor al (según el comprador) convenio de resolución parcial del contrato que firma en España el representante del vendedor, porque se encuentra redactado en español, y es un idioma que dicho representante desconoce, y porque no consta que fuera asistido por alguien que tradujera el texto del documento a su idioma. Obsérvese que la AP indica que el hecho de que el contrato de compraventa fuese redactado en español no permite presumir su conocimiento por el representante del vendedor, dado que nada se acredita sobre si fue o no traducido.

¹⁶ H. Koch, “Legal aspects...”, *loc. cit.*, p. 149.

tente en entender que, si en el sector comercial en concreto se emplea el inglés o algún otro idioma “internacional”¹⁷, quienes acceden al sector han de estar preparados para ese idioma usual, y no pueden esperar que un contratante se asegure del conocimiento del idioma en concreto por parte del otro¹⁸.

En lo que a los contratos con parte débil respecta, la normativa europea exige, con carácter general, que las cláusulas de un contrato que hayan sido predisuestas por el profesional estén redactadas siempre “de forma clara y comprensible”¹⁹; de lo contrario, serán consideradas abusivas. Por consiguiente, podrán recibir esta calificación las cláusulas redactadas en un idioma que el consumidor no entiende²⁰. Pero además, para ciertos contratos se establece la obligación de que se redacten en una lengua que resulte familiar al consumidor, para asegurar su comprensión²¹. Al margen de esta normativa, legislaciones estatales, como por ejemplo la francesa, disponen el uso obligatorio de idiomas (el francés, en el ejemplo) para otros contratos con parte débil (contratos de trabajo y contratos de seguro)²².

3. El idioma del contrato puede incidir sobre aspectos propios del Derecho internacional privado (DIPr); y es a esa incidencia a la que se dedica este trabajo. Al respecto, se diferenciará entre las repercusiones que puede tener el conocimiento del idioma del contrato entre las partes, y las que derivan del hecho de que el idioma del contrato se conozca en un determinado mercado. En particular, se analizarán ambas cuestiones en relación con las normas reguladoras de la competencia judicial internacional, el Derecho aplicable y la notificación de documentos y actos. No se abordará, sin embargo, otro tipo de problemas vinculados al idioma del contrato, como los que derivan de la aplicación de las normas procesales internas, por más que también puedan condicionar las soluciones de los

¹⁷ Por ejemplo, el inglés se considera *lingua franca* del transporte marítimo internacional, como ponen de manifiesto la *House of Lords* en el Asunto *Compagnie d'Armement Maritime S.A. Appelants v. Compagnie Tunisienne de Navigation S.A Respondents* [1970] 3 WLR 389; y la AP Barcelona (Sección 15ª) en su S 29 de mayo de 1997, *Westlaw Aranzadi*, AC 1997/1137.

¹⁸ *Ibid.*, p. 149.

¹⁹ *Vid.* art. 5 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DO L 95 de 21.4.1993.

²⁰ Y no sólo cabe predicar la ineficacia del contrato, sino de cualquier otro documento relevante. Así, la AP de Valencia (Sección 6ª), en su Sentencia nº 1407/2000, de 12 de enero de 2000, *Westlaw Aranzadi* AC 2000/2709 declara no haber lugar a la impugnación de un laudo dictado por la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad Valenciana, en el que se considera inexistente la garantía entregada por el vendedor, por encontrarse redactada en inglés.

²¹ *Vid.* cdo. 10 Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (DO L 33 de 3.3.2009). Sobre esta regulación, *vid.* más extensamente *infra*, nº 14.

²² *Cf.* J.M. Mousseron y P. Mousseron, “La langue du contrat”, *loc. cit.*, p. 223.

sectores propios de la disciplina. Basta con dejar constancia, en este punto, de que la falta de aportación al proceso de una traducción del contrato al idioma admitido por la normativa procesal podría condicionar la eficacia del documento en general²³, o de determinadas cláusulas contractuales, como las de elección de tribunal o de ley aplicable al contrato, en particular. De hecho, la jurisprudencia española y la francesa cuentan con decisiones en este sentido, señalando la ineficacia de cláusulas atributivas de competencia no traducidas al idioma oficial del foro²⁴.

II. Conocimiento del idioma del contrato entre las partes

1. Eficacia de las cláusulas atributivas de competencia

A) Contratos entre profesionales

4. El art. 23 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil²⁵ (en lo sucesivo, Reglamento Bruselas I o RB I) supedita la eficacia de las cláusulas atributivas de competencia a la existencia de un acuerdo de voluntades²⁶ y a que este acuerdo se manifieste en una determinada forma. Nada indica, sin embargo, acerca del idioma en que puedan o deban redactarse. La inexistencia de restricciones al respecto comporta que el principio de libertad de las partes de elegir idioma para la negociación y conclusión de un contrato en el marco de la contratación internacional se extienda también a las cláusulas de sumisión. De hecho, el TJCE en su día rechazó la posibilidad de que la eficacia de las cláusulas de sumisión se condi-

²³ Así, v.gr., en el proceso civil español se exige traducción a los documentos redactados en idiomas no oficiales en el territorio español correspondiente para conferirles eficacia probatoria (art. 144 LEC). Vid., por ejemplo, rechazando tal valor probatorio de documentos no traducidos: SJPI nº 2 de Carmona, 27 de noviembre de 2008, *Westlaw Aranzadi*, JUR 2011/13703.

²⁴ Vid. SAP Madrid de 4 de enero de 2001, *Westlaw Aranzadi*, AC 2001/1985 y *AEDIPr*, t. 3, 2003, pp. 805–809, con nota de K. Fach; *Cour de Cassation (1^{ère} Civ.)* de 23 de enero de 2008, *Journ. dr. int.*, 2008, pp. 1087–1089, con nota de A. Sinay–Cytermann en pp. 1089–1092. No obstante, en relación con el sistema español, interesa advertir que el TS (Sala Primera, Sección 1ª), en su S 239/2008, de 24 de marzo (*Westlaw Aranzadi* 2008/4059), rechaza que exista la indefensión precisa para admitir un recurso por infracción de normas procesales (el actual art. 144 LEC) en un supuesto en el que la demandante (recurrida) presentó ciertos documentos en italiano, y no se aportó la correspondiente traducción. El tribunal español considera que el demandado (recurrente en casación) no se pronunció sobre el ofrecimiento de la otra parte de traducir los documentos. En un sentido análogo, vid. SAP Sevilla (Sección 5ª) nº 311/2010, de 22 de junio, *ibid.*, JUR 2010/370635 y SAP Madrid (Sección 9ª) nº 279/2009, de 9 de junio, *ibid.*, JUR 2010/293562.

²⁵ DO L 12 de 16.1.2001.

²⁶ El RBI no contiene normas referidas a todos los aspectos tocantes al consentimiento; como, por ejemplo, los vicios, que deberán regirse por la ley estatal aplicable según las normas de DIPr del foro: vid. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Litigación internacional. Derecho procesal civil internacional*, Cizur Menor, Civitas, 2007, p. 285.

cione por parte de una ley estatal a que se encuentren redactadas en un idioma determinado²⁷. No cabe disponer requisitos adicionales a los establecidos en el art. 23 RB I. La problemática en este ámbito está resuelta, por tanto, en lo que respecta a exigencias formales que puedan imponer normas estatales. Pero aún permanece abierta en relación con el riesgo del idioma, que en este contexto se refiere a la posibilidad de que uno de los contratantes alegue no comprender la lengua en que está redactada la cláusula de sumisión, para negar el acuerdo de voluntades que el art. 23 RB I exige²⁸.

Para garantizar la realidad y libertad del consentimiento a la cláusula, en aras de proporcionar la debida protección a las partes²⁹, es preciso garantizar la existencia de acuerdo³⁰. Y a ello se dirige el art. 23 RB I: pretende que, si se dan las condiciones previstas en dicho precepto, los contratantes no puedan alegar el desconocimiento de la cláusula y, por tanto, su falta de consentimiento a la elección de tribunal³¹. La concurrencia del acuerdo de voluntades y la forma en que debe expresarse son, por tanto, elementos estrechamente vinculados, de manera que lo que la cuestión del “riesgo del idioma” plantea es si pueden cobrar autonomía. A este respecto, no arroja dudas la ineficacia de una cláusula sobre la que ha existido acuerdo (por ejemplo, verbalmente), pero no reviste la forma requerida (p.e., no se ha recogido por escrito). Pero sí es más debatido que quepa considerar que no hay acuerdo de voluntades sobre una cláusula que cumple los requisitos de forma del art. 23 RB I, cuando se alega desconocimiento del idioma en que se encuentra redactada. Buena parte de la doctrina se manifiesta a

²⁷ Cf. STJCE 24 de junio de 1981, as. C-150/80: *Elefanten Schuh*.

²⁸ En relación con la interpretación de este precepto en se planteó una cuestión preliminar al TJCE por parte del BGH el 26 de marzo de 1992; pero aquel no se pronunció sobre la cuestión en particular: vid. as. C-288-92: *Custom Made Commercial Ltd. V Stawa Metallbau GMBH*, decidido por S 29 de junio de 1994, *Rec.*, 1994 pp. I-2913-2960.

²⁹ Vid. B. Ancel, “La clause attributive de jurisdiction selon l’article 17 de la Convention de Bruxelles”, *Riv. int. dir. pr. proc.*, 1991, pp. 263-294, esp. pp. 268-269.

³⁰ El propósito de la norma, en efecto, es “*not to impede commercial practice, yet at the same time to cancel out the effects of clauses in contracts which might go unread. Such clauses will therefore be taken into consideration only if they are the subject of an agreement, and this implies the consent of all the parties. Thus, clauses in printed forms for Business correspondence or in invoices will have no legal force if they are not agreed to by the party against whom they operate*”, según indica P. Jenard en su “Informe explicativo” (“Report on the Convention on jurisdiction and the recognition of judgments in commercial and civil matters, signed at Brussels, 27 September 1968”, DO C 59 de 5.3.1979, p. 37).

³¹ “Al subordinar dicha validez a la existencia de un ‘acuerdo’ entre las partes, el art. 17 impone al Juez que conoce del asunto la obligación de examinar, en primer lugar, si la cláusula que le atribuye competencia ha sido, efectivamente, objeto de un consentimiento por ambas partes, que se debe manifestar de manera clara y precisa; que la función de los requisitos de forma exigidos por el art. 17 consiste en garantizar que consta efectivamente que las partes han prestado su consentimiento”. Cf. STJCE 14 de diciembre de 1976, as. 24/76: *Salotti, Rec.*, 1976, pp. 595-601.

favor de esta posibilidad³²; pero el análisis de la jurisprudencia en la materia permite rechazarla con cierta seguridad.

5. A determinados efectos, del idioma del contrato se deduce únicamente un indicio de su conocimiento por las partes (*vid. infra*), pero en lo que respecta a la validez del propio contrato y de sus cláusulas, no debe tener repercusión ninguna que los contratantes aleguen desconocimiento del idioma en el que lo negocian o redactan. La invocación de falta de consentimiento a una cláusula atributiva de competencia por incomprensión del idioma no puede prosperar cuando esa cláusula se encuentra redactada en el mismo idioma que el contrato, ya haya sido negociada individualmente, ya se encuentre incluida entre las condiciones generales de la otra parte³³. Así, la AP de Barcelona, en un supuesto en el que la cláusula de elección de tribunal cumplía con la forma prevista en el apartado a) del art. 23.1º RB I, consideró que “no puede quedar al arbitrio de una de las partes la eficacia de las estipulaciones del contrato mediante la alegación de desconocer el idioma extranjero”³⁴. Por su parte, la *Corte di Cassazione* italiana se ha pronunciado de un modo similar respecto de una cláusula que respondía a los requisitos del apartado b)³⁵. Y –probablemente cumpliendo con la forma prevista en el art. 23.1º.c) RB I–, la AP de Vizcaya también ha advertido que no cabe cuestionar un pacto de sumisión recogido en conocimientos de embarque por estar redactado en un idioma extranjero, cuando esos conocimientos son los documentos que sustentan la acción (y también están redactados en dicho idioma)³⁶.

6. Los supuestos más habituales y problemáticos se presentan, no obstante, cuando se alega desconocimiento del idioma de la cláusula, que es un idioma distinto al del resto del contrato. En la mayor parte de esas situaciones la cláusula

³² En este sentido, H. Gaudemet Tallon en su Nota a *Cour de Cassation (Ch. Com.)*, Sentencia de 11 de marzo de 1997, *loc. cit.*, p. 545; y A. Huet en sus Observaciones a esta resolución, *loc. cit.*, p. 143. También U. Magnus, “Article 23”, en U. Magnus y P. Mankowski (eds.), *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition on Civil and Commercial Matters*, Sellier, Munich, 2007, pp. 366–436, p. 410. Opinan que “los posibles vicios del consentimiento derivados de la ignorancia del idioma y su consideración como excusable o inexcusable deberán ser apreciados por el juez nacional a la luz de las circunstancias de cada caso” (*cf.* M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 288).

³³ *Cf.*, en relación con las condiciones generales, P. de Miguel Asensio, “Contratación comercial internacional”, *loc. cit.*, p. 300. *Vid.*, en la jurisprudencia, *Corte di Cassazione*, Sentencia de 15 de septiembre de 1989, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, pp. 479–482 (contrato y cláusula redactadas en italiano: *vid. esp.* p. 481).

³⁴ Como afirma en este contexto la AP Barcelona (Sección 15ª) en su S 29 de mayo de 1997, *cit.* *Vid.* también afirmando la validez de la cláusula redactada en el mismo idioma del contrato, en la jurisprudencia española, AAP Cantabria (Sección 1ª) nº 188/1999, 24 de noviembre de 1999, *AC* 1999/2341 y *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 888–890, con nota de P. de Miguel Asensio.

³⁵ Sentencia *Corte di Cassazione (Civile Ord.)* nº 10312, 5 de mayo de 2006, disponible en <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/gemdoc2007/pdf/30-u-i-07.pdf>, 16 de marzo de 2011.

³⁶ AAP Vizcaya (Sección 1ª) nº 545/2010, de 29 de junio, *Westlaw Aranzadi JUR* 2010/409014.

la de sumisión forma parte de condiciones generales, y el adherente esgrime que el idioma en que están redactadas no es el empleado en las negociaciones o en el contrato, y es desconocido para él, pero no es descartable que se introduzca una cláusula entre los documentos que constituyen el propio contrato, y esa cláusula esté redactada en una lengua diferente a la de tales documentos. Así, en un supuesto que respondía a esa situación, la *Cour d'appelation* de Grenoble estimó que la cláusula no revestía la forma requerida, por no estar firmada por el comprador, de manera que no cabía entender que concurriese el correspondiente acuerdo de voluntades; pero importa señalar que el órgano jurisdiccional también advirtió sobre la diferencia de idioma de la cláusula y el resto del contrato, como si fuese un elemento que, a mayor abundamiento, contribuyese a su ineficacia³⁷.

7. En lo que respecta a las cláusulas de sumisión contenidas en condiciones generales, interesa insistir en que el régimen de su eficacia viene dispuesto en el propio art. 23.1º RB I, y que no cabe estar a las soluciones proporcionadas por las leyes estatales o las normas internacionales que rijan la incorporación de las condiciones al contrato³⁸, salvo en la medida en que puedan considerarse expresivas de un uso del comercio, a efectos, por tanto, de aplicar el párrafo c) del precepto.

La práctica relativa a la interpretación y aplicación del art. 23.1º RB I permite concluir que la cláusula de sumisión que cumple con el requisito de “forma escrita” a que se refiere el ap. a) es eficaz aunque se encuentre incluida en condiciones generales redactadas en un idioma diferente al de las negociaciones entre las partes. No prospera, por tanto, la alegación de falta de acuerdo por desconocimiento del idioma si dichas condiciones generales se han firmado por ambas partes³⁹, y si es el contrato (redactado en otro idioma) lo firmado por ambas partes, pero incluye una remisión expresa a las condiciones generales⁴⁰. Ciertamente, no faltan supuestos en que los órganos jurisdiccionales atienden al argumento de la diferencia idiomática, pero siempre *ad abundantiam*, cuando la cláusula no responde a la forma requerida⁴¹.

³⁷ *Cour d'Appel* Grenoble de 23 de octubre de 1996, *Journ. dr. int.*, 1998, pp. 125–126, con observaciones de A. Huet. El tribunal niega eficacia a la cláusula redactada en alemán, cuando las negociaciones y el contrato se celebraron en francés. La decisión del tribunal, como se ha indicado, da a entender que el desconocimiento del idioma, alegado por el comprador, incide en la eficacia de la cláusula, pero la cláusula no responde a los requisitos de “forma escrita”, al no encontrarse firmada por el comprador.

³⁸ Al respecto, STJCE 24 de junio de 1981, as. C–150/80: *Elefanten Schuh*, *cit.*

³⁹ *OLG Köln* 24 de mayo de 2006, <http://cisg-online.ch/cisg/urteile/1213.pdf>.

⁴⁰ *Corte di Cassazione (s.u.)*, Sentencia 14 de junio de 1980, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1981, pp. 920–922 y Sentencia de 25 de marzo de 1988, *ibid.*, 1989, pp. 146–149; *OLG Hamm* 6 de diciembre de 2005, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051206g1.html>. En este sentido, *vid. J. Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht Kommentar*, 8ª ed., Frankfurt, Verlag Recht und Wirtschaft, 2005, p. 298.

⁴¹ Por ejemplo, el *OLG Hamm* en su decisión de 6 de diciembre de 2005, *cit.*, entiende que no satisface el requisito de forma escrita la cláusula contenida en las condiciones de venta impresas en el reverso

Existen, además, pronunciamientos contrarios a aceptar el argumento de falta de acuerdo por las diferencias ente el idioma del contrato y el de las condiciones generales cuando la cláusula de sumisión cumple con los requisitos formales del ap. b) del art. 23.1º RB I. Así, la *Cour de Cassation* ha considerado eficaz la cláusula de elección de tribunal contenida en las condiciones generales de venta que la vendedora incluyó en los documentos contractuales a lo largo de años de relación con la compradora, por ser “una forma que se ajusta a los hábitos que las partes tenían establecido entre ellas”, pese a no haberse firmado por ambas y encontrarse redactada en alemán, idioma que la compradora adujo no entender⁴².

Y, por último, también se ha invocado el art. 23.1º.c) RB I para afirmar la eficacia de cláusulas que no respondían a las formas de los apartados precedentes, y se encontraban en un idioma diferente al del contrato. Como es sabido, este apartado permite que las cláusulas revistan una forma conforme a los usos del comercio internacional en el sector, que las partes conocen o deben conocer. Y se entiende que existe un uso cuando los operadores de un determinado sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar un tipo determinado de contratos, de forma tal que puede considerarse una práctica consolidada⁴³. Así, por ejemplo, en el sector del transporte marítimo internacional, se considera que es una práctica habitual y consolidada la inclusión de cláusulas de prórroga de jurisdicción en los conocimientos de embarque⁴⁴, que, además, “lo más habitual y normal” es que estén redactados en inglés⁴⁵. Por su par-

de facturas, cuando no han recibido ninguna confirmación por el comprador y, *además*, están redactadas en un idioma diferente al de las negociaciones. En Francia, un juez de instancia considera que no responde a lo requerido en el precepto una cláusula que, pese a contenerse en un contrato firmado por ambas partes, resulta ilegible, *además* de estar redactada en un idioma (el italiano) diferente al del contrato (francés); pero, resolviendo el correspondiente recurso, la *Cour* advierte que el dato del idioma es superfluo, calificando de errónea su toma en consideración, aunque sea a mayor abundamiento: *vid. Cour de Cassation (Ch. com.)* 27 febrero 1996, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996, pp. 732–734, con Nota de H. Gaudemet Tallon en *id.*, pp. 734–736.

⁴² *Cour de Cassation (1ere Ch. civ.)* en su Sent. de 9 de enero de 1996, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996, pp. 731–732, con nota de H. Gaudemet Tallon en *id.*, pp. 734–736. *Vid.* también *Journ. dr. int.*, 1997, pp. 173–176, con observaciones de A. Huet. El tribunal entiende que cláusula de sumisión (a favor de los tribunales de Hamburgo) es válida, porque se reproduce en todos los documentos que han intercambiado las partes durante los años de relación comercial (que se remonta a 1981); es decir, porque se sitúa en el marco de las relaciones comerciales corrientes entre las partes. Sobre el idioma en particular (alemán), la *Cour* no se pronuncia.

⁴³ M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 288.

⁴⁴ *Vid.*, en la jurisprudencia española, siguiendo la STJCE 20 de febrero de 1997, as. C–106/1995: *MSG*, entre otras, SSAP Pontevedra (Sección 5ª) nº 13/2002, 14 de enero, *Westlaw Aranzadi*, AC 2002/443; 0 AP Valencia nº 220/2000, 18 de octubre de 2000, *ibid.* JUR 2001/24528; AP Barcelona (Sección 15ª) de 20 de septiembre de 1999, *REDI*, 2000, pp. 568–569 y AP Barcelona (Sección 15ª) de 20 de diciembre de 1999, *ibid.*, 2000, pp. 569–572 y *Westlaw Aranzadi* AC 1999/8149, y nota de A. Rodríguez Benot en *id.*, pp. 572–573.

⁴⁵ *Vid.* SAP Pontevedra (Sección 5ª) nº 13/2002, de 14 de enero, *cit.*

te, en el sector de la compraventa de mercaderías, la práctica relativa a la inclusión de condiciones generales en el contrato en el marco del Convenio de Viena de 1980 se considera expresiva de un uso del comercio. En aplicación de los principios subyacentes al art. 8 CV 1980 se estima que se incorporan las condiciones generales aún cuando no están firmadas por ambos contratantes, si el predisponente ha advertido de su existencia, cuando están redactadas en el idioma del contrato⁴⁶, en la lengua del otro contratante, o en un idioma que ese otro contratante conozca⁴⁷, y también cuando están redactadas en otro idioma, siempre que se efectúe una referencia a esas condiciones generales en tales idiomas⁴⁸. Consiguientemente, es eficaz, por su conformidad con este uso, la cláusula contenida en condiciones generales de venta redactadas en un idioma diferente al del contrato, cuando se ha efectuado una referencia a dichas condiciones en el idioma del contrato. A falta de esta referencia, la forma no responde al uso en particular⁴⁹. De esta manera, la cuestión idiomática aquí importa, pero no se desvincula de la forma de expresión del acuerdo. Tal forma, según se ha indicado, consiste en seguir un comportamiento determinado, y este comportamiento abarca el *riesgo del idioma*.

8. A tenor de lo expuesto cabe concluir, en primer lugar, que el conocimiento o desconocimiento del idioma en que se redacta la cláusula de sumisión no cobra independencia de la forma de expresión del acuerdo de voluntades. Ningún órgano jurisdiccional ha considerado que la cláusula de sumisión a un tribunal no fuese eficaz a pesar de cumplir con lo previsto en alguno de los apartados del art. 23.1º RB I, por el hecho de que estuviera redactada en un idioma diferente al del contrato y que la parte alegase no comprender⁵⁰. El cumplimiento de los requisitos de forma indica que las partes al menos conocen la existencia de la cláusula; si no está redactada en un idioma conocido, deben procurarse una traducción por sí mismos o advertir a la otra parte contratante⁵¹. La invocación del desconoci-

⁴⁶ Vid. *AG Kehl* 6 de octubre de 1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html> (no incorporadas condiciones generales en alemán a un contrato redactado en italiano— se aplica ley italiana y no alemana); *OLG Celle* 2 de septiembre de 1998, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html> (condiciones generales en holandés, negociaciones en alemán: no se incorporan, no se excluye aplicación de CV 1980); *LG Heilbronn* 15 de septiembre de 1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970915g1.html> (condiciones generales en alemán, contrato en italiano); *LG Memmingen* 13 de septiembre de 2000, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000913g1.html> (condiciones generales en alemán, negociaciones en inglés con nativo italiano).

⁴⁷ *OLG Düsseldorf* 21 de abril de 2004, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040421g1.html> (negociaciones en inglés, condiciones generales en alemán, se prueba que ningún trabajador conocía el alemán cuando se negoció el contrato).

⁴⁸ *OGH Austria* de 17 de diciembre de 2003, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031217a3.html>.

⁴⁹ En este sentido también se manifiesta el AG Lenz en las Conclusiones presentadas el 8 de marzo de 1994 en el as. *Custom Made Commercial, Rec.*, 1994, I-2915-2918, esp. pp. I-2945-2946.

⁵⁰ Vid., no obstante, U. Magnus, *loc. cit.*, p. 410.

⁵¹ *Hof Arnhem* 27 de abril de 1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990427n1.html>

miento del idioma como argumento *ad abundantiam* puede, pues, considerarse desierta.

En segundo lugar, también interesa advertir que la indiferencia respecto del idioma en que se redacta la cláusula de sumisión explica que no se diferencie en función de cuál sea ese idioma. En nada parece incidir el idioma en concreto: podría, incluso, emplear un alfabeto o caracteres diversos a los de cualquier idioma que conozca el contratante que alega el desconocimiento de la cláusula⁵². Pero no cabe descartar que el uso del inglés, en tanto que *lingua franca* en los negocios internacionales⁵³, o el de cualquier otro idioma “internacional”, llegue a integrar también un uso del comercio internacional. En tal caso, según lo antes concluido, tendrán que considerarse eficaces las cláusulas contenidas en condiciones generales redactadas en ese idioma (en inglés o en otro internacional), aunque el idioma del contrato sea otro y no haya ninguna referencia a ellas en dicho idioma, así como las cláusulas redactadas en cualquier idioma cuando se efectúe una referencia a ellas en el referido idioma cuyo empleo integre el uso del comercio internacional.

9. La inexistencia de regulación específica en el ordenamiento autónomo español en lo que respecta a los requisitos que hayan de cumplir las cláusulas de sumisión invita a colmar la laguna dando aplicación a la regulación del art. 23 RB I⁵⁴. De esta forma, si la sumisión se realiza a favor de un tribunal español y ninguna de las partes está domiciliada en un Estado miembro del Reglamento (ni parte de un instrumento convencional que pueda resultar de aplicación, como el Convenio de Lugano⁵⁵), que es el supuesto en el que se debe dar aplicación al art. 22.2º LOPJ, deberá considerarse eficaz la cláusula que revista alguna de las formas antes analizadas. Si tal es el caso, resultará irrelevante que esté redactada o no en el idioma del contrato.

B) Contratos celebrados por consumidores

10. El RB I protege a los consumidores frente a la elección de tribunal (como a los trabajadores y a los asegurados) a través de la limitación de la eficacia procesal de las cláusulas atributivas de competencia, pero los requisitos dispuestos en el art. 23.1º RB I son comunes en estos contratos y los celebrados entre profe-

⁵² Sin embargo, H. Gaudemet Tallon, en su nota a *Cour de Cassation (Ch. com.)* 27 febrero 1996, *loc. cit.*, pp. 735 sugiere que una cláusula redactada en japonés o chino debería estar desprovista de eficacia cuando el otro contratante no entiende estos idiomas.

⁵³ SAP Barcelona (Sección 15ª) 29 de mayo de 1997, *cit.*

⁵⁴ Cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 302.

⁵⁵ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007, DO nº 147 de 10.6.2009.

sionales⁵⁶. Así, las condiciones de las cláusulas atributivas de competencia en lo que respecta a la necesidad de acuerdo y a la forma en que debe manifestarse no difieren según el tipo de contrato; el consumidor es protegido a través de la restricción de los tribunales a los que las cláusulas pueden atribuir competencia (*vid.* arts. 23.5º y 17 RB I) y, en consecuencia, la limitación del efecto derogatorio de dichas cláusulas sobre los foros previstos para los contratos de consumo (art. 16 RB I)⁵⁷. La repercusión del idioma en que está redactada una cláusula sobre su eficacia será idéntica en los contratos celebrados entre profesionales y en los contratos entre profesionales y consumidores amparados por la sección 4ª del RB I⁵⁸.

En efecto, interesa insistir en que la autonomía de la cláusula atributiva de competencia con respecto al resto del contrato comporta que sea indiferente que el contrato deba redactarse, según la ley que lo rige, en un determinado idioma, distinto al que se ha empleado, o al menos distinto al idioma de la cláusula de sumisión. La cláusula será eficaz en la medida en que respete una de las formas previstas en el art. 23.1º RB I; o, más bien, la establecida en su apartado a)⁵⁹, con independencia de que otras cláusulas o el contrato no lo sean. Tampoco importará que las condiciones generales, entre las que se encuentra inserta la cláusula de sumisión, puedan ser consideradas abusivas por ser incomprensibles para el consumidor, que no entiende el idioma en que se encuentran redactadas⁶⁰. Como se ha concluido en el apartado anterior, ninguna de las partes puede alegar desconocimiento del idioma del contrato para lograr la ineficacia de la cláusula de elección de tribunal en él dispuesta; y dicha cláusula tampoco dejará de ser eficaz por el hecho de estar redactada en un idioma distinto al del contrato, si responde a la mentada forma escrita. Así, si se atiende a las posibilidades de que la cláusula sea eficaz a tenor del art. 17 RB I, resulta que, aunque no se encuentre redactada en el idioma legalmente exigido, atribuirá competencia a los tribunales del Estado miembro designado (y derogará la de los tribunales indicados en el art. 16 RB I) si es posterior al nacimiento del litigio⁶¹. También, cualquiera que

⁵⁶ *Vid.* J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozeßrecht Kommentar*, 8ª ed., Frankfurt, Verlag Recht und Wirtschaft, 2005, p. 290.

⁵⁷ Extensamente, *vid.* B. Añoveros Terradas, "Restrictions in Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union", *Revue européenne de la consommation*, 2004, pp. 77–153, esp. pp. 119–121.

⁵⁸ Sobre la incidencia del empleo de un idioma para caracterizar el contrato como celebrado por consumidor, *vid. infra*.

⁵⁹ Puesto que los dos siguientes se adecuan únicamente a las relaciones comerciales entre profesionales, como pone de manifiesto B. Añoveros Terradas en *loc. cit.*, pp. 120–121.

⁶⁰ *Vid. supra*, nota 19.

⁶¹ En este supuesto, el hecho de que haya acuerdo posterior permite excluir problemas vinculados al riesgo de idioma, puesto que un acuerdo posterior al nacimiento del litigio será negociado por un consumidor consciente del alcance de la sumisión: *cf.* M. Guzmán Zapater, "La prorrogación de la competencia en los contratos de venta internacional concluidos por consumidores", *REDI*, 1987, pp. 447–476,

sea el momento en el que se pactó, si permite al consumidor formular demandas ante tribunales distintos a los de su domicilio o los del domicilio del profesional (art. 17.2º RB I), o si atribuye competencia a los tribunales del domicilio o la residencia habitual, que compartía con el profesional en el momento de la celebración del contrato (art. 17.3º), en estos dos últimos casos, también al margen de que el consumidor pueda desconocer el idioma en que está redactada la cláusula.

También importa aclarar, en este marco, que aunque el RB I no prejuzgue la aplicación de actos comunitarios como los dirigidos a proteger al consumidor, o de las disposiciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos, la aplicación preferente del Derecho comunitario se produce únicamente en relación con las disposiciones que regulan la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de resoluciones (*vid.* art. 67). De este modo, las Directivas comunitarias y las leyes estatales que las desarrollan quedan desplazadas por el régimen del RB I en lo que respecta a la determinación de la competencia⁶². Así, en concreto, las disposiciones del Reglamento prevalecen sobre el art. 90 LGDCU⁶³, según el cual son abusivas las cláusulas que atribuyen competencia a un juez o tribunal distinto al del domicilio del consumidor, el lugar de cumplimiento de la obligación o el lugar de situación del bien inmueble⁶⁴.

11. La respuesta varía, sin embargo, en los contratos que no ampara la sección 4ª RB I, pero se consideran celebrados por consumidores a efectos de aplicar las directivas comunitarias. Es el caso, por ejemplo, de los contratos que, además de no ser una compraventa a plazos o un préstamo a plazos u otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de mercaderías, celebran los consumidores que adquieren el producto o el servicio en un Estado miembro diferente al de su domicilio, de un profesional que ni ejerce actividades comerciales o profesionales ni las dirige a tal Estado miembro del domicilio del consumidor. En supuestos como este (de consumidores “activos”), la eficacia de la cláusula no está limitada por lo dispuesto en los arts. 23.5 y 17 RB I, por lo que los consumidores carecen de protección específica. La aplicación exclusiva del régimen del RB I comportaría afirmar la eficacia de la cláusula cualquiera que fuese el órgano jurisdiccional que designe competente; y, en lo que aquí interesa, incluso si el consumidor no hubiese comprendido el contenido de la cláusula, por desconocimiento del idioma en el que se encuentra redactada. Este déficit de protec-

esp. p. 463. Los problemas se producirían, en todo caso, porque se pueda haber obviado una disposición legal referente al idioma en el que deba redactarse el contrato.

⁶² La Directiva 2008/122/CE, en particular, lo precisa en su considerando 18. Con carácter general, *vid.* J. Kropholler, *op. cit.*, pp. 290–291.

⁶³ RDL 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 y otras leyes complementarias, *BOE*, 30–XI–2007.

⁶⁴ Al respecto, *vid.* P. de Miguel Asensio, “La tutela de los consumidores en el mercado global”, *Estudios sobre Consumo*, nº 85, 2008, pp. 23–44, esp. pp. 19–20.

ción, sin embargo, debe cubrirse por las directivas comunitarias⁶⁵, de forma que la cláusula podrá ser considerada abusiva por no estar redactada de forma clara y comprensible para dicho consumidor⁶⁶. Y lo mismo cabe afirmar en relación con los supuestos en que la inaplicación del RB I deriva de la doble circunstancia de que el demandado está domiciliado en un Estado tercero, y la cláusula designa competentes a los órganos jurisdiccionales de un Estado no miembro⁶⁷. Al margen de cuál sea la norma aplicable a la determinación de la eficacia de la cláusula, el régimen de las directivas se impondrá, para dotar al consumidor de la debida protección.

2. Eficacia de las cláusulas de elección de la *lex contractus*

12. La eficacia de las cláusulas de elección de ley no viene determinada, como en el caso de las cláusulas de sumisión (al menos en lo fundamental), por una disposición material como el art. 23.1º RB I. En función del aspecto de la cláusula de que se trate, la correspondiente norma de conflicto remitirá la cuestión a una ley estatal. En lo que aquí interesa⁶⁸, el fondo y el consentimiento de las partes a la cláusula se rigen por la ley que resultaría aplicable según el RR I⁶⁹ de resultar válida la cláusula (art. 10 RR I), y en lo tocante a la forma cabe aplicar alternativamente la *lex contractus* u otras leyes, según el caso (art. 11 RR I).

⁶⁵ Vid. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Litigación internacional*, op. cit., pp. 296–297, haciendo referencia a la STJ 27 de junio de 2000, Asuntos acumulados C–240/98, C–241/98, C–242/98, C–243/98 y C–244/98: *Océano*.

⁶⁶ Al margen de que, además, pueda tener por efecto “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor”: vid. punto 1 del Anexo al que remite el art. 3.3 Directiva 93/12/CE, aplicado en el asunto *Océano* para declarar abusivas las cláusulas de sumisión contenidas en contratos celebrados por consumidores, en varios supuestos de determinación de la competencia territorial.

⁶⁷ Es bastante inverosímil que un profesional domiciliado en un Estado no miembro (y sin sucursal, agencia o establecimiento en un EM, a efectos de considerar que está domiciliado en ese EM, vid. art. 15.2 RBI) someta el contrato celebrado con el consumidor a los tribunales de un EM, como apunta B. Añoveros Terradas, “Extensión de los foros de protección del consumidor a demandados domiciliados en terceros Estados”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 285–306, esp. p. 288. Pero cabe la posibilidad de que el demandado sea el consumidor, domiciliado en el Estado no miembro, por el profesional establecido en el EM (por ejemplo, España), al que ha atribuido competencia a través de la cláusula de sumisión contenida en sus condiciones generales. En cualquier de los casos, el art. 23 RB I resultaría de aplicación, pues ésta depende, como es sabido, de la domiciliación de una de las partes y del hecho de que la competencia se atribuya a los órganos jurisdiccionales de un EM. Pero el RB I no regula la sumisión a tribunales de Estados no miembros; por ejemplo, no regula la eficacia derogatoria de la cláusula cuando el demandado es un profesional domiciliado en un Estado tercero, a cuyos tribunales se han sometido las partes.

⁶⁸ A la capacidad, como es sabido, le resultará de aplicación la ley a la que remitan los arts. 9.1º ó 9.11º Cc, teniendo en cuenta lo previsto en los arts. 10.8º Cc y 12 RR I; pero no creo que el idioma guarde relación con la capacidad de las partes.

⁶⁹ Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 177 de 4.7.2008.

En la medida en que la forma designa “el vehículo o el medio de expresión del cual las partes se sirven para emitir sus declaraciones de voluntad y para hacerlas llegar o darlas a conocer a sus destinatarios”⁷⁰, el idioma debe considerarse vinculado a este aspecto del contrato. Así, si la determinación de la lengua en la que debe estar redactado un contrato hace referencia a la forma del contrato, para que éste y sus cláusulas (y entre ellas, en particular, la de elección de ley) se consideren válidos, con independencia del idioma en que se encuentran redactados, basta con que cualquiera de las leyes a que se refiere el art. 11 RR I recoja el principio (generalizado) de libre elección del idioma. No se considerará eficaz la cláusula de elección si, por el contrario, todas las leyes estatales aplicables (*v.gr.*, la *lex hypothetici contractus* y, por ejemplo, tratándose de un contrato entre presentes, la ley del lugar de su celebración) exigen un determinado idioma, y éste no es el empleado en el contrato en general o en la cláusula en particular.

Lo anterior, no obstante, debe matizarse en lo que respecta a los contratos celebrados por consumidores. En primer lugar, porque en los contratos que entran en el ámbito de aplicación del art. 6 RR I, como parte de la protección que el Reglamento trata de proporcionar a los consumidores⁷¹, se limitan las posibilidades de considerar formalmente válido el contrato y la cláusula de elección de ley en él contenida. Aquél y ésta deben atender a lo dispuesto en la ley de la residencia habitual del consumidor (art. 11.4º RR I). Y, como ya se apuntó, dicha ley, cuando es la de un Estado miembro, puede exigir un determinado idioma, en garantía de una correcta comprensión por la parte no profesional del contrato. Así ocurre, por ejemplo, con los contratos de *timesharing*, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: todos ellos deben redactarse en una lengua oficial en el Estado miembro de la residencia o del Estado miembro que sea nacional el consumidor, a elección de éste⁷².

⁷⁰ Cf. L. Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 248.

⁷¹ Para un análisis de esta protección desde el punto de vista de la teoría económica, *vid.* G. Rühl, “La protección de los consumidores en DIPr”, en este tomo del anuario, *supra*, pp. 91-120.

⁷² Según el art. 5 de la Directiva 2008/122/CE, “1. Los Estados miembros velarán por que el contrato (...) se redacte en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el consumidor, o del que este sea nacional, a elección del consumidor, siempre que se trate de una lengua oficial de la Comunidad. No obstante, el Estado miembro en que el consumidor sea residente podrá, además, disponer que: a) en todos los casos, el contrato se facilite al consumidor en la lengua o en una de las lenguas de dicho Estado miembro, siempre que se trate de una lengua oficial de la Comunidad; b) si se trata de un contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico relativo a un bien inmueble específico, el comerciante facilite al consumidor una traducción jurada del contrato realizada en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que esté situado el bien, siempre que se trate de una lengua oficial de la Comunidad. El Estado miembro en cuyo territorio lleva a cabo sus actividades de venta el comerciante podrá disponer que, en todos los casos, el contrato se facilite al consumidor en la lengua o en una de las lenguas del dicho Estado miembro, siempre que se trate de una lengua oficial de la Comunidad. La Ley española de trasposición de la Directiva 97/47/CE, a la que la Directiva 2008/122/CE

Pero, además, estas exigencias en cuanto al idioma del contrato se extienden, a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2008/122/CE, a los contratos de consumidores que puedan estar regidos por leyes de terceros Estados, por no estar cubiertos por el RR I. Así, por ejemplo, como la propia Directiva indica (cdo. 17), los celebrados por consumidores que se encuentran de vacaciones en un Estado distinto al de su residencia habitual. Para su aplicación (en concreto, para la aplicación de la ley estatal que la transpone, que será la *lex fori*) la Directiva exige una determinada vinculación espacial del contrato con cualquier EM. En particular, que alguno de los bienes inmuebles objeto del contrato esté situado en el territorio de un EM, o en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en un EM o por cualquier medio dirija estas actividades a un EM y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades (art. 12)⁷³.

13. La problemática del idioma, sin embargo, no se referirá tanto a la forma como al consentimiento, en el supuesto de que una de las partes alegue desconocimiento de la lengua en que se encuentra redactada la cláusula. En tal caso, solo la ley designada en la cláusula de *electio iuris* regulará la cuestión, a tenor de lo dispuesto en el art. 10 RR I. Será dicha ley la que determine si la cláusula de elección puede ser anulada, y bajo qué requisitos y condiciones, por vicio del consentimiento que, cabe suponer, en este caso se amparará en el error. Y, a este respecto, cabe traer a esta sede las consideraciones que antes se efectuaron sobre las respuestas habituales a la invocación de este error (*vid. supra*, n° 2), con carácter general. En particular, cuando se trata de contratos celebrados por consumidores amparados por el RR I, la protección frente a la elección de ley que el profesional pueda realizar a través de sus propias condiciones generales viene de la mano del art. 6.2° RR I⁷⁴, por lo que determinadas normas estatales de protección del consumidor en este marco, como las que conciben como abusivas cier-

sustituye y deroga, esto es la Ley de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (BOE, 16-XII-98), dispone en su art. 9.3 que “El contrato y los documentos informativos prevenidos por esta Ley se redactarán en la lengua o en una de las lenguas, elegida por el adquirente, del Estado miembro de la Unión Europea en que resida. Además, se redactarán en castellano o en cualquiera de las otras lenguas españolas oficiales en el lugar de celebración, a elección del adquirente. Los adquirentes extranjeros que no sean nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea ni residentes en los mismos podrán exigir que el contrato y los demás documentos se les entreguen traducidos a la lengua de un Estado miembro de la Unión Europea que ellos elijan”. Sobre la trasposición de la Directiva 97/47/CE al ordenamiento francés, *vid. J.M. Mousseron y P. Mousseron, “La langue du contrat”, loc. cit., p. 221.*

⁷³ *Vid.* la ley inglesa de transposición (*The Timeshare, Holiday Products, Resale and Exchange Contracts Regulations 2010* (n° 2960/2010), en <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2010/2960/introduction/made>).

⁷⁴ Que, como es sabido, establece el estándar mínimo de protección en la ley de la residencia habitual del consumidor, cuando dispone que la elección de ley no podrá privar al consumidor de la protección de las normas imperativas de dicha ley.

tas cláusulas relativas a la designación de la ley aplicable (como el art. 90.3º LGDCU), se ven desplazadas por la regulación institucional⁷⁵. Pero, en la medida en que el consumidor (protegido por el RR I) tenga su residencia habitual en un EM, su protección consiste en dar aplicación a las normas imperativas de esa ley; y entre ellas se encuentra la que dispone que toda cláusula no redactada en forma clara y comprensible, como es el caso de la cláusula escrita en un idioma que el consumidor no entiende, debe considerarse abusiva. Y esta consideración debe extenderse también a los contratos que presenten un vínculo estrecho con los Estados miembros, aunque no estén amparados por el RR I⁷⁶.

En el marco específico de la elección de ley en contratos celebrados entre profesionales, la jurisprudencia muestra que, como en relación con las cláusulas atributivas de competencia, en la mayor parte de las ocasiones las cláusulas de *electio iuris* cuya eficacia se impugna por uno de los contratantes se encuentran contenidas en las condiciones generales predisuestas por el otro contratante, y redactadas en un idioma diferente al empleado en las negociaciones y en el contrato⁷⁷. Para este caso, en el que se plantea la cuestión (previa, en puridad, a la de la validez de la validez formal de la cláusula de sumisión) de la efectiva inclusión de las condiciones generales en el contrato⁷⁸, las respuestas de la práctica, que no suele referirse a la aplicación de ninguna ley en particular, son dispares. Algunos tribunales hacen recaer el riesgo en la parte que desconoce el idioma en el que se encuentran redactadas las condiciones generales: consideran que, en tal caso, el adherente debe alertar al predisponente y, en su caso, solicitar la correspondiente traducción⁷⁹. Otros, sin embargo, consideran que las condiciones generales, y con ellas la cláusula de elección de ley que contienen, integran el con-

⁷⁵ Cf., P. de Miguel Asensio, "Contratación comercial internacional", *loc. cit.*, pp. 343-344.

⁷⁶ Sobre la cuestión, *ibid.*, pp. 345-348.

⁷⁷ Al respecto, *vid.* por todos S. Álvarez González, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, La Ley, 1992, pp. 106-111.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 87-91.

⁷⁹ Así, el Tribunal de Apelación de Amhem, en su decisión de 27 de abril de 1999 (disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990427n1.html>) estima que "However, as of June 1993 the conditions have to have been considered to form part of the agreements (...) albeit that the conditions were drafted in the Dutch language. [The buyer] should have considered that the general conditions on the back of the invoices drafted in Dutch could have been used against her by [the seller], taking into consideration that she was, as a party to the agreements, acting in the operation of her business, given moreover that it is also not unusual in commercial practice in Germany for a counterparty acting in the operation of his business, as [the seller] was here, to use general conditions with regard to agreements such as those which are the object of these proceedings. It was therefore up to [the buyer] to request clarification on this matter by, for example, requesting information from [the seller] such as a German translation".

trato únicamente en la medida en que estén redactadas en el mismo idioma que el contrato⁸⁰.

3. Notificación de documentos y actos

14. El art. 8 del Reglamento de notificaciones (RN)⁸¹ permite que el destinatario de una notificación rechace aceptar el documento si no está redactado (o no se acompaña la correspondiente traducción) en la lengua oficial del EM requerido o, si existen varias lenguas oficiales en dicho EM, en una de las lenguas oficiales del lugar en el que deba efectuarse la notificación o el traslado, o en una lengua que el destinatario entienda. Es posible, por tanto, prescindir de la traducción de los documentos que no se encuentran redactados en el idioma oficial (o un idioma oficial) del EM requerido, en la medida en que pueda ser comprendido por el destinatario⁸²: sólo la falta de entendimiento del idioma en que está redactado un documento permite rechazar su recepción⁸³. Con ello se puede evitar en buena medida algunos comportamientos abusivos y contrarios a la buena fe, pero también se dispara la incertidumbre, pues obliga a determinar algo tan intangible y subjetivo como que existe tal “entendimiento”⁸⁴. El RN no da ninguna indicación sobre los criterios que permitan determinarlo, pero el TJ ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular, en su Sentencia de 8 de mayo

⁸⁰ Vid. la decisión del *AG Kehl* de 6 de octubre de 1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/case/951006g1.html>; la decisión del LG Heilbronn de 15 de septiembre de 1997, disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970915g1.html>.

⁸¹ Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (“notificación y traslado de documentos”) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, DO L 324 10.12.2007.

⁸² Posibilidad que, en principio, no contempla el Convenio de La Haya de 1965 (Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965, *BOE*, 25-IX-1987, corr. err. *ibid.*, n° 88, 13-IV-1989), pero que se habría desarrollado en la práctica de algunos Estados. Vid. al respecto, las “Conclusiones y recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los convenios de La Haya sobre apostilla, obtención de pruebas, notificación y acceso a la justicia” (2 a 12 de febrero de 2009), disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/jac_concl_s.pdf, p. 7.

⁸³ Por el destinatario, y no por el órgano jurisdiccional que debe acordar el traslado. Vid. al respecto, analizando la práctica española en la materia, L.F. Carrillo Pozo, “La aplicación en España del Reglamento 1348/2000 sobre notificaciones internacionales: una mirada desde la LEC”, *Diario La Ley*, n° 6947, de 16 de mayo de 2008, esp. pp. 15–17 (de la versión electrónica: *vid.* www.laley.net).

⁸⁴ Problema que advirtió en su momento, entre otros, N. Marchal Escalona, “La fecha y el idioma en la notificación internacional: perspectivas de futuro”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 299–309, esp. pp. 307–308. En la doctrina alemana, W.F. Lindacher, “Europäisches Zustellungsrecht”, *ZZP*, 2000, pp. 179–194, esp. p. 187 y H. Linke, “Europäisches Zustellungsrecht”, *ERA-Forum*, 2005–2, pp. 204–223, esp. p. 209.

de 2008, advirtiendo que el idioma en el que se encuentra redactado el contrato constituye un indicio del conocimiento de dicho idioma⁸⁵.

En el supuesto, la *Industrie- und Handelskammer Berlin (IHK)* presentó una demanda ante los tribunales alemanes frente al estudio británico de arquitectos *Nicholas Grimshay & Partners Ltd. (Grimshaw)* por los daños y perjuicios causados por la defectuosa concepción de un edificio. Este estudio, que llama como interviniente al estudio alemán *Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR*, se niega a recibir la notificación de la demanda, con base en el referido precepto (en el supuesto, art. 8 del anterior Reglamento 1348/2000). El escrito principal de tal demanda es traducido al inglés, pero la notificación vuelve a rechazarse con idéntico fundamento, porque los anexos que lo acompañan siguen redactados en alemán. El BGH plantea, entre otras, la cuestión de si el hecho de que haya pactado en el contrato que el alemán sería el idioma “para prestar los servicios y mantener la correspondencia entre *IHK* y *Grimshaw* y con las autoridades e instituciones públicas” cabe deducir que el notificado conoce dicho idioma. El Tribunal estima que el acuerdo constituye un indicio –y de gran solidez, dado que se acuerda que el empleo alemán se extienda a la correspondencia mantenida con las autoridades públicas– que debe tener en cuenta el órgano jurisdiccional, junto con otros factores. Se aparta, así, de la recomendación de la AG, que era deducir de tal acuerdo contractual una presunción *iuris tantum* del entendimiento del idioma alemán (ap. 79 de sus Conclusiones). De este modo, el Tribunal acertaría, por dos razones. En primer lugar, porque para destruir la presunción debería probarse un hecho negativo (que el destinatario no entiende). Y, en segundo término, porque el hecho de que un contrato se redacte en un idioma, y que se establezca la obligatoriedad de su empleo, no significa que ese idioma sea necesariamente conocido por ambos contratantes. Cabe la posibilidad de que el contrato sea traducido a una lengua diferente a la empleada en el contrato, para posibilitar o facilitar su comprensión por una de las partes, sea o no a expensas de ésta; y también es factible que se tengan que traducir los documentos que posteriormente se redacten en el idioma declarado oficial, y que se deba hacer uso de un intérprete en sus comunicaciones orales.

Determinar si alguien conoce o no un idioma, al margen de lo que declare, sólo puede realizarse a través de indicios⁸⁶ que permitan detectar y corregir los posibles comportamientos abusivos a que puede dar lugar la negativa del notificado a recibir la demanda, alegando un falso desconocimiento del idioma de los

⁸⁵ STJ (Sala Tercera) 8 de mayo de 2008, as. C-14/07: *Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR*. Al respecto, *vid.* mi Nota a esta decisión en *REDI*, 2008, pp. 229–232.

⁸⁶ *Vid.* W.F. Lindacher, *loc. cit.*, p. 187; A. Stadler, “Neues europäisches Zustellungsrecht”, *IPrax*, 2001, pp. 514–522, esp. pp. 517 y 518.

documentos notificados⁸⁷. Estimar que el idioma pactado es un indicio, antes que una presunción ya consolidada, comporta que sea el órgano jurisdiccional el que haya de argumentar, a la luz del conjunto de las circunstancias, a favor o en contra de concluir que el destinatario entiende.

III. Conocimiento en el mercado del idioma del contrato

1. Caracterización del contrato (como contrato celebrado por consumidor)

16. En el ámbito de la contratación electrónica, el empleo de un determinado idioma⁸⁸ también puede proporcionar un indicio de la voluntad del operador de dirigir sus actividades a un determinado mercado⁸⁹, lo cual resulta determinante a efectos de caracterizar el contrato como celebrado por consumidor conforme a las correspondientes normas de competencia judicial internacional o de Derecho aplicable. En efecto, el art. 15.1º RB I y el art. 6.1º.b) RR I consideran que un contrato se ha celebrado por un consumidor, entre otros supuestos, cuando quien contrata con el consumidor ejerce actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio (RB I) o la residencia habitual (RR I) del consumidor o, por cualquier medio, dirige tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades. De este modo, ambos instrumentos, por una parte, al referirse a *cualquier medio*, permiten –persiguen– incluir los contratos electrónicos; y, por otra, protegen al consumidor cuando el profesional *dirige sus bienes o servicios a través de Internet al Estado miembro donde se encuentra domiciliado o tiene residencia habitual dicho consumidor*.

A este respecto, dado que Internet es accesible desde la práctica totalidad de los Estados, la mera accesibilidad no es suficiente para delimitar el ámbito de las actividades de quien emplea este medio. Cualquier sitio y página web se pueden consultar desde cualquier lugar, pero quien ofrece bienes o servicios a través de ese sitio o de esa página, no dirige necesariamente sus actividades a todo el mundo. Así, como el RB I y el RR I protegen fundamentalmente a los consumidores pasivos; y cualquier consumidor sería considerado como tal si se entendiese que todo operador dirige sus actividades *de facto* a cualquier Estado si emplea

⁸⁷ Vid. N. Marchal Escalona, *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Comares, Granada, 2002, p. 232.

⁸⁸ En este caso, el idioma de la página web desde la que se realiza la oferta: *vid. supra*, nota 2.

⁸⁹ Es determinante, aparentemente, para P.A. Nielsen: *vid. “Article 13” en U. Magnus y P. Manowski (eds.), Brussels I Regulation, op. cit., pp. 307–319, esp. 317.*

Internet, para determinar si un profesional dirige sus actividades a un determinado país resulta fundamental su voluntad⁹⁰.

A efectos de valorar la voluntad del profesional, es decir, para precisar el concepto de “actividad dirigida”, que ninguno de los Reglamentos define, el TJ ha aportado una serie de criterios que deben emplearse tanto en la interpretación del RB I como en el RR I⁹¹. El Tribunal diferencia los indicios insuficientes, las “expresiones manifiestas”⁹² y otro tipo de indicios. Entre los primeros incluye, además de la propia accesibilidad de la web, la mención en ella de una dirección electrónica y otros datos, y el empleo de una lengua o una divisa que son las habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor. Y entre los indicios “menos patentes”, que no son determinantes si concurren de forma aislada, pero combinados entre sí permitirán demostrar la existencia de esa “actividad dirigida”, se encuentra la utilización de una lengua o 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. De esta forma, el TJ se aparta expresamente del criterio que acoge el considerando 24 RR I. En este considerando se afirma que para aplicar las normas protectoras del consumidor manteniendo una “interpretación armoniosa” con el RB I, es necesario comprobar que la *actividad es dirigida* a su Estado; y al efecto se menciona la Declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al art. 15 RB I, según la cual “la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un indicio pertinente”⁹³.

⁹⁰ Vid., en relación con el art. 15 RB I, la STJ (Gran Sala) 7 de diciembre de 2010, as. C-585/08 y C-144/09, *Pammer y Hotel Alpenhof*: “Con el fin de determinar si puede considerarse que un vendedor, cuya actividad se presenta en su página web o en la de un intermediario, dirige su actividad al EM del domicilio del consumidor (...) procede comprobar si, antes de la celebración del contrato con el consumidor, de las citadas páginas web y de la actividad global del vendedor se desprendía que este último tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otro u otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor”.

⁹¹ Según el considerando 24 RR I es preciso que el concepto de consumidor “sea objeto de una interpretación armoniosa en el Reglamento (CE) n° 44/2001 y en el presente Reglamento”; aunque también importa advertir que la interpretación del TJ en los referidos asuntos *Pammer y Hotel Alpenhof* contradice todo lo que añade el considerando a continuación (vid. *infra*, nota 93). Sobre las relaciones entre ambos instrumentos, vid. F. E. Lein, “The new Rome I/RomII/Brussels Synergy”, *Yearb. Private Int'l L.*, 2008, pp. 177–198; F. Pocar, “Some Remarks on the Relationship between the Rome I and the Brussels I Regulations”, F. Ferrari y S. Leible (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, pp. 343–358.

⁹² “Expresión manifiesta” de que el profesional dirige sus actividades a un determinado Estado, en opinión del TJUE, es la propia mención en la web de que los servicios o productos se prestan u ofrecen en el Estado miembro del domicilio del consumidor

⁹³ “El mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para el que art. 15 resulte aplicable, puesto que se exige además que dicho sitio invite a la celebración contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos, por el medio que fuere. A este respecto la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente (el énfasis es mío)”. Vid.

En lo sucesivo, esa coherencia a la que se refiere el considerando deberá procurarse interpretando en un mismo sentido ambos instrumentos (RB I y RR I), pero en apartándose de lo señalado en la mentada Declaración⁹⁴.

17. Para el TJ resulta relevante, según lo expuesto, que el idioma de la web sea diferente al habitualmente empleado en el Estado del establecimiento del profesional. No hace ninguna referencia al idioma que se emplea habitualmente en el Estado de domicilio del consumidor, ni al concreto idioma de que se trata. Pero ambos aspectos son, a mi juicio, determinantes. Lo que constituye un indicio de que las actividades se dirigen a un Estado determinado no es tanto que el profesional emplee un idioma diferente al de su Estado, como que el idioma en concreto se corresponda con uno empleado en el mercado al que dirige sus actividades. Piénsese, por ejemplo, en la página de un operador establecido en Italia que emplea, además del italiano, el griego: el hecho de que el profesional emplee un idioma diferente al propio (el italiano) no es indicio de que quiera operar en ningún otro Estado que no sea Grecia o Chipre. Por tanto, lo que debería considerarse relevante es qué idioma se emplea habitualmente en el Estado de domicilio del consumidor. Por ello, en este sentido, creo que no acierta el TJ cuando niega que el empleo del idioma del propio lugar de establecimiento del profesional pueda constituir un indicio de dirigir las actividades a un determinado Estado. Es más: el profesional puede decidirse a dirigir sus actividades a un determinado Estado *precisamente* porque comparte idioma con los consumidores domiciliados en él. Lo que debe tenerse en cuenta, además del idioma del mercado del consumidor, es qué idioma en concreto es el que se emplea. Porque resulta evidente, a este respecto, que el indicio de “dirección de la actividad” a un mercado será más o menos importante en función de si el idioma empleado es más o menos internacional. Teniendo en cuenta que el 42% de los internautas utiliza el inglés en la Web⁹⁵, el hecho de que una página esté redactada en este idioma constituye un indicio totalmente desechable de que su titular dirige sus actividades a un Estado en el que el inglés es idioma oficial o habitual. Sin embargo, el indicio será importante cuando se empleen idiomas “territoriales”, menos extendidos. No en vano, la suma de usuarios del inglés y los nueve siguientes (los

“Declaración relativa a los arts. 15 y 17”, http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_es_declaration.pdf. Vid. también, en relación con el art. 15 CL 2007, aludiendo a esta Declaración, el § 83 del *Informe Pocar* (F. Pocar, “Informe Explicativo 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 de octubre de 2007, DO C319 de 23.12.2009). Y *vid.*, aludiendo igualmente a esta Declaración, el considerando 24 RR I.

⁹⁴ Vid., también crítico con la Declaración, P. de Miguel Asensio, *Derecho Privado de Internet*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 2011, p. 965.

⁹⁵ Vid. <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> (acceso el 29 de marzo de 2011).

“*top ten languages*”) alcanza el 82.2 % de la Web⁹⁶, de forma que la suma del empleo de la gran mayoría de los idiomas “territoriales” que existen en el mundo no llega al 20 %.

Así, por ejemplo, creo que el hecho de que una sociedad establecida en España emplee el inglés en la página web donde oferta sus actividades no resulta indicio de dirija tales actividades al Reino Unido, Irlanda o Malta (en lo que respecta a la UE). De hecho, en puridad no puede afirmarse que sea indicio, siquiera, de que esté dirigiendo sus actividades fuera de España. Sin embargo, sí sería un indicio importante que emplease el galés, el escocés, el gaélico o el maltés. Lo relevante, por tanto, no es que el idioma que emplee el profesional sea diferente al empleado habitualmente en el Estado de su establecimiento, sino que coincida con el del mercado al que se dirige, y que sea un determinado idioma. Ahondando en esta idea, harían falta indicios más potentes de que la actividad se dirige al mercado español que el hecho de que la página web esté redactada en español; pero es un indicio fuerte de tal “dirección al mercado español” si lo está en vasco, gallego, catalán o asturiano. Y otro tanto cabe afirmar del empleo de otros idiomas internacionales como el francés (indicio débil) frente a, por ejemplo, otros idiomas hablados en Francia (como el bretón o el corso). De esta forma, la utilización de la mayoría de los idiomas oficiales en los Estados miembros de la UE, que son también en su mayor parte idiomas territoriales, constituirá un indicio muy relevante de que es voluntad del operador dirigirse a ese Estado miembro en particular, coincida o no con el idioma empleado habitualmente en el Estado de establecimiento del profesional. Así será, por ejemplo, si la página emplea el danés, el finés, el húngaro, el checo, el eslovaco, el esloveno, el polaco, el rumano, el lituano o el letón, o alguno de los antes mencionados (asturiano, bretón, catalán, corso, gaélico, vasco...). Puede ser también indicio, aunque quizás menos intenso, el empleo del sueco (oficial en Suecia y Finlandia), el griego (oficial en Grecia y Creta), el neerlandés (hablado en los Países Bajos y Bélgica) o el italiano (oficial, además de en Italia, en Suiza y San Marino).

2. Localización del contrato

18. En el mismo plano de los indicios, el idioma que emplean las partes en la contratación se emplea en ocasiones para localizar el contrato, en el marco de dos operaciones diversas: la de designación de las normas de conflicto aplicables y la de la propia aplicación de dichas normas de conflicto. En ambos casos, el idioma del contrato se concibe como un elemento más que pueda denotar vinculación de dicho contrato y un determinado ordenamiento.

⁹⁶ Son, en concreto, además del inglés, el chino, el español, el japonés, el portugués, el alemán, el árabe, el francés, el ruso y el coreano. *Vid.* <http://www.internetworldstats.com/stats7.htm> (acceso 29 de marzo de 2011).

19. La primera de las operaciones, la de designar las normas de conflicto aplicables en orden a determinar la *lex contractus*, es propia del arbitraje comercial internacional. En este ámbito, cuando las partes no han elegido el Derecho aplicable, es habitual que se reconozca a los árbitros la libertad de aplicar las normas que consideren más adecuadas. Y en este contexto cabe la posibilidad de que fijen la ley aplicable invocando normas de conflicto o prescindiendo de éstas⁹⁷. Pues bien: a pesar de la tendencia a prescindir de las normas de conflicto⁹⁸, cuando los árbitros optan por un sistema conflictual, no resulta extraño que justifiquen su decisión (que sea ese sistema y no otro) en atención a indicios tales como el lugar del arbitraje y el idioma en el que se encuentra redactado el contrato⁹⁹.

20. En relación con la determinación de la ley aplicable, las referencias que los operadores realizan al idioma del contrato también se dirigen a reforzar la apreciación que realizan sobre la conexión de dicho contrato con una ley, en dos contextos. Esta conexión puede, por una parte, reforzar la conclusión de que existe una elección tácita de la ley aplicable; y, por otra, servir para justificar la aplicación de una cláusula de escape.

Cuando el art. 3 RR I (art. 3 CR) autoriza a que la elección de la ley aplicable a un contrato sea tácita, abre la posibilidad de que no se haya optado por una ley determinada a través de la correspondiente cláusula, pero resulte eficaz la elección que deriva “de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”¹⁰⁰. La disposición no permite que se presuma que las partes han efectuado una elección, sino que exige que del contrato se desprenda claramente que han optado por que se aplique una ley determinada. Y, para ello, deben concurrir factores que *a priori* no es posible determinar, al menos de forma exhaustiva¹⁰¹. El propio RR I sólo apunta a la introducción de una cláusula atributiva de competencia exclusiva a favor de los órganos jurisdiccionales de un

⁹⁷ Al respecto, *vid.* J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América latina*, *op. cit.*, pp. 837–838; J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho arbitral*, 3ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 1640–1655. *Vid.*, también, en el Derecho francés de arbitraje, E. Gaillard, “Le droit applicable au fond du litige”, en P. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l’arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996, pp. 793–895, esp. pp. 881–891.

⁹⁸ *Cf.* J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, *op. cit.*, p. 840.

⁹⁹ *Vid.*, en este sentido, aplicando el DIPr alemán porque el idioma del contrato es el alemán y el arbitraje se desarrolla en Alemania, Laudo ICC 8611/HV/JK de 23 de enero de 1997, disponible el 14 de abril de 2011 en <http://unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=229&step=FullText>.

¹⁰⁰ Aunque no resulta muy habitual que las partes den por hecho que el contrato se rige por una ley determinada y no lo dispongan expresamente, como pone de relieve A. Bonomi, “Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC instrument”, *Yearb. Private Int’l L.*, 2003, pp. 53–98, p. 67.

¹⁰¹ *Vid.*, sobre posibles factores, M. Virgós Soriano, “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, E. García de Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Machado (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, t. III, Madrid, Civitas, 1986, pp. 753–825, esp. pp. 772–773.

Estado¹⁰². Pero, aunque el idioma del contrato no pueda resultar, por sí sólo, determinante de tal elección tácita de la *lex contractus*¹⁰³, puede ser tenido en cuenta por los órganos jurisdiccionales como un indicio más de tal elección¹⁰⁴: el artículo permite que se tengan en cuenta tanto los términos del contrato como las circunstancias del caso. A este respecto, interesa señalar que, dado que en este punto no se ha determinado aún la *lex contractus*, ningún Derecho o cláusula en particular debería condicionar la aplicación del art. 3 RR I (art. 3 CR). Los órganos jurisdiccionales deben desprenderse de los criterios interpretativos que, con relación a los contratos, dispone la *lex fori*¹⁰⁵: la determinación de los elementos que pueden tener en cuenta debe efectuarse de acuerdo con lo dispuesto en el instrumento comunitario. Ciertamente, puede que éste no proporcione demasiados datos; como se ha indicado, se limita a apuntar tanto a los términos del contrato como a las circunstancias del caso. Pero ya son suficientes para descartar, por ejemplo, la posibilidad de que un tribunal inglés invoque la *sanctity of the contract*, para excluir elementos externos o ajenos a la palabra escrita¹⁰⁶.

20. Por otra parte, el idioma, o más bien la vinculación de un idioma a un determinado país y a un determinado Derecho, constituye una conexión más entre las que se deben ponderar en orden a concretar la mayor proximidad de un contrato con una ley. Ciertamente, en esta labor de ponderación de las circunstancias que rodean a un contrato, debe tomarse en consideración la totalidad de factores¹⁰⁷. Y el idioma del contrato también puede ser un indicio de la existen-

¹⁰² En el considerando 12; el cual, en puridad, se refiere a un Estado miembro, pero de ello no cabe derivar que la sumisión a un Estado tercero no pueda ser tenida en cuenta como indicio de elección de la ley de este Estado tercero: cf. F.J. Garcimartín Alférez, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, n° 6957, 30 de mayo de 2008, pp. 1–26 (versión de <http://www.laley.net>), esp. p. 8.

¹⁰³ Cf. P. Mayer, *Droit International privé*, p. 469.

¹⁰⁴ Cf. J.M. Mousseron y P. Mousseron, “La langue du contrat”, *loc. cit.*, p. 227. En el Laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC 15.089 de 15 de septiembre de 2008, una de las partes alega elección tácita de la ley inglesa apuntando a que el contrato estaba redactado en inglés, que se eligió Londres como sede del arbitraje y la neutralidad de la ley inglesa. La Corte considera que hay una “elección negativa” de la *lex contractus* y aplica los Principios Unidroit. *Vid.* <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&id=1440&do=case> (acceso, 4 de abril de 2011). En la jurisprudencia española, la AP de Alicante (Sección 6ª) en su Sentencia 789/2002, de 12 de diciembre (*Westlaw Aranzadi*, JUR 2003/74059), considera “producida una tácita elección del fuero dada la nacionalidad alemana común de los litigantes y el idioma alemán en que se celebró el contrato de fiducia (art. 3º)”. La resolución, en este marco, es citada por E. Castellanos Ruiz, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales*, Granada, Comares, 2009, p. 68.

¹⁰⁵ *Vid.* al respecto, por todos, S. Sánchez Lorenzo, “La interpretación del contrato”, en *id.* (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor, Aranzadi/Thomson Reuters, 2009, pp. 443–488.

¹⁰⁶ Sobre el formalismo del Derecho inglés y del *common law* en general, *ibid.*, pp. 448–451.

¹⁰⁷ Cf. M. Virgós Soriano, “La Ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, J.L. Iglesias Prada

cia de vínculos estrechos con un país determinado país a efectos de fundamentar la aplicación de la cláusula de excepción o de escape (art. 4.3° RR I, art. 4.5° CR), o de rechazarla¹⁰⁸; y puede también tenerse en cuenta para determinar la ley aplicable cuando sólo cabe hacerlo aplicando la regla de los vínculos más estrechos (arts. 4.4° RR I y 4.5° CR).

En un caso (el de deducir la elección tácita de la ley aplicable) y en el otro (el de justificar la aplicación de la cláusula de escape), el concreto idioma en el que se encuentre redactado el contrato debe ser tomado en consideración. El indicio, en efecto, es menos fuerte cuanto mayor sea la extensión en el empleo de una determinada lengua. No debe extrañar, en este sentido, que el uso del idioma inglés se haya considerado poco relevante, en el contexto de la posibilidad de dar aplicación a la cláusula de escape, dado su empleo generalizado en el comercio internacional¹⁰⁹. Las consideraciones antes efectuadas en relación con la diferencia existente entre los idiomas “territoriales” y los idiomas “universales” (*vid. supra*, nº 17) pueden ser trasladadas a esta sede.

IV. Conclusiones

21. Cuando una parte en un contrato no comparte idioma materno con el empleado en las negociaciones o en la redacción del contrato, surge la problemática del “riesgo del idioma”, que se resume en la siguiente cuestión: ¿debe esa parte asumir las consecuencias de su incomprensión del contenido del contrato o de alguna de sus cláusulas? La respuesta puede resultar determinante a efectos de determinar la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable, en la medida en que la eventual cláusula de elección de tribunal o de ley se encuentre redactada en dicho idioma desconocido. Al respecto, las respuestas de la normativa y la práctica pueden diferir en función de si el contrato se celebra entre profesionales o si existe alguna parte débil.

En el primero de los casos, esto es, cuando la igualdad de las partes del contrato se presume, el principio de libertad de elección de idioma se proyecta con todas sus consecuencias en relación con las cláusulas atributivas de competencia: los operadores no pueden oponer desconocimiento del idioma del contrato o de las cláusulas (aunque sea diferente al del contrato). El cumplimiento de los

(coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5289–5309, esp. p. 5294.

¹⁰⁸ En *Caledonia Subsea Ltd v. Micoperi Srl* (Westlaw 2001 S.L.T. 1186), Lord Hamilton considera que, entre los indicios que permiten concluir que la ley egipcia no presenta, en el caso en concreto, vínculos más estrechos que la ley aplicable al contrato con arreglo al art. 4.2° CR, esto es, la escocesa, se encuentra el hecho de que el contrato se negociara, redactara y ejecutara íntegramente en inglés.

¹⁰⁹ En este sentido, *Court of Appeal*, en su decisión de 21 de diciembre de 2001, as. *Samcrete Egypt Engineers and Contractors S.A.E. v Land Rover Exports Limited* [2001] EWCA Civ 2019 (Westlaw).

requisitos de forma legalmente previstos indica que las partes al menos conocen la existencia de la cláusula, de manera que, si no está redactada en un idioma conocido, deben procurarse una traducción por sí mismos o advertir a la otra parte contratante. En lo que respecta a las cláusulas de elección de ley, será la ley elegida la que determine las posibilidades de aceptar la alegación de falta de comprensión del idioma y la obligatoriedad del empleo de un determinado idioma, si bien esta limitación del principio de libertad de elección podrá verse desplazada por otras leyes que, *favor validitatis*, puedan aplicarse alternativamente a la validez formal de la cláusula de elección.

La libertad de elección de idioma se matiza cuando el acuerdo *real* de las partes también se pone en entredicho, esto es, cuando una de las partes contractuales ocupa una posición de inferioridad y, por tanto, carece de poder negociador. Así, en particular, si el contrato internacional es un contrato de consumo, el consumidor se va a ver protegido frente a la posibilidad de que el tribunal elegido o la ley designada en cláusulas atributivas o de elección de ley que no comprende beneficien al profesional en detrimento de sus intereses. Esas cláusulas verán limitada su eficacia cuando el contrato entre en el ámbito de aplicación del RB I y el RR I. Cuando el contrato no sea considerado como contrato celebrado por un consumidor a efectos de aplicar estos instrumentos, la protección vendrá conferida por las directivas comunitarias que puedan exigir para ciertos contratos que se redacten en un determinado idioma que el consumidor comprenda, o, con carácter general, que las cláusulas del contrato se redacten de forma que el consumidor pueda entenderlas – lo que debe incluir en un idioma que entienda–.

22. El idioma del contrato, por otra parte, puede ser constitutivo de indicios a varios efectos. Así, en primer lugar, debe tenerse presente para valorar si el destinatario de una notificación conoce o el idioma del documento notificado. En segundo lugar, el idioma forma parte de los factores a tener en cuenta en orden a determinar si un profesional dirige sus actividades a un determinado mercado por el hecho de emplear ese idioma en sus operaciones y, con ello, poder caracterizar un contrato como celebrado por consumidores. Y, finalmente, es denotativo de un vínculo con un determinado ordenamiento, tanto a efectos de aplicar las normas de conflicto de este ordenamiento, como a efectos de confirmar la existencia de una elección tácita de la ley aplicable o la aplicación de la cláusula de escape. En estos casos, puede resultar determinante el idioma de que se trate, toda vez que cuanto más extendido se encuentre su empleo en la contratación, menos fuerte será el indicio de vinculación a un determinado territorio o a una determinada ley.

DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMPETENCIA EXCLUSIVA (POR RAZÓN DE LA MATERIA): ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y PÚBLICO

Benedetta UBERTAZZI *

Profesora asistente de Derecho internacional
Facultad de Derecho, Universidad de Macerata, Italia

SUMARIO: I. Introducción. 1. Competencia exclusiva entre el Derecho internacional privado y público. 2. Perspectivas del *common law* y del *civil law*. II. Tesis que plantean que la *comity*, la doctrina del *Act of State* y el principio de territorialidad, establecen normas implícitas de competencia exclusiva. 1. La decisión *Voda* del Tribunal de Apelación del Circuito Federal de EE UU y la decisión *Lucasfilm* del Tribunal de Apelación del Reino Unido. 2. La decisión *GAT* del Tribunal de Justicia. III. Las normas de competencia exclusiva no son establecidas por la doctrina de la *comity*, por la doctrina del *Act of State* o por el principio de territorialidad, sino que por el contrario resultan ilícitas de conformidad con las normas de derecho internacional público sobre el derecho de acceso a un juez: el tema y la delimitación de esta investigación. IV. Denegación de justicia y *forum necessitatis*. 1. Denegación de justicia. 2. *Forum necessitatis*. 3. Jerarquía de las fuentes de ley. 4. Sistema de Bruselas. 5. Competencia exclusiva en el sistema de Bruselas. V. El derecho fundamental de acceso a un juez. 1. Derecho de acceso a un juez. 2. Ley aplicable. 3. Naturaleza del procedimiento. 4. Posibles restricciones al derecho de acceso a un juez. 5. Reglas de competencia internacional. 6. Medios alternativos de recurso. 7. Competencia exclusiva. VI. La competencia exclusiva implica una denegación de justicia y viola el derecho fundamental de acceso a un juez. 1. Denegación de justicia. 2. Violación del derecho fundamental de acceso a un juez. 3. Soluciones del Derecho internacional privado y desde el ámbito de los derechos humanos. VII. Consecuencias: 1. Consecuencia General. 2. Derechos de propiedad intelectual de la Unión Europea. 3. Competencia unificada en materia de patentes. 4. Competencia interna. 5. *Forum shopping*

* LL.M. (España), PhD (Italia); becaria de investigación, beca de la Fundación Von Humboldt para investigadores experimentados (instituto de acogida: *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition y Tax Law, München*). Agradecimientos a Ricardo Luzzatto, Nerina Boschiero, Marco Ricolfi, Andrea Giussani, Irene Calboli, Pedro De Miguel Asensio, Annette Kur, Paul Torremans, Jane Ginsburg, Ernst Numann, Trevor Cook, Marie-Elodie Ancel, y Lydia Lundstedt, por compartir conmigo interesantes casos y documentos y por sus valiosas observaciones. Cualquier error en este trabajo debe atribuirse únicamente a mí. Todos los sitios de Internet en adelante citados han sido consultados por última vez el 20 de diciembre de 2010.

RESUMEN: En últimos años prestigiosos tribunales de todo el mundo han rehusado a decidir asuntos relacionados con derechos de propiedad intelectual extranjeros registrados o no registrados (en adelante: DPI), en procedimientos relativos a acciones de infracción de DPI o cuando el demandado en una acción de infracción de DPI o el demandante en una acción de declaración de inexistencia de infracción presentan como argumento que sustenta su excepción o su acción respectivamente, la invalidez o nulidad de los DPI y la consecuente inexistencia de infracción (mejor conocidas como cuestiones de validez planteadas con carácter incidental). El presente trabajo adopta y desarrolla una tesis según la cual las reglas de competencia exclusiva en los casos concernientes a los DPI además de no ser sugeridas por el Derecho internacional público, resultan ilícitas de acuerdo con los principios generales de negación de justicia y el derecho humano fundamental de acceso a un juez, y por lo tanto deben ser abandonadas no sólo con respecto a las infracciones de DPI, sino también en relación a las demandas de validez de DPI presentadas como defensa en procesos de infracción, como lo sostiene la mayor parte de la doctrina y como aparece codificado por las más recientes iniciativas académicas tales como los principios del *American Law Institute* (ALI) y el proyecto del *European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property* (proyecto CLIP).

PALABRAS CLAVE: DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL – INFRACCIONES – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – LÍMITES IMPUESTOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL – DENEGACIÓN DE JUSTICIA – COMPETENCIAS EXCLUSIVAS.

SUMMARY: *In the last years, prestigious courts of different countries around the world have declined jurisdiction in matters related to foreign -registered or not- intellectual property rights: in particular, when an incidental question concerning the validity of the right arise. This incidental question comes up both when the proceedings concern the violation of intellectual property rights and the defendant argues that the right is void or null, so there is no violation at all; and when the claimant aims at a declaration of no-violation of the right, on grounds of its nullity. The present paper takes up and develops a thesis that is being held by the majority of scholars and has been brought to the most recent academic works, such as the Principles of the American Law Institute and the Draft CLIP Principles. According to this thesis, the rules on exclusive jurisdiction in matters of intellectual property are not suggested by Public International Law, and are illicit according with the general principles of denial of justice and the fundamental human right of access to jurisdiction. Therefore, the said rules must be abandoned not only in the matters related to the violation of the right, but also when a question concerning the validity of the right arises.*

KEYWORDS: INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS – VIOLATIONS – INTERNATIONAL JURISDICTION – PUBLIC INTERNATIONAL LAW LIMITATIONS – DENIAL OF JUSTICE – EXCLUSIVE GROUNDS FOR JURISDICTION.

I. Introducción

1. Competencia exclusiva entre el Derecho internacional privado y público

En últimos años prestigiosos tribunales de todo el mundo han rehusado a decidir asuntos relacionados con derechos de propiedad intelectual extranjeros registrados o no registrados (en adelante: DPI), en procedimientos relativos a acciones de infracción de DPI o cuando el demandado en una acción de infracción de DPI o el demandante en una acción de declaración de inexistencia de infracción presentan como argumento que sustenta su excepción o su acción respectivamente, la invalidez o nulidad de los DPI y la consecuente inexistencia de infracción (mejor

conocidas como cuestiones de validez planteadas con carácter incidental). En estos casos el rechazo a proferir una decisión respecto a las pretensiones de infracción y validez de DPI extranjeros, ha sido sustentado en normas de competencia exclusiva por razón de la materia¹ (en adelante: competencia exclusiva), según las cuales el Estado que ha concedido o reconocido los concernientes DPI tiene competencia exclusiva para tratar las demandas respectivas.

Entre tales decisiones² encontramos la sentencia del Tribunal Supremo de Apelación de Sudáfrica en el caso *Gallo v. Sting Music* de 3 de septiembre de 2010³, la decisión *Voda v. Cordis* del Tribunal de Apelación del Circuito Federal de EE UU del primero de febrero de 2007⁴, la decisión *Lucasfilm v. Ainsworth* del Tribunal de Apelación del Reino Unido de 16 de diciembre de 2009⁵, y la decisión *GAT* de 13 de julio 2006 del TJCE⁶.

¹ De tipo estatutario o jurisprudencial, *vid. infra*.

² *Vid.* también las decisiones mencionadas en el informe general sobre “Intellectual Property and Private International Law” preparado por T. Kono y P. Jurčys para el décimo octavo congreso internacional de derecho comparado, llevado a cabo en Washington del 26–31 de julio de 2010, y próximo a ser publicado en la obra de T. Kono. (ed.), *Intellectual Property and Private International Law*, con la editorial Martinus Nijhof, subapartado II.4; y las decisiones citadas en los siguientes informes nacionales sobre “Jurisdiction and applicable Law in Matters of Intellectual Property” próximos a ser publicados *ibid.*: M.C. Janssens para Bélgica, subapartado I.II.2.1.3; J. Blom para Canadá (incluyendo Quebec), subapartado II.A; I. Kunda para Croacia, subapartado I.B; M.E. Ancel para Francia, subapartado I.ii); A. Metzger para Alemania, subapartado I.2.a).(1); V. Sing para India subapartado I.2; N. Boschiero y B. Ubertazzi para Italia, subapartado II. caso 2, disponible también en *Cardozo Electronic Law Bulletin* 2010, 291 Cardozo (<http://www.unipa.it/scienzepolitiche/files/Italian%20National%20Reports%20to%20Washington%202010.pdf>); D. Yokomizo para Japón, subapartado I.1.2; A. Dias Pereira para Portugal, subapartado I.B.2.2; D. Možina para Eslovenia, subapartado I.II.1; P. De Miguel Asensio para España, subapartado 1.2.1–3; A. Charbon para Suiza, subapartado I.1; D. Van Engelen para los Países Bajos, subapartado 3.6.

³ Tribunal Supremo de Apelación de Sudáfrica, *Gallo Africa Ltd y Others v Sting Music (Pty) Ltd and Others*, (40/2010), [2010] ZASCA 96 de 3 de septiembre de 2010, disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2010/96.html>. Esta decisión fue proferida cuando este estudio ya había sido enviado para publicación. En consecuencia, en el presente trabajo solo es comentada la conclusión de la decisión, según la cual “el tribunal de Sudáfrica no tiene competencia para conocer de la infracción de derechos de autor respecto a derechos de autor extranjeros”. Sin embargo, tal conclusión es similar, *mutatis mutandis*, a la conclusión de la sentencia *Lucasfilm* que será tratada en este documento en manera detallada. Por lo tanto, las observaciones referentes a la decisión *Lucasfilm* pueden ser extendidas, *mutatis mutandis*, a la sentencia sudafricana *Gallo*.

⁴ Decisión de la U.S. Federal Circuit, de 2007, *Voda v Cordis Corp.*, 476 F.3d 887. *Vid.* J. Ginsburg, “Jurisdiction y Recognition of Judgments under the ALI Principles”, en S. Bariatti. (ed.), *Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border*, Pádua, Cedam, 2010, nota 2.

⁵ As. *Lucasfilm Limited, Star Wars Productions Limited, Lucasfilm Entertainment Company Limited / Yew Ainsworth, Shepperton Design Studios Limited*, de 2009, EWCA Civ 1328. La decisión del tribunal (Rix, Jacob y Patten LJ) fue dictada por L.J. Jacob y aun no constituye *res judicata*. Sobre esta decisión *vid.* P. Torremans, “Editorial. *Lucasfilm v. Ainsworth*”, *IIC*, vol. 7, 2010, p. 751; A. Dickinson, “The Force be with the EU? Infringements of US Copyright in the English Courts”, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2010, p. 181. Respecto a la decisión de primera instancia de este mismo caso *vid.* Austin, “The Concept of “Justiciability” in Foreign Copyright Infringement Cases”, *IIC*,

Estas decisiones se basan en el supuesto según el cual, toda vez que los DPI están relacionados con la soberanía de un Estado o con políticas nacionales, son otorgados a través de actos de los Estados y limitados al territorio del Estado que los ha concedido, el ejercicio de la competencia por parte de un Estado diverso de aquel que concedió o reconoció un DPI en temas relacionados con dicho DPI constituiría una injerencia irrazonable en la actividad de la autoridad del Estado que concedió/otorgó el DPI en cuestión. Para evitar dicha injerencia irrazonable los tribunales llamados a decidir un asunto deben declinar la competencia en relación con los casos de DPI extranjeros. Esta declinación de competencia no es el resultado de ninguna obligación general de derecho público internacional, sino que es un acto discrecional de restricción basado en las reglas de conflicto de leyes de derecho internacional procesal con fundamento en razones de “*comity* respecto a los tribunales extranjeros” y con base en la “doctrina del *Act of State*” (en adelante y solo para fines de este trabajo, la “*comity* respecto a los tribunales” y la “doctrina del *Act of State*” por motivos de simplicidad serán mencionadas como *comity* o como doctrina del *Act of State*, indistintamente⁷). En efecto, a

2009, p. 393. Sin embargo, *vid.* la reciente sentencia de *Royal Courts of Justice, Strand, London*, de 2 de noviembre de 2010, *Crosstown Music Company 1, LLC v. Rive Droite Music Limited, Mark Taylor, Paul Barry*, WC2A 2LL, parcialmente disponible en: <http://vlex.co.uk/vid/hc07c01296-55141239>, en la cual la intención de una de las partes de argumentar en pro de una aplicación amplia del asunto *Lucas-film* del tribunal de apelación inglés, no tuvo éxito.

⁶ Con esta sentencia el TJ emitió un pronunciamiento no respecto a su competencia, sino respecto a la competencia de los tribunales de los Estados miembros de la UE. *Vid.* la decisión del TJ 13 de julio de 2006, C-4/03, as. *GAT*, ECR I-6509. Sobre esta decisión *vid.* las críticas de A. Kur, “A Farewell to Cross-Border Injunctions? The TJUE Decisions *GAT v. LuK y Roche Nederly v. Primus y Goldenberg*”, *JIC*, 2006, p. 844; “CLIP, Exclusive Jurisdiction y Cross Border IP (Patent) Infringement. Suggestions for Amendment of the Brussels I Regulation”, en www-cl-ip.eu; L. Lundstedt, “In the Wake of *GAT/LuK y Roche/Primus*”, *NIR*, 2007, p. 123; 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 y Information Technology*, Kluwer Law International, 2008, p. 61; M. Norrgård, “A Spider Without a Web? Multiple Defendants in IP Litigation” en, S. Leible & A. Ohly (eds.), *Intellectual Property y Private International Law*, Tubinga, 2009, p. 217; L. Fumagalli, “Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border: Jurisdiction y Recognition of Judgments under the Brussels I Regulation”, en S. Bariatti (ed.), *op. cit.*, p. 15; A. Kur y B. Ubertazzi, “The ALI Principles y the CLIP Project – a Comparison”, *ibid.*, subapartado 1 y subapartado 2.c). *Vid.* también los informes mencionados en la nota 2 del presente estudio. De otro modo, *vid.* la ponencia sobre “Gli standards di tutela dell’UE a confronto con gli standard internazionali. Proprietà intellettuale”, presentada en el décimo quinto Congreso de la Sociedad Italiana de Derecho Internacional en Boloña, Junio 10–11, 2010, por M. Frigo, disponible en: http://streaming.cineca.it/SIDI-XV/play.php?dim_get=320&player_get=flash&flusso_get=flash, según la cual la decisión *GAT* debe ser evaluada positivamente puesto que reconoce el principio de seguridad jurídica de conformidad con el art. 6 CEDH. Sin embargo, como será explicado en detalle más adelante, dicho art. Va en contra de las disposiciones en materia de competencia exclusiva.

⁷ Sobre la posibilidad de considerar la doctrina del *Act of State* como una extensión de la *comity* y de “*read the two together*” *vid.* J.S. Tyshow, “Informal Foreign Affairs Formalism: The Act of State Doctrine and the Reinterpretation of International Comity”, *VA. J. Int’l L.*, vol. 43, 2002, pp. 278 y 298, quien además menciona ampliamente las semejanzas y diferencias entre la *comity* y la doctrina del *Act of State*.

pesar de que las reglas de *comity* son de carácter nacional, tales disposiciones tienen sus raíces en el concepto de soberanía territorial en un sistema de igualdad de naciones. Por lo tanto “incluso más importantes que las normas de conflicto de leyes son los límites básicos de la *comity* [...] a saber” los objetivos que deben ser alcanzados en su adopción, entre los cuales se encuentra la necesidad de evitar efectos perjudiciales en la estabilidad internacional y entre las naciones⁸. Por consiguiente, “la cuestión de la extensión de la *comity* toca temas que conciernen la interacción de naciones soberanas – asuntos típicamente dentro del ámbito del Derecho internacional público”⁹, y la *comity* puede definirse como un principio no vinculante que rige los asuntos internacionales o como “un puente entre el Derecho internacional público y privado”¹⁰.

Las decisiones aquí examinadas parecen coincidir con las tentativas de desarrollar un Derecho internacional público general de asignación de la competencia en asuntos civiles, que comenzaron en el siglo XVIII en los Países Bajos, y desde ahí en los sistemas legislativos anglo-americanos, que eran populares en Alemania hacia finales del siglo XIX¹¹, que “han sido recientemente restablecidas por” ciertos “juristas de Derecho internacional público”¹², y que se basan en razones de *comity*¹³. Por el contrario, este estudio adopta la opinión de confor-

⁸ N.J. Calamita, “Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings”, *U. Pa. J. Int’l Econ. L.*, vol. 27, 2006, pp. 619–622.

⁹ N.J. Calamita, *loc. cit.* p. 623. Vid. también H.G. Maier, “Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: an Intersection between Public and Private International Law”, *Am. J. Int’l L.*, vol. 76, 1982, p. 281, en su opinión “the doctrine of comity is not a rule of public international law, but the term characterizes many of those same functional elements that define a system of international legal order”. Vid. también T.H. Hill, “Sovereign Immunity and the Act of State Doctrine. Theory and Policy in United States Law”, *RabelsZ*, vol. 46, 1982, p. 126.

¹⁰ Vid. N.J. Calamita, *loc. cit.*, p. 619. Vid. también J.A. Kämmerer, “Comity”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006, disponible en www.mpepil.com, p. 2, y allí las referencias necesarias sobre la jurisprudencia relevante de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) el cual señala que la *comity* es un principio no vinculante que regula las relaciones internacionales. Vid. también ulteriores referencias sobre la jurisprudencia de la CIJ en C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 143.

¹¹ Vid. los estudios de U. Huber y J. Story, citados por H.G. Maier, *loc. cit.*, p. 280, con ulteriores referencias bibliográficas y respectivamente los trabajos de E. Zitelmann y E. Frankenstein, citados por R. Michaels, “Public and Private International Law: German Views on Global Issues”, *J. Private Int’l L.*, vol. 4, 2008, p. 125.

¹² Vid. R. Michaels, “Public...” *loc. cit.*, p. 125, y allí ulteriores referencias bibliográficas

¹³ *Ibid.*, 130. Vid. también H.G. Maier, *loc. cit.*, p. 281. Sobre la *comity* como regla de derecho internacional privado en general vid. L. Collins, “The United States Supreme Court y the Principles of Comity: Evidence in Transnational Litigation”, *Yearb. Private Int’l L.*, vol. 8, 2006, pp. 53 ss; D. Earl Childress III, “Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws”, *University of California–Davis Law Review*, vol. 44, 2010, p. 1 ss; F.J. Zamora Cabot, “On The International Comity In The Private International Law System Of The U.S.A”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 19, 2010, pp. 1 ss. Disponible en: www.reei.org. Sobre la *comity* como regla de derecho internacional privado respecto a DPI vid. J. Braithwaite y P. Drahos, *Global Business Regulation*, Cambrid-

midad con la cual tales “tentativas han fracasado”¹⁴; el Derecho internacional público no limita el ejercicio de la competencia de un Estado dentro de sus fronteras¹⁵, y el “Derecho internacional público puede desempeñar un papel en el Derecho internacional privado” solamente “en [...] la concepción más amplia de los derechos humanos”¹⁶, imponiendo a los Estados la concesión del derecho de acceso a un juez y por lo tanto el abandono de las normas de competencia internacional contrarias a dicho derecho, tales como las reglas de competencia exorbitante¹⁷ y exclusiva¹⁸, siendo solamente las últimas objeto de examen en este trabajo y en relación con DPI.

Como conclusión, este escrito adopta y desarrolla una tesis según la cual las reglas de competencia exclusiva en los casos de DPI además de no ser sugeridas por el Derecho internacional público, resultan ilícitas de acuerdo con los principios generales de negación de justicia y el derecho humano fundamental de acceso a un juez, y por lo tanto deben ser abandonadas no sólo con respecto a las infracciones de DPI, sino también en relación a las demandas de validez de DPI presentadas como defensa en procesos de infracción, como lo sostiene la mayor parte de la doctrina¹⁹ y como aparece codificado por las más recientes iniciativas académicas tales como los principios del *American Law Institute* (ALI) y el pro-

ge, Cambridge University Press, 2000, pp. 58 ss. *Vid.* también W. Patry, “Choice of Law y International Copyright”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 48, 2000, p. 416, quien sin embargo se concentra más en los conflictos de leyes (en materia de derecho de autor) que en los temas de competencia internacional aquí examinados.

¹⁴ R. Michaels, “Public...” *loc. cit.*, pp. 125–130. *Vid.* también A. Mills, *The confluence of public and private international law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 23.

¹⁵ Excepto en casos excepcionales, tales como los que conciernen materias que son inmunes a la competencia extranjera. Sobre la inmunidad jurisdiccional respecto a asuntos de DPI *vid.* V. Morris, “Sovereign Immunity: the Exception for Intellectual Property”, *Vyerbilt J. Trans. L.*, 1986, p. 115; A. Matsui, “Intellectual Property Litigation y Foreign Sovereign Immunity: International Law Limit to the Jurisdiction over the Infringement of Intellectual Property”, *IIP Bulletin* 2003, en http://www.iip.or.jp/e/summary/pdf/detail2002/e14_20.pdf; B. Ubertazzi, “Intellectual Property y State Immunity from Jurisdiction in the New York Convention of 2004”, *Yearb. Private Int’l L.*, vol. 11 2009, pp. 599 ss, y allí las ulteriores referencias jurisprudenciales provenientes de diferentes países.

¹⁶ R. Michaels, “Public...”, *loc. cit.*, pp. 125–130 y ulteriores referencias bibliográficas allí señaladas.

¹⁷ *Vid.* C. Focarelli, “The Right of Aliens not to be Subject to So-Called “Excessive” Civil Jurisdiction”, en B. Conforti y F. Francioni (eds.), *Enforcing Human Rights in Domestic Courts*, La Haya, 1997, p. 441; D.P. Fernández Arroyo, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *R. des C.*, t. 323, 2006, pp. 9–260, *passim*; G. Cordero Moss, “Between Private y Public International Law: Exorbitant Jurisdiction as Illustrated by the Yukos Case”, *Review of Central and East European Law*, vol. 32, 2007, p. 1; C. Ryngaert, *op. cit.*, p. 165; N. Boschiero, “Las reglas de competencia judicial de la Unión Europea en el espacio jurídico internacional”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, p. 47, y allí ulteriores referencias bibliográficas necesarias. *Vid.* también las referencias doctrinales citadas en la nota 158.

¹⁸ Respecto al abandono de las normas en materia de competencia exclusiva *vid.* D.P. Fernández Arroyo, *loc. cit.*, *passim*.

¹⁹ *Vid.* los principios del ALI y CLIP, *infra*.

yecto del *European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property* (proyecto CLIP)²⁰.

2. Perspectivas del Common Law y del Civil Law

Finalmente, es necesario destacar que con respecto a la competencia internacional “los conceptos básicos, la lengua, y la técnica legislativa” adoptados en Europa divergen considerablemente de los del sistema de EE UU, puesto que “el derecho europeo no distingue entre la competencia personal y la competencia por razón de la materia, mientras que el derecho estadounidense no emplea las categorías de competencia general, especial y exclusiva”²¹. Sin embargo, mientras que por una parte “el derecho estadounidense y europeo proporcionan métodos funcionalmente equivalentes para resolver los mismos problemas”, no obstante “no puedan estar de acuerdo en estos métodos o en unificarlos”²², por otro lado, por lo menos con respecto a los casos de DPI, parece que “buena parte de la idea”²³ de que los dos sistemas sean “significativamente diferentes”²⁴ “deriva de las diferencias de estilo y estructura más que de diferencias en la sustancia”²⁵. Por lo tanto, no obstante este trabajo adopte la noción de competencia exclusiva que se arraiga en la tradición legal europea en lugar de las categorías estadounidenses de competencia personal y por razón de la materia, el estudio tiene por objeto proponer (y demostrar) una tesis aplicable (por lo menos) a ambos sistemas legislativos.

II. Tesis que plantean que la *comity*, la doctrina del *Act of State* y el principio de territorialidad, establecen normas implícitas de competencia exclusiva

1. La decisión *Voda* del Tribunal de Apelación del Circuito Federal de EE UU y la decisión *Lucasfilm* del Tribunal de Apelación del Reino Unido

En este marco, este estudio empieza por analizar la primera tesis, según la cual la *comity* y el principio de territorialidad establecen la competencia exclusi-

²⁰ La mayoría de la doctrina se opone a las reglas de competencia exclusiva en relación con las infracciones de DPI y los temas sobre validez de los DPI invocados con carácter incidental. *Vid.* la doctrina que critica seriamente la decisión *GAT* del TJ *cit.*, nota 6. *Vid.* también la doctrina mencionada en la nota 2. *Contra vid.* M. Frigo, *loc. cit.*, nota 6.

²¹ A. Kur y B. Ubertaini, *loc. cit.*, III.1. *Vid.* también A. Gardella y L. Radicati di Brozolo, “Civil Law, Common Law y Market Integration: EC Approach to Conflicts of Jurisdiction”, *Am. J. Comp. L.*, 2003, p. 611; A. Nuyts, “Due Process y Fair Trial: Jurisdiction in the United States y in Europe Compared”, en A. Nuyts y N. Watté (eds.), *International Civil Litigation in Europe y Relations with Third States*, Bruselas, Bruylant, 2005, p. 157; R. Michaels, “Two Paradigms of Jurisdiction”, *Mich. J. Int’l L.*, vol. 27, 2006, p. 1011.

²² R. Michaels, “Two Paradigms...”, *loc. cit.*, p. 1011.

²³ A. Kur y B. Ubertaini, *loc. cit.*, subapartado I.1.

²⁴ R. Michaels, “Two Paradigms...”, *loc. cit.*, p. 1011.

²⁵ A. Kur y B. Ubertaini, *loc. cit.*, subapartado I.1.

va de los tribunales del Estado que concedió o reconoció un derecho de propiedad intelectual registrado o no, tanto con respecto a su validez²⁶ como a las infracciones al mismo. Esta tesis fue recientemente adoptada, *inter alia*, por dos importantes tribunales nacionales, a saber, la decisión *Voda v. Cordis* del tribunal de apelación del circuito federal de EE UU y la decisión *Lucasfilm v. Ainsworth* del tribunal de apelación del Reino Unido. (i) En el caso *Voda*, el demandante, *Voda*, era un residente en EE UU, mientras que el demandado, *Cordis*, era una entidad establecida en dicho país. *Voda* era titular de varias patentes estadounidenses, “europeas, británicas, canadienses, francesas, y alemanas”²⁷ relacionadas con una única invención, tales patentes, de acuerdo con *Voda*, eran infringidas por parte de *Cordis*. *Cordis* admitió la acción relativa a la infracción de las patentes estadounidenses, pero se opuso al argumento de la infracción de las patentes extranjeras señalando que el Tribunal carecía de competencia por razón de la materia respecto a tales peticiones. El Tribunal estadounidense aceptó los argumentos de *Cordis* y se rehusó a examinar las pretensiones de *Voda* respecto a las patentes extranjeras. (ii) En el caso *Lucasfilm* ciertos demandantes estadounidenses (*Lucasfilm Limited*, *Star Wars Productions Limited*, *Lucasfilm Entertainment Company Limited*, en adelante y en general: “*Lucasfilm*” o “el demandante”) iniciaron una acción ante un tribunal estadounidense contra dos personas domiciliadas en el Reino Unido (*Andrew Ainsworth y Shepperton Design Studios Limited*, en adelante y en general: “*Ainsworth*” o “el demandado”), argumentando que el demandado había infringido el derecho de autor estadounidense respecto a un número de obras creadas para la película titulada *Star Wars*. Según el demandante, la actividad de infracción del demandado fue “efectuada en o desde el Reino Unido” en virtud de “ventas a los clientes estadounidenses en EE UU mediante el envío de productos desde el Reino Unido, haciendo publicidad en Internet y mediante la divulgación de anuncios en publicaciones estadounidenses”²⁸.

Puesto que el demandado no compareció ante el tribunal estadounidense, tal autoridad profirió una decisión en contumacia condenando al demandado por infringir los derechos de autor del demandante. Posteriormente, el demandante solicitó ante un tribunal británico la ejecución de la sentencia estadounidense contra el demandado domiciliado en el Reino Unido. El tribunal de apelación británico rechazó su solicitud estableciendo que “el simple acto de venta de mercancías desde un país A hacia un país B no equivale a la presencia del vendedor en el país B”²⁹, el demandado no debía considerarse como presente en EE UU

²⁶ Invocados en vía principal o con carácter incidental, *vid. infra*.

²⁷ *Voda*, p. 4. Para ulteriores detalles relativos al caso *Voda*, *vid.* el parágrafo 6 de este estudio.

²⁸ *Lucasfilm*, ap. 100. Para ulteriores detalles relativos al caso *Lucasfilm*, *vid.* el parágrafo 6 de este estudio.

²⁹ *Ibid.*, ap. 192.

bajo las normas de competencia internacional británicas que requieren la presencia física de un demandado en el foro del Estado para que los tribunales del foro de dicho Estado pudieran tomar una decisión en su contra y por lo tanto el tribunal estadounidense carecía de competencia respecto al demandado para poder decidir sobre el asunto. Como respuesta el demandante pidió al tribunal británico comenzar un nuevo procedimiento de mérito a fin de “hacer ejecutar el derecho de autor estadounidense”³⁰ directamente en el Reino Unido. El tribunal de Apelación británico también negó esta solicitud, sosteniendo que los derechos extranjeros de propiedad intelectual no son ejecutables en el Reino Unido. De hecho, la decisión del tribunal de apelación Británico no se convirtió en *res judicata*, puesto que Lucasfilm interpuso apelación ante la Cámara de los Lores/Corte Suprema Británica.

En los asuntos *Voda* y *Lucasfilm*, los respectivos tribunales de apelaciones de EE UU y del Reino Unido tomaron sus decisiones con base en dos argumentos relacionados con los principios de *comity* y territorialidad³¹. El primer argumento se basa en la “doctrina del *Act of State*”, la cual “requiere que, en el proceso decisorio, los actos de soberanos extranjeros realizados dentro de sus propias fronteras deban ser considerados válidos”³². Este argumento sostiene que las normas que gobiernan “las relaciones entre soberanos”³³ y que establecen “la *comity* y el principio orientado a evitar una interferencia irrazonable con la auto-

³⁰ *Ibid.*, ap. 17.

³¹ *Vid.* también la introducción de este trabajo.

³² *Voda*, p. 28. Sobre la doctrina del *Act of State* y sobre los argumentos contra su adopción en lo referente a DPI, *vid.* la opinión discrepante del juez Newman en el caso *Voda*, p. 18 citando la jurisprudencia de EE UU la cual “*rejected the theory that ‘the mere issuance of patents by a foreign power constitutes either an act of state, as the term has developed under case law, or an example of governments’ compulsion’*”. *Vid. ibid.*, pp. 18 ss para ulteriores referencias. *Vid.* además C. Bradley, “Extraterritorial Application of U.S. Intellectual Property Law: Territorial Intellectual Property Rights in an Age of Globalization”, *Va. J. Int’l L.*, vol. 37, 1997, p. 505; P. Nicolas, “The Use of Preclusion Doctrine, Anti-suit Injunctions, and Forum Non Conveniens Dismissals in Transnational Intellectual Property Litigation”, *Va. J. Int’l L.*, vol. 40, 1999, p. 9, donde es citada la jurisprudencia estadounidense relevante según la cual “*in those cases in which the courts have traditionally invoked the act of state doctrine ‘the crucial acts occurred as a result of a considered policy determination by a government to give effect to its political and public interests[,] matters that would have significant impact on American foreign relations’*. In contrast, [...] the grant of a patent for floor coverings is merely a ‘ministerial activity’ and thus ‘not the type of sovereign activity that would be of substantial concern to the executive branch in its conduct of international affairs’”. A la misma conclusión llega G. Dinwoodie respecto al derecho de autor, G. Dinwoodie, “Conflicts y International Copyright Litigation: the Role of International Norms”, en J. Basedow, J. Drexler, A. Kur & A. Metzger (eds.), *Intellectual Property in the Conflict of Laws*, Tübingen, 2005, p. 210, y en relación con los DPI en general P. De Miguel Asensio, “Cross-border Adjudication of Intellectual Property Rights y Competition between Jurisdictions”, *AIDA*, 2007, nota 112. Sobre la doctrina del *Act of State* y los argumentos en contra de su adopción en el derecho internacional público en general, y no solo respecto a los DPI, *vid.* recientemente B. Conforti, *Diritto internazionale*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2006, p.232.

³³ *Voda*, p. 21.

ridad de otros soberanos”³⁴, limitan el ejercicio de la competencia internacional de un Estado en asuntos extranjeros, los cuales son la expresión de la soberanía de otro Estado y/o de su políticas locales³⁵. Entre tales materias se encuentran los DPI registrados o no, toda vez que tales derechos son una manifestación de la soberanía de los Estados que los otorgan o que los reconocen³⁶ o constituyen una expresión de las políticas/intereses locales de tal Estado³⁷. En consecuencia, las dos versiones de esta tesis (la del asunto *Voda* y la del asunto *Lucasfilm*, respectivamente) advierten que “los tribunales declinan el ejercicio de” su “competencia”³⁸ en relación con temas relativos a la validez e infracción de DPI extranjeros, ya que “un mundo en el que los Estados regularmente proclamaran competencia respecto a los derechos de propiedad establecidos por otros ciudadanos sería un mundo en el que el principio de la *negative comity* habría desaparecido”³⁹. En ese orden de ideas, las dos versiones de esta tesis proponen que las razones de *comity* implícitamente establecen competencia exclusiva en el Estado que ha otorgado/reconocido un DPI respecto a la validez o infracción del mismo.

El segundo argumento mencionado en los asuntos *Voda* y *Lucasfilm* está basado en el principio de territorialidad⁴⁰. De conformidad con este argumento, el

³⁴ *Lucasfilm*, ap. 171, aludiendo a la sentencia *Voda*. Sobre los argumentos de *comity* respecto a los DPI *vid.* las notas 13 y 40.

³⁵ *Vid.* también la introducción de este trabajo.

³⁶ *Voda*, p. 24, señala que “it would be incongruent to allow the sovereign power of one to be infringed or limited by another sovereign’s extension of its jurisdiction” en relación con una pretensión de infracción de una patente extranjera.

³⁷ *Lucasfilm*, ap. 176, de conformidad con la cual “infringement of an IP right (especially copyright, which is largely unharmonised) is essentially a local matter involving local policies y local public interest” y “enforcement may involve a clash of the IP policies of different countries”.

³⁸ *Lucasfilm*, ap. 171.

³⁹ *Vid.* J. Braithwaite y P. Drahos, *op. cit.*, 58, quienes explican que esta opinión tuvo origen en los comienzos de la historia de los DPI, a saber en el período denominado territorial. Sobre los argumentos en contra de la adopción de las razones de *comity* en la era actual de los DPI, conocida como período de globalización *vid.* las observaciones sucesivas.

⁴⁰ Sobre el principio de territorialidad y los argumentos en contra de su interpretación como regla de competencia internacional en relación con DPI *vid.* en general J. Drexler, “Internationales Immaterialgüterrecht”, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 11, 4 Auflage, Múnich, Verlag Beck, 2006, p. 819; N. Boschiero, “Il principio di territorialità in materia di proprietà intellettuale: conflitti di leggi e giurisdizione”, *AIDA*, 2007, p. 99; G.B. Dinwoodie, “Developing a Private International Intellectual Property Law: the Demise of Territoriality”, *WM. & Mary L.Rev.*, vol. 51, 2009, pp. 711 ss; A. Peukert, *Territoriality y Extraterritoriality in Intellectual Property Law*, próximo a ser publicado en el 2011, en G. Hyl y J. Zekoll (eds), *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Queen Mary Studies in International Law, Leiden/Boston, Brill Academic Publishing, y actualmente disponible en: http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifrv1/peukert/forschung/Territoriality_y_Extraterritoriality_in_Intellectual_Property_Law.pdf, p.11, y allí ulteriores referencias bibliográficas. Sobre un análisis comparativo del principio de territorialidad adoptado (también) como una regla en materia de conflicto de leyes y sobre la actual discusión respecto a si este resulta o no adecuado, *vid.* R. Luzzatto, “Problemi internazionalprivatistici del diritto d’autore”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1989, p. 278; *id.*, “Proprietà intellettuale e diritto internazionale”, *Studi in onore di Adriano Vanzetti. Proprietà inte-*

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (CP)⁴¹, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (CB)⁴², el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT)⁴³ y el acuerdo sobre los ADPIC⁴⁴ establecen el principio de independencia del sistema local de propiedad intelectual de cada Estado, al igual que el principio de territorialidad en la observancia de DPI. Puesto que tanto el principio de independencia local como el de observancia territorial se basan en el “principio de territorialidad”, en adelante se hará alusión a ellos de manera conjunta con la expresión principio de territorialidad. De conformidad con el argumento propuesto en los asuntos *Voda* y *Lucasfilm*, el principio de territorialidad implica la “independencia del sistema soberano [...] de cada país para decidir sobre”⁴⁵ sus DPI, y no permite ninguna injerencia en el sistema de propiedad intelectual de un país extranjero. En este marco, supuestamente existe injerencia cuando un tribunal local decide sobre un DPI extranjero. Así las cosas, se argumenta que el principio de territorialidad proscribe un pronunciamiento en tal sentido. La ausencia de un “estatuto expreso de despojamiento de la competencia”⁴⁶ en el CP, el CB, el PCT y en el acuerdo sobre los ADPIC parece prestar sustento adicional a esta posición, ya que “nada” en tales tratados “contempla o permite a una jurisdicción decidir sobre las patentes de otra”⁴⁷. En conclusión este argumento sugiere que los tratados CP, CB,

llettuale e concorrenza, II, Milán, Giuffrè, 2004, I, p. 901; Drexl J., *cit.*, 820 ss; J. Braithwaite y P. Drachos, *op. cit.*, p. 58. *Vid.* también en general el informe sobre “Intellectual Property y Private International” Law preparado por T. Kono y P. Jurčys, *loc. cit.*, subapartado III.9.3.

⁴¹ Adoptado en 1883, y modificado el 14 de julio de 1967. *Vid.* el texto de este tratado en http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#agreements y en <http://www.wipo.int/treaties/en/summary.jsp>.

⁴² Adoptado en 1886, y modificado el 28 de septiembre de 1979. *Vid. ibid.* el texto de este tratado.

⁴³ Tratado de Washington adoptado en 1970 y modificado el 3 de octubre de 2001. *Vid. ibid.* el texto de este tratado.

⁴⁴ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), anexo 1C del Acuerdo de Marrakesh por el que se establece la Organización Mundial del Comercio firmado en Marrakesh, Marruecos el 15 de abril de 1994. El acuerdo sobre los ADPIC incorpora varias normas convencionales de propiedad intelectual, entre las cuales el principio de territorialidad y el trato nacional. Sin embargo, el acuerdo también “*departs from the long tradition whereby international IP conventions confined themselves to imposing on Members only negative obligations, in particular by requiring national treatment of foreigners, and takes the unprecedented step of mandating positive obligations, including most-favoured nation treatment and greatly expanding minimum IP protection standards*”, en tal sentido M. Ricolfi, “The first Ten Years of the TRIPs Agreement: Is There an Antitrust Antidote Against IP Overprotection Within TRIPs?”, *Marq. Intell. Prop. L. Rev.*, vol. 10, 2006, p. 331. *Vid.* también M. Ricolfi, “The Interface between Intellectual Property y International Trade: the TRIPs Agreement”, *Italian Intell. Prop.*, enero de 2002, p. 29; C. Wadlow, “Including Trade in Counterfeit Goods: The Origins of TRIPs as a Gatt Anti-counterfeiting Code”, *Intellectual Property Quarterly*, 2007, p. 350.

⁴⁵ *Voda*, p. 18.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, p. 19. *Vid.* también *Lucasfilm*, *aps.* 179–180.

PCT y el acuerdo sobre los ADPIC establecen una regla de competencia exclusiva implícita respecto a la validez de DPI y a las disputas por infracción.

2. La decisión GAT del Tribunal de Justicia

Al igual que lo señalado por las dos versiones de la primera tesis, una segunda tesis también sostiene la existencia de reglas de competencia exclusiva implícitas respecto a DPI. Sin embargo, esta tesis difiere de la otra en cuanto, en primer lugar, la regla de competencia exclusiva ampara solamente DPI registrados y no abarca DPI no registrados; y en segundo lugar, la norma de competencia exclusiva comprende los procedimientos relativos a la validez de los DPI⁴⁸ pero no las pretensiones de infracción. (i) Esta tesis es la base del art. 16.4º del Convenio de Bruselas, actual art. 22.4º RB I⁴⁹ (en adelante se hará alusión conjunta al Convenio de Bruselas y al Reglamento Bruselas I con la expresión “sistema de Bruselas”, al igual que al Convenio de Lugano⁵⁰). De hecho, de conformidad con el “Informe Jenard” del Convenio de Bruselas “toda vez que el otorgamiento de una patente nacional constituye el ejercicio de soberanía nacional, el art. 16.4º de la convención sobre decisiones judiciales prevé la competencia exclusiva en procedimientos concernientes a la validez de patentes. Otros temas, inclusive aquellos relacionados con la infracción de patentes, son regulados por las reglas generales de los convenios”⁵¹. (ii) Esta tesis fue también adoptada y desarrollada por el Tribunal de Justicia en la interpretación sobre el alcance del art. 16.4º del Convenio de Bruselas (ahora correspondiente al art. 22.4º RB I) en dos asuntos. En el primero, el asunto *Duijnste*⁵², el señor Duijnste, síndico de la quiebra de una sociedad, solicitó ante el *Arrondissementsrechtbank* de Maastricht que se ordenara en forma conminatoria al señor Goderbauer, antiguo gerente de la compañía, a transferir al señor Duijnste las patentes solicitadas y obtenidas en 22 países, correspondientes a una invención que el señor Goderbauer había desarrollado cuando era empleado de la compañía. El asunto llegó ante el *Hoge Raad* que lo suspendió y refirió al TJ la interpretación prejudicial para saber “si el

⁴⁸ Invocados en vía principal o con carácter incidental, *vid.* la introducción de este estudio.

⁴⁹ Reglamento (CE) nº 44/2001, DO L 12 de 6.1.2001, ha transformado en un instrumento comunitario legal (comunitarizado) el convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil del 27 de septiembre de 1968.

⁵⁰ Convenio de Lugano del 30 de octubre de 2007 celebrado entre la Comunidad Europea y algunos miembros del EFTA – Suiza, Noruega, Islandia – relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32007D0712:EN:NOT>

⁵¹ *Vid.* el informe sobre el convenio escrito por el señor Jenard, DO 1979 C 59, p. 1, en la p. 36. *Vid.* también “Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, signed in Lugano on 30 October 2007. Explanatory Report by Professor Fausto Pocar (*Holder of the Chair of International Law at the University of Milan*), DO 2009/C 319/01, ap. 25.

⁵² STJ 15 de enero de 1983, as. C-288/82: *Duijnste*, ap. 16 y ap. 20, disponible en: <http://www.curia.eu.int>.

concepto de litigio ‘en materia de inscripción o de validez de patentes’, en el sentido del ap. 4 del art. 16 del” Convenio de Bruselas “puede cobijar una disputa como la concernida en la acción principal”, a saber, una disputa que tiene como objeto la transferencia de DPI. El TJ estableció que el art. 16.4º no cobija tales disputas. (iii) En el segundo caso, el asunto *GAT*, el demandante LuK entabló una acción contra GAT ante el *Landgericht* de Düsseldorf. En este caso, tanto el demandante como el demandado eran empresas establecidas en Alemania. LuK’s argumentaba que GAT había infringido dos de sus patentes francesas. GAT contestó a través de una acción declarativa ante el tribunal de Düsseldorf, solicitando al tribunal establecer que GAT no había vulnerado las patentes de LuK, ya que tales patentes eran nulas. El *Oberlandesgericht* de Düsseldorf suspendió el procedimiento y preguntó al TJ si la competencia exclusiva del art. 16.4º CB “sólo existe cuando se presenta una demanda (con efectos *erga omnes*) de declaración de la nulidad de la patente, o debe entenderse que una demanda a efectos de la citada disposición tiene por objeto la validez de patentes cuando el demandado en un procedimiento por violación del derecho de patente o el demandante en un procedimiento en el que se solicita la declaración de inexistencia de violación de una patente proponen una excepción de invalidez o de nulidad de la patente, con independencia de que el tribunal que conoce de la demanda considere la excepción fundada o no y de cuándo se proponga la excepción en el curso del procedimiento” (parágrafo 12). El TJ respondió que “la regla de competencia exclusiva” establecida por el art. 16.4º del Convenio “se aplica a todos los litigios relativos a la inscripción o validez de una patente, tanto si la cuestión se suscita por vía de acción como por vía de excepción”⁵³.

En los dos asuntos *Duijnste* y *GAT*, el TJ efectuó sus conclusiones sobre la base de los siguientes argumentos principales. (i) De conformidad con el TJ “esta competencia exclusiva se justifica por que la concesión de las patentes implica la intervención de la administración nacional (vid., a este respecto, el informe del Sr. Jenard relativo al Convenio, DO 1979, C 59, pp. 1 y ss., especialmente p. 36)”⁵⁴. El TJ hace referencia al “Informe Jenard”, de conformidad con el cual el otorgamiento de una patente es un “ejercicio de la soberanía nacional”⁵⁵. Esta afirmación hace pensar que el “Informe Jenard” se basa en la doctrina del *Act of State*. En consecuencia, las decisiones del TJ que lo citan se basan también en la doctrina del *Act of State*. (ii) Además, la doctrina del *Act of State* es adoptada para sustentar el alcance de la norma de competencia exclusiva sugerida por la segunda tesis. De acuerdo con tal tesis, la norma de competencia exclusiva cobija solamente DPI registrados y no se aplica a DPI no registrados.

⁵³ Ap. 31. Para ulteriores detalles relativos al caso *GAT*, vid. el parágrafo 6 de este estudio.

⁵⁴ STJ *GAT*, ap. 23

⁵⁵ “Informe Jenard”, ap. 36.

La razón de esta distinción es que los DPI son otorgados a través de un acto público de concesión, lo que implica la intervención de la administración nacional y por ende el “ejercicio de la soberanía nacional”, mientras que los DPI no registrados existen sin ninguna condición o formalidad. Además, de acuerdo con esta tesis, las normas de competencia exclusiva amparan los procedimientos relativos a la validez de DPI⁵⁶, pero no cubren las relativas pretensiones de infracción. Tal tratamiento diferencial tiene como premisa el argumento según el cual los procedimientos que conciernen una cuestión de validez de DPI en realidad cuestionan la validez de los actos de concesión, mientras que los procedimientos relativos a la infracción, conciernen solamente la actividad de sujetos privados. Así las cosas, ya que el acto de otorgamiento es un acto de la administración nacional del Estado otorgante, tal conducta se presenta como una expresión de la soberanía del Estado, conduciendo así a la segunda conclusión de la tesis, de acuerdo con la cual los procedimientos de validez implican un examen de las actividades soberanas de Estados extranjeros. (iii) En comparación con la aceptación del primer argumento de la primera tesis por parte del TJ, a saber, la doctrina del *Act of State*, el TJ se ha rehusado a adoptar el segundo argumento de la segunda tesis que sostiene que el CP, el CB, el PCT y el acuerdo sobre los ADPIC implícitamente establecen una norma de competencia exclusiva. Para entender la posición del TJ respecto al CP, al CB, al PCT y al acuerdo sobre los ADPIC es importante recordar brevemente el asunto *Tod's*⁵⁷. En este asunto “al tener conocimiento que” una empresa francesa “ofertaba para la venta y vendía bajo” su “denominación modelos de zapatos que reproducían o, al menos, imitaban las principales características de los modelos Tod's y Hogan”⁵⁸, Tod's inició una acción por falsificación de modelos de zapatos de las marcas Tod's y Hogan ante un tribunal francés. La empresa francesa propuso una excepción de inadmisibilidad argumentando que con base en el Convenio de Berna Tod's no estaba legitimado para reclamar en Francia la protección del derecho de autor para modelos que no reunían las condiciones para ser protegidos por tal concepto en Italia. El órgano jurisdiccional francés suspendió el proceso y remitió al TJ la cuestión a fin de determinar si “se opone el art. 12 [...] CE, que establece el principio general de no discriminación por razón de nacionalidad, a que la legitimación de un autor para reclamar en un Estado miembro la protección del derecho de autor conferida por la legislación de ese Estado esté supeditada a un criterio de distinción basado en el país de origen de la obra”. El TJ consideró que “el objeto” del “convenio no es determinar la ley aplicable en materia de protección de las obras literarias y artísticas, sino que instaura, como regla general, un sistema

⁵⁶ Invocados en vía principal o con carácter incidental, *vid.* la introducción de este estudio.

⁵⁷ STJ 30 de junio de 2005, as. C-28/04: *Tod's SpA, Tod's France SARL / Heyraud SA*, disponible en: www.curia.eu.int.

⁵⁸ *Tod's*, ap. 7.

de trato nacional de los derechos relativos a tales obras”⁵⁹. En consecuencia, el TJ respondió que “el art. 12 CE, [...] debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la legitimación de un autor para reclamar en un Estado miembro la protección de un derecho de autor otorgada por la legislación de ese Estado se supedite a un criterio de distinción basado en el país de origen de la obra”⁶⁰. Las conclusiones del TJ según las cuales, el CB no está relacionado con el Derecho internacional privado y por lo tanto, no determina ninguna ley aplicable, sino que al contrario, establece un principio de trato nacional de naturaleza sustancial, pueden ser aplicables al CP, al PCT, al acuerdo sobre los ADPIC y también al Derecho procesal internacional. En ese orden de ideas, la sentencia *Tod's* interpretada en este sentido, determina que el principio de territorialidad del CP, del CB, del PCT y del acuerdo sobre los ADPIC, no solamente no se refiere al derecho aplicable, sino que tampoco propone una norma implícita de competencia exclusiva.

III. Las normas de competencia exclusiva no son establecidas mediante la *comity* o por la doctrina del *Act of State* ni por el principio de territorialidad, sino que por el contrario resultan ilícitas de conformidad con las normas de derecho internacional público sobre el derecho de acceso a un juez: el tema y la delimitación de esta investigación

Las dos tesis mencionadas sobre competencia exclusiva, en primer lugar la de los asuntos *Voda* y *Lucasfilm* y en segundo lugar la de las decisiones del TJ, no resultan convincentes por dos motivos, cada uno de ellos relacionado con la inaceptabilidad de los argumentos a favor de ellas, al ser consideradas en el contexto del Derecho internacional público.

El primer argumento planteado en favor de estas tesis, basado en la doctrina del *Act of State* y en los motivos de *comity*, respectivamente, no resulta convincente por las razones que explicaré y demostraré en detalle en el segundo capítulo de mi libro en curso de publicación, sobre competencia exclusiva en asuntos de DPI. Para los fines que nos ocupan, simplemente afirmaré que los DPI no son la expresión de la soberanía o de políticas locales de los Estados que los otorgan/reconocen, sino que son “derechos privados”⁶¹, si bien es cierto que, cuando son registrados, son creados con condiciones o formalidades por ejemplo, me-

⁵⁹ *Tod's*, ap. 32.

⁶⁰ *Tod's*, ap. 36.

⁶¹ En tal sentido European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), *Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property, Second Preliminary Draft*, (6 de junio de 2009), uno de los preámbulos no enumerado, en: http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/draft-clip-principles-06-06-2009_version_2.pdf. Sin embargo, la referencia respecto a la naturaleza de “derechos de tipo privado” no se encuentra en el *Third Preliminary Draft of the CLIP Principles*, (1 de septiembre de 2010), disponible en: http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/draft-clip-principles-01-09-2010_version_3.pdf.

dian­te un acto adminis­tra­tivo. Ade­más, a pesar de que *in arguen­do* estos actos adminis­tra­tivos sean con­side­ra­dos como *Acts of State*⁶², carác­ter­i­zar­los como tales no im­pe­diría el ejer­cicio de la juris­dic­ción de un país ex­tran­je­ro sobre temas con­cer­nien­tes a la va­li­dez de los mis­mos⁶³, pues­to que las ra­zo­nes de *comity* y la doc­tri­na del *Act of State* no se fun­dan en el de­re­cho in­ter­na­cional pú­blico ge­ne­ral, que el de­re­cho in­ter­na­cional pú­blico no li­mita el ejer­cicio de la juris­dic­ción de un Es­ta­do den­tro de sus fron­te­ras in­clu­so res­pec­to a los Ac­tos de Es­ta­dos, y es­pe­cial­men­te que “exis­te” in­clu­so “una in­frac­ción del de­re­cho de ac­ceso a un juez cuan­do un asun­to sea re­cha­za­do con base en la doc­tri­na del *Act of State*”⁶⁴. Fi­nal­men­te, la adop­ción de las ra­zo­nes de *comity* en re­la­ción con as­pec­tos de com­pe­ten­cia in­ter­na­cional de DPI era en­ten­di­ble en los in­i­cios de la his­to­ria de los DPI a sa­ber, en el de­no­mi­na­do ‘pe­ri­odo ter­ri­to­rial’, en el cual exis­tía una co­ne­xión ín­ti­ma en­tre so­bera­nía, DPI y ter­ri­to­rio; sin em­bar­go, la adop­ción de ra­zo­nes de *comity* no se jus­ti­fi­ca hoy en día, cuan­do los pe­ri­odos in­ter­na­cio­na­les y glo­ba­les de los DPI que si­guie­ron al pe­ri­odo ter­ri­to­rial pro­du­je­ron la ar­mo­ni­za­ción de los de­re­chos sus­tan­cia­les y pro­ce­sa­les re­la­ti­vos a DPI con “es­pec­ta­cu­lar im­pac­to” en un “con­tras­te agu­do” con las ló­gi­cas de so­bera­nía (per­so­na­li­dad y ter­ri­to­ria­li­dad)⁶⁵.

El se­gun­do ar­gu­men­to plan­tea­do para sus­ten­tar las te­sis ba­sa­das en el prin­ci­pio de ter­ri­to­ria­li­dad tam­po­co es con­vin­cente por las ra­zo­nes que exa­mi­na­ré a pro­fun­di­dad en el ter­cer ca­pí­tu­lo de mi li­bro en curso de pu­bli­ca­ción. Por con­si­guen­te, aquí si­m­ple­men­te men­cio­na­ré que el prin­ci­pio de ter­ri­to­ria­li­dad adop­ta­do por el CP, el CB, el PCT y el Acuer­do sobre los ADPIC no se basa en nor­mas de com­pe­ten­cia ex­clu­si­va de na­tu­ra­leza im­p­li­ci­ta⁶⁶, y que in­clu­so cuan­do el prin­ci­pio de ter­ri­to­ria­li­dad es­tá en la base de las nor­mas ex­p­li­ci­tas de com­pe­ten­cia in­ter­na­cional es­ta­ble­ci­das por in­stru­men­tos le­ga­les di­ver­sos al CP, al CB, al PCT y al acuer­do sobre los ADPIC, el prin­ci­pio de ter­ri­to­ria­li­dad de­bería ser in­ter­pre­ta­do de con­for­mi­dad con el “prin­ci­pio de pro­xi­mi­dad”, que no pue­de ser de­sar­rol­la­do en este tra­ba­jo mas allá de men­cio­nar que tal prin­ci­pio ja­más pue­de sus­ten­tar nor­mas de com­pe­ten­cia ex­clu­si­va (como será de­mos­tra­do en el ter­cer ca­pí­tu­lo de mi li­bro en curso de pu­bli­ca­ción).

⁶² Sin em­bar­go, res­pec­to a su na­tu­ra­leza como *Acts of State*, *vid.* nota 32.

⁶³ In­vo­ca­dos en vía prin­ci­pal o con carác­ter in­ci­den­tal. *Vid.* la in­tro­duc­ción a este es­tudio.

⁶⁴ En tal sen­ti­do T. Thienel, “The Act of State Doctrines: in Violation of International Law”, pu­bli­ca­da el 23 de oc­tu­bre de 2006 en *The Core*, dis­po­ni­ble en <http://corelaw.blogspot.com/2006/10/act-of-state-doctrine-in-violation-of.html>. *Vid.* tam­bién la in­tro­duc­ción al pre­sen­te tra­ba­jo e *infra* sobre el de­re­cho de ac­ceso a un juez.

⁶⁵ *Vid.* J. Braithwaite y P. Drahos, *op. cit.*, pp. 58 ss.

⁶⁶ Sobre el prin­ci­pio de ter­ri­to­ria­li­dad y las ra­zo­nes en con­tra de su in­ter­pre­ta­ción como una nor­ma de con­flic­to de com­pe­ten­cia en re­la­ción con DPI, *vid.* la doc­tri­na men­cio­na­da en la nota 40.

Las dos tesis sobre competencia exclusiva no son persuasivas además por una tercera razón relacionada con el derecho internacional público. En efecto, las normas de competencia exclusiva vulneran el derecho de acceso a un juez. Este derecho es reconocido por las normas de derecho internacional general al igual que por las convenciones internacionales que establecen evitar el deniego de justicia, la doctrina (regla) del *forum necessitatis* (en adelante: *forum necessitatis*), y el derecho humano fundamental de acceso a un juez. En consecuencia, al violar el derecho de acceso a un juez, las normas de competencia exclusiva violan el derecho internacional público⁶⁷. La demostración de esta conclusión es el objeto del presente documento.

Sin embargo, este trabajo no trata los siguientes temas: el presente análisis no examina temas de Derecho internacional privado relativos a la circulación contractual de DPI, también definidos como derecho de propiedad intelectual “secundario”⁶⁸. En cambio este estudio se concentra en los temas denominados “primarios” o “propietarios” relativos a DPI, que comprenden cuestiones de titularidad, validez, existencia, transferencia, alcance e infracción de tales derechos. De hecho, las normas de competencia exclusiva se relacionan con estas últimas materias y no con las primeras.

Este estudio presupone un análisis comparado que será presentado en el primer capítulo de mi libro en curso de publicación, sobre reglas de competencia exclusiva de tipo jurisprudencial o establecidas por la ley, de origen local o convencional y de tipo imperativo o no vinculante⁶⁹. Este trabajo, se referirá entonces a las normas de competencia exclusiva solo en cuanto sean necesarias para demostrar la conclusión aquí propuesta.

Además, este documento se basa en la premisa, que será demostrada en el primer capítulo de mi libro en curso de publicación, según la cual, las normas de competencia exclusiva no son la expresión de una regla de derecho público internacional consuetudinario. (i) Aquí basta afirmar que la mayoría de los Estados adoptan normas establecidas por la ley o por la jurisprudencia en relación con la competencia exclusiva con respecto a los temas de validez de DPI registrados invocados únicamente en vía principal, y no se extienden a DPI no registrados, tampoco a temas de validez de DPI registrados invocados con carácter incidental o a demandas de infracción. (ii) Además, los principios ALI “*Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*”

⁶⁷ En tal sentido T. Thienel, *loc. cit.*, p. 5, quien llega a una conclusión similar en relación con cualquier rechazo de competencia bajo la doctrina del *Act of State*.

⁶⁸ Sobre la competencia de la Unión Europea relativa a la circulación contractual de DPI, *vid.* B. Ubertaini, “Licence Agreements related to IP rights and the EC Regulation on jurisdiction”, *IIC*, vol. 40, 2009, p. 912, e *ivi* ulteriores referencias bibliográficas.

⁶⁹ Sobre un análisis comparativo sobre las reglas de competencia exclusiva, *vid.* el informe general y el informe nacional citados en la nota 2.

adoptados el 14 de mayo de 2007⁷⁰, no acogen el modelo de la decisión *Voda v. Cordis* del tribunal de apelación del circuito federal de EE UU, sino que al contrario, limitan el ámbito de la norma sobre competencia exclusiva (competencia por razón de la materia) a los temas de validez de DPI registrados invocados en vía principal, sin extenderse a DPI no registrados o a temas de validez de DPI registrados invocados con carácter incidental, tampoco a demandas de infracción⁷¹. (iii) El mismo alcance limitado de competencia exclusiva es adoptado por el tercer borrador preliminar de los principios CLIP *Principios para los Conflictos de Leyes en Propiedad Intelectual*⁷², publicado el primero de septiembre de 2010 y por otros principios académicos que actualmente son negociados en ciertos países asiáticos⁷³. De hecho, *v.gr.* los principios CLIP no adoptan el modelo

⁷⁰ Vid. American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, 14 de mayo 2007, St. Paul, 2008. Sobre los principios del ALI *vid.* T. Kono, "Intellectual Property Rights, Conflict of Laws y International Jurisdiction: Applicability of ALI Principles in Japan", *Brook. J. Int'l L.* vol. 30, 2004–2005, p. 865; C. Kessedjian, "Current International Development in Choice of Law: An Analysis of the ALI Draft", en J. Basedow, J. Drexler, A. Kur y A. Metzger (eds.), *Intellectual Property in the Conflict of Laws*, Tubinga, 2005, p. 19; A. Metzger, "Transfer of Rights, License Agreements, and Conflict of Laws: Remarks on the Rome Convention of 1980 and the Current ALI Draft", en J. Basedow, J. Drexler, A. Kur y A. Metzger (eds.), *ibid.*, pp. 61 ss; F. Dessemontet, "A European Point of View on the ALI Principles—Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes", *Brook. J. Int'l L.*, 2005, p. 850; R. Dreyfuss, "The ALI Principles on Transnational Intellectual Property Disputes: Why Invite Conflicts?", *Brook. J. Int'l L.*, vol. 30, 2005, p. 819; F. Beckstein, "The American Law Institute Project on Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes. Summary of the Presentation given by Rochelle Dreyfuss", en S. Leible y A. Ohly (eds.), *Intellectual Property y Private International Law*, Tubinga, 2009, p. 22; D. Moura Vicente, "La propriété intellectuelle en droit international privé", *R. des C.*, vol. 335, 2008, p. 424; A. Kur y B. Ubetazzi, *loc. cit.*, *passim*, y allí ulteriores referencias bibliográficas; A. Metzger, "Jurisdiction in Cases Concerning Intellectual Property Infringements on the Internet, Brussels—I–Regulation, ALI–Principles y Max Planck Proposals", en S. Leible & A. Ohly (eds.), *op. cit.*, p. 251. *Vid.* también la doctrina citada en la nota 2.

⁷¹ *Vid.* A. Kur y B. Ubetazzi, *loc. cit.*, subapartado II.c), y allí ulteriores referencias bibliográficas.

⁷² *Vid.* European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, Third Preliminary Draft, *op. cit.* Sobre los principios CLIP *vid.* P. De Miguel Asensio, "Cross-border...", *loc. cit.*, p. 873; A. Kur y B. Ubetazzi, *loc. cit.*, *passim*; A. Metzger, "Jurisdiction ...", *loc. cit.*, 251; P. De Miguel Asensio, "Recognition y Enforcement of Judgments in Intellectual Property Litigation: The CLIP Principles", en J. Basedow, J. Drexler, A. Kur y A. Metzger (eds.), *Intellectual Property in the Global Arena: Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Mohr Siebeck, Tubinga, Mohr Siebeck, 2010, en curso de publicación, y actualmente disponible en: <http://eprints.ucm.es/9841/1/PdeMiguelREC-ENF-CLIP.pdf>, *passim*; A. Metzger, "Applicable Law under the CLIP-Principles: A Pragmatic Revaluation of Territoriality", en J. Basedow, J. Drexler, A. Kur y A. Metzger (eds.), *op. cit.*, y ahora disponible en: <http://www.iri.uni-hannover.de/tl/files/Materialien/Metzger/Publikationen/Metzger-ApplicableLawUnderCLIP2010.pdf>, *passim*. *Vid.* también la doctrina citada en la nota 2.

⁷³ *Vid.* la *Transparency Proposal* del Japón, la *Waseda Proposal* del Sureste de Asia, la *Korean Proposal* de Corea y la *MOJ Proposal* del Japón, respecto a todos *vid.* ampliamente T. Kono y P. Jurčys, *loc. cit.*, subapartado I.1.

de la sentencia *GAT* del TJ y establecen criterios de competencia exclusiva para disputas relativas a temas de validez invocados en vía principal, concernientes a derechos de propiedad intelectual registrados⁷⁴. (iv) Además, salvo por el Convenio de Bruselas y la Convención de Lugano que en efecto extienden implícita⁷⁵ o explícitamente⁷⁶ respectivamente el alcance de la competencia exclusiva también a temas de validez de DPI registrados invocados con carácter incidental, las normas de competencia exclusiva concernientes a casos de DPI incluso con un alcance limitado no pueden ser halladas en ninguna otra convención internacional. En cambio, la inclusión de las mismas, aunque con un alcance limitado, en el Borrador de la Convenio de la Haya sobre competencia y efectos de las sentencias de 1999⁷⁷ fue el motivo principal para el fracaso de dicho borrador. Los arts. 12.4º y 12.5º del borrador, otorgaban competencia exclusiva en temas de propiedad intelectual a los tribunales del Estado contratante en el cual hubiera tenido lugar o debiera haber tenido lugar el depósito o el registro, pero no la extendían a derechos de autor o conexos, tampoco a temas de infracción ni a materias de validez invocadas con carácter incidental⁷⁸. A pesar de este limitado alcance, el tema de la competencia exclusiva establecida en la norma en cuestión fue ampliamente debatido, ya que durante los procedimientos de negociación países con jurisdicción del *Common Law* (EE UU, la delegación inglesa y la australiana) y representantes de empresas pusieron en duda incluso la necesidad de las normas de competencia exclusiva⁷⁹. (v) En este contexto, se puede con-

⁷⁴ Vid. A. Kur y B. Ubertazzi, *loc. cit.*, subapartado II.c), y allí ulteriores referencias bibliográficas..

⁷⁵ Vid. la decisión *GAT* del TJ, *supra cit.*

⁷⁶ Vid. el art.22.4º CL.

⁷⁷ Borrador preliminar del Convenio sobre competencia y efectos de las sentencias en materia civil y mercantil (en adelante por sus siglas en inglés, DHJC), de 18 de junio de 1999, con un informe explicativo preparado por Peter Nygh y Fausto Pocar, publicado como (HC) Prel. Doc. No. 11, disponible en: F. Pocar y C. Honorati (eds.), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments: Proceedings of the Round Table held at Milan University on 15 November 2003*, Milán, Cedam, 2005 (en adelante, informe Nygh/Pocar), p. 209. El texto del DHJC se encuentra disponible, *ibid.* Respecto a la historia del borrador y desarrollos subsiguientes vid. A. Schulz, "The Hague Conference Project for a Global Convention on Jurisdiction, Recognition y Enforcement in Civil y Commercial Matters: An Update", en J. Drexler y A. Kur (eds.), *Intellectual Property y Private International Law – Heading for the Future*, 2005, p. 5. Respecto a DPI vid. A. Kur, "International Hague Convention on Jurisdiction y Foreign Judgments: A Way Forward for IP?", *E.I.P.R.* 2002, p. 175; P. Svetozara, "The Potential Impact of the Draft Hague Convention on International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil y Commercial Matters on Internet-Related Disputes with Particular Reference to Copyright", *Intellectual Property Quarterly*, 2004, p. 173.

⁷⁸ Vid. arts. 12.4º y 12.5º del borrador y al respecto el informe Nygh/Pocar, *op. cit.*, p.261; T. Kono y P. Jurčys, *loc. cit.*, subapartado 4.1.

⁷⁹ Tales países sostenían que el simple hecho del depósito o registro de DPI puede permitir el establecimiento de la competencia en los tribunales de un país que no tiene competencia respecto al demandado (competencia *in personam*). Documento preliminar No. 13, *Report of the experts meeting in the intellectual property aspects of the future Convention on jurisdiction y foreign judgments in civil y commercial matters*, 1 de febrero de 2001, disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmppd>

cluir que las normas de competencia exclusiva no se basan en la *opinio iuris ac necessitatis* de los Estados, sino que se sustentan en criticables razones de oportunidad de naturaleza política. Esta afirmación es compatible con las tesis incontrovertibles respecto a temas relacionados con derechos absolutos que no conciernen la propiedad intelectual sino bienes inmuebles, según las cuales aun cuando las normas locales o convencionales no vinculantes o de tipo imperativo asignen competencia internacional exclusivamente a los tribunales del Estado donde está localizado el bien inmueble, tales normas no constituyen la expresión de una regla de derecho internacional público consuetudinario⁸⁰. Finalmente, a pesar de que *in arguendo* las normas de competencia exclusiva deban ser consideradas la expresión de una regla de Derecho internacional público consuetudinario, esta regla es anulada por otra de Derecho internacional público general, constituida por el principio general de Derecho internacional y de derecho la Unión Europea (en adelante y solo para los fines de este trabajo, el principio general de Derecho internacional y de Derecho la Unión Europea será denominado principio general del derecho) del *forum necessitatis* y por el Derecho humano fundamental de acceso a la administración de justicia que examinaremos más adelante en este trabajo. Por consiguiente, las razones de soberanía que se encuentran en la base de presuntas normas consuetudinarias de competencia exclusiva existentes no pueden prevalecer sobre el derecho humano fundamental de acceso a un juez, que sustenta el principio general del *forum necessitatis*.

Este estudio no examina los posibles argumentos que son generalmente invocados a favor de las normas de competencia exclusiva, tales como que dichas derivan del “principio de no justiciabilidad de demandas concernientes a terrenos extranjeros, establecidos hace más de un siglo en el caso Mozambique”⁸¹, que las mismas reglas promueven la “buena administración de justicia” y la

13.pdf. Por el contrario, para las delegaciones suiza y escandinava el tribunal del lugar del registro tiene competencia exclusiva respecto a las materias concernientes a la validez, mientras que los tribunales que decidan sobre demandas de infracción deben suspender el procedimiento hasta que el tema de la validez sea decidido. (Vid. documento preliminar No.13, 4–5). Para una perspectiva general de las opiniones de las delegaciones vid. *ibid.*, 4–6. Vid. también el informe Nygh/Pocar *op. cit.*, pp.261 ss; T. Kono y P. Jurčys, *loc. cit.*, subapartado 4.1. Así las cosas, de acuerdo con los relatores del borrador del Convenio, la definición de los procedimientos relacionados con DPI fue el tema más problemático durante los procedimientos de negociación del borrador del Convenio de la Haya de 1999 y fue el motivo de oposición principal por parte de la delegación estadounidense, lo que condujo parcialmente a su fracaso. Vid. el informe Nygh/Pocar, *op. cit.*, p. 261 ss.

⁸⁰ Vid. G.L. Tosato, *La giurisdizione volontaria nel processo volontario*, Milán, Giuffrè, 1971, p. 19.

⁸¹ En tal sentido A. Dickinson, *loc. cit.*, p. 183. Vid. también Lucasfilm, *aps.* 174–186, evocando el caso *Moçambique*, y P. Torremans, *loc. cit.*, p. 753, según el cual el caso *Moçambique* “is a case about immovable property, and the argument that intellectual property is similar to immovable property has really had its day. And in as far as subject matter jurisdiction is at issue there is simply no way it can find its way into the” *Brussels I “Regulation; the Moçambique case is irrelevant on this point”*.

“economía judicial”⁸², que el “mejor lugar para decidir” las disputas de propiedad intelectual es en los tribunales del Estado que los otorgo/reconoció⁸³, o que las dificultades de la aplicación del Derecho extranjero de propiedad intelectual del Estado que los otorgo/reconoció, en el foro del tribunal del Estado sean demasiado grandes⁸⁴. En consecuencia, este trabajo no expone los argumentos en contra de tales razones, primero porque ellas no están principalmente relacionadas con el Derecho internacional público y segundo, por cuanto serán examinadas en la última parte de mi próximo libro⁸⁵.

Este trabajo tampoco examina la arbitrabilidad de los temas de validez e infracción de DPI, o las medidas cautelares provisionales relativas a temas de DPI, a pesar de que el sometimiento de estas materias ante tribunales arbitrales y ante tribunales estatales diversos de aquellos de los Estados que concedieron el DPI atenta contra la competencia exclusiva de los tribunales del Estado que otorgó/reconoció el DPI⁸⁶. Una vez más, este argumento no está relacionado con el Derecho internacional público y será examinado en la última parte de mi próximo libro.

Este estudio no trata el tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en casos de DPI⁸⁷. (i) De hecho, si bien es cierto que el reparto de com-

⁸² *Vid.* as. *GAT*, ap. 22 y respectivamente *Voda*, p.26.

⁸³ *Vid.* as. *Duijnste*, ap. 22.

⁸⁴ *Vid.* *United States Court of Appeals, Federal Circuit*, 29 de abril de 1994, *Mars Incorporated v. Kabushiki-Kaisha Nippon Conlux*, 24 F.3d 1368, 62 USLW 2720, 30 U.S.P.Q.2d 1621, No. 93-1507, disponible en: <http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/24/24.F3d.1368.93-1507.html>, aps. 28-30.

⁸⁵ *Vid. supra*.

⁸⁶ Sobre la arbitrabilidad de los temas de validez e infracción de DPI (inter partes) *vid.* el capítulo II, caso 11.4, de cada informe nacional sobre “Jurisdiction and applicable Law in Matters of Intellectual Property”, *loc. cit.* Sobre la competencia de los tribunales de Estados distintos de aquéllos que registraron los DPI para pronunciarse respecto a medidas cautelares cuando el tema de la validez de los DPI en litigio es objeto de discusión *vid.* la reciente decisión del Tribunal distrital de la Haya, del 18 de junio de 2008, *Fort Vale/Pelican*, de acuerdo con la cual, la decisión *GAT* del TJ no impide este resultado. Sin embargo, *vid.* también la decisión del tribunal distrital de la Haya del 15 de septiembre de 2010, que reenvía al TJUE la cuestión prejudicial relativa a la aplicabilidad a las medidas provisionales del art. 22.4º, RB I y de la decisión *GAT* del TJ (*District Court The Hague, The Netherlands*, 15 de septiembre de 2010, *NL – Solvay S.A. v. Honeywell / Referral to Court of Justice EU, Solvay S.A. v. Honeywell Fluorine Products Europe B.V.*, as. 09-2275, en <http://www.eplawpatentblog.com/eplaw/2010/09/nl-solvay-sa-v-honeywell-referral-to-court-of-justice-eu.html#tp>. La decisión de reenvío puede ser consultada allí en neerlandés).

⁸⁷ Sobre este tema *vid.* las siguientes decisiones recientes: STJ 11 de mayo de 2000, as. C-38/98: *Régie Nationales des Usines Renault SA / Mexicar SpA*, en www.curia.eu; Decisión de la *U.S. District Court for the Southern District of New York*, de 2005, *Sarl Louis Fearud Intern v. Viewfinder, Inc.*, 406 F.Supp.2d 274 281, 2005; Decisión de la *Supreme Court of Canada*, de 2006, *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, [2006] 2 S.C.R. 612, 2006 SCC 52, disponible en: <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2006/2006scc52/2006scc52.html>. Sobre tales decisiones *vid.* M. Trimble Lyova, “Public Policy Exception to Recognition and Enforcement of Judgments in cases of Copyright Infringement”, *IIC*, vol. 40, 2009, p. 654. *Vid.* también el informe general sobre “Intellectual Property and Private International Law” preparado

petencias es efectivo únicamente cuando la decisión dictada por el tribunal competente es reconocida/ejecutada por el Estado requerido, las normas de competencia exclusiva asumen un papel determinante (también) en la fase de reconocimiento y ejecución. En ese orden de ideas, por un lado el Estado requerido puede denegar el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras con base en que el tribunal que dictó la decisión determinó su competencia sobre la base de normas de competencia internacional similares a las existentes en el país requerido, que establecen una competencia exclusiva y por lo tanto que excluyen la competencia del tribunal respecto a asuntos de DPI extranjeros⁸⁸.

Por otro lado el Estado requerido puede condicionar el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras a que tal reconocimiento no vulnere su política pública, que en el caso específico se considera integrada por el principio que impide fallar sobre temas de derechos extranjeros de propiedad intelectual⁸⁹. (ii) Por consiguiente, todos los argumentos en contra de las normas de competencia exclusiva tratados en este estudio pueden ser razonablemente extendidos a los temas de reconocimiento y ejecución, lo que permite concluir que los Estados deberán generalmente reconocer y ejecutar decisiones extranjeras incluso cuando aborden temas de sus DPI nacionales. (iii) Finalmente, esta conclusión se encuentra soportada no solo mediante los argumentos en contra de las normas de competencia exclusiva, que serán citados más adelante, sino también a través de la opinión según la cual el derecho humano fundamental de acceso a un juez es vulnerado también cuando el Estado requerido de manera ilícita se rehúsa a reconocer y ejecutar una sentencia extranjera dictada por un tribunal competente de conformidad con sus normas de Derecho internacional privado⁹⁰.

Por último, este trabajo sigue la opinión prevalente, según la cual no solo las personas naturales sino también las personas jurídicas son titulares de al menos ciertos derechos humanos fundamentales, entre ellos el derecho de acceso a la un juez y el derecho a la propiedad intelectual⁹¹.

por T. Kono y P. Jurčys, *loc. cit.*, part IV; y los informes nacionales sobre “Jurisdiction and applicable Law in Matters of Intellectual Property”, *loc. cit.*: M.C. Janssens para Bélgica, subapartado I.II.4; J. Blom para Canadá (incluyendo Quebec), subapartado II.A.iii); I. Kunda para Croacia, subapartado I.D; M.E. Ancel para Francia, subapartado I.iv); A. Metzger para Alemania, subapartado I.1.d).(1)–(3); V. Singh para India subapartado 2.2.10; N. Boschiero y B. Ubertazzi para Italia, subapartado I.iv) y subapartado II caso10; D. Yokomizo para Japón, subapartado 2.2.10; A. Dias Pereira para Portugal, subapartado I.D; D. Možina para Eslovenia, subapartado II, caso 10; P. De Miguel Asensio para España, subapartado 2.3.1–2.

⁸⁸ *Vid.* la decisión *Lucasfilm*.

⁸⁹ *Vid.* M. Trimble Lyova, *loc. cit.*, pp. 642 ss.

⁹⁰ *Vid.* H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, París, LGDJ, 2010, p. 73, sobre lo cual *vid.* también *infra*.

⁹¹ *Vid.* R. Arnold, *Are Human Rights Universal y Binding? Limits of Universalism. General Report*, décimo octavo congreso en Derecho Comparado, próximo a ser publicado por Martinus Nijhof editor,

IV. Denegación de justicia y *forum necessitatis*

1. Denegación de justicia

Con el fin de evitar la denegación de justicia respecto a los extranjeros y otorgarles el derecho de acceso a los tribunales locales, fue desarrollado un principio general de derecho internacional público que requiere a un Estado ejercer su jurisdicción incluso cuando carece de competencia internacional⁹². El mismo principio constituye también un principio general del derecho de la Unión Europea⁹³.

De acuerdo con una primera tesis, los Estados evitan la negación de justicia simplemente poniendo sus sistemas judiciales a disposición de los extranjeros. Esta teoría está inspirada en la doctrina Calvo y ha sido desarrollada en muchos Estados latinoamericanos. Ha sido formulada por ejemplo, por el reporte de El Salvador en el tema de la responsabilidad del Estado para el Comité de Expertos en la Codificación Progresiva del Derecho Internacional, el cual establece que “la denegación de justicia es la negativa a otorgar a los extranjeros libre acceso a los tribunales establecidos en un Estado para el cumplimiento de sus funciones judiciales, o la falla en el otorgamiento del libre acceso en un caso particular a un extranjero que busca la defensa de su derecho, a pesar de que en tales circunstancias, los ciudadanos del Estado tendrían derecho a tal acceso”⁹⁴.

La misma opinión fue adoptada por el Reporte del Comité Interamericano en 1961, de conformidad con la cual “la obligación de un Estado respecto a la protección judicial debe ser considerada como cumplida cuando pone a disposición de los extranjeros los tribunales nacionales y los recursos jurídicos para la implementación de sus derechos. El Estado no puede iniciar demandas diplomáticas para la protección de sus nacionales, ni presentar recursos ante un tribunal

passim. Vid. también la reciente sentencia *US Supreme Court*, del 21 de enero de 2010 *Citizens United / Federal Election Comm’n* (No. 08–205), disponible en: <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08–205.pdf>, que reconoce a las sociedades la protección de la libertad de expresión.

⁹² Vid. J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 10; F. Francioni, “The Right of Access to Justice under Customary International Law”, en F. Francioni (ed.), *Access to justice as a human right*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 10–11, según el autor en el Derecho internacional el derecho de acceso a un juez comienza a ser percibido como un derecho de los extranjeros y en consecuencia se desarrolla como un derecho fundamental. Sobre el derecho fundamental de acceso a un juez *vid.* el capítulo siguiente. Sobre los principios generales del derecho, *vid.* G. Gaja, *General Principles of Law*, Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁹³ Vid. T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 370, y allí ulteriores referencias bibliográficas.

⁹⁴ Vid. las referencias en F. Francioni, *op. cit.*, p. 11.

internacional para este propósito cuando los medios para acudir ante el tribunal competente del Estado respectivo han sido puestos a disposición”⁹⁵.

De conformidad con una segunda tesis “el acceso a la justicia no es simplemente el acceso a un juez sino también la disponibilidad de un sistema de justicia neutral e imparcial, cuya efectividad y legitimidad pueden ser examinadas a la luz de estándares internacionales de trato de los extranjeros”. Los Estados evitan así la denegación de justicia únicamente mediante la “garantía de protección judicial de los extranjeros sobre la base de una cierta cualidad para asumir el estándar internacional de trato justo y equitativo y la protección efectiva”⁹⁶. Esta segunda tesis es más acorde con la necesidad de otorgar a los extranjeros una protección judicial efectiva que la primera tesis. Se encuentra codificada por ejemplo, en el art. 9 del Borrador de Harvard sobre la Responsabilidad del Estado por Daños Causados a los Extranjeros, según el cual “la denegación de justicia existe cuando existe una negación, un retraso injustificable o la obstrucción del acceso a un juez, deficiencias flagrantes en la administración de justicia o dilaciones indebidas, ausencia de las garantías que son generalmente consideradas indispensables para la correcta administración de justicia, o una sentencia manifiestamente injusta. El error de un tribunal nacional que no produce una injusticia manifiesta no es una denegación de justicia”⁹⁷.

Para evitar la denegación de justicia, una tribunal local debe ejercer su competencia respecto a una solicitud de un extranjero cuando se cumplan dos condiciones, a saber, que el caso esté vinculado con el foro del Estado y que no exista un eficiente foro alternativo disponible al cual el solicitante pueda acudir. Estos requisitos son también establecidos en la regla de *jurisdiction by necessity* que constituye el objeto de la parte B de este capítulo y cuyo alcance es análogo al de la regla sobre denegación de justicia, salvo que no concierne solamente a los extranjeros sino también a los ciudadanos⁹⁸. Por consiguiente, la regla de *jurisdiction by necessity* abarca también la norma sobre denegación de justicia, en consecuencia, el análisis precedente de la primera puede ser extendido al examen de la última.

2. Forum necessitatis

Para evitar la denegación de justicia no solo respecto a los extranjeros sino también respecto a los ciudadanos, el Derecho internacional público general requiere que los Estados que carecen de competencia internacional respecto a un caso a pesar de ello ejerciten la *jurisdiction by necessity* adoptando la doctri-

⁹⁵ Vid. las referencias en *ibid.*

⁹⁶ Vid. las referencias en *ibid.*

⁹⁷ Vid. las referencias en *ibid.*

⁹⁸ Vid. G.L. Tosato, *op. cit.*, pp. 201–202 y allí ulteriores referencias.

na/principio del *forum necessitatis*⁹⁹. (i) Entre las normas internacionales que reconocen el *forum necessitatis* se encuentra el art. 2 de la Convención Interamericana sobre Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias, adoptada en La Paz en 1984, que establece que “se considerará también satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional si, a criterio del juez u otro órgano jurisdiccional del Estado Parte donde deba surtir efecto la decisión, el juez o el órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia asumió la competencia a fin de evitar una denegación de justicia al no existir órgano jurisdiccional competente”¹⁰⁰. (ii) Entre las normas no vinculantes de origen académico que establecen el *forum necessitatis* se encuentra el art. 24 de la “Propuesta de Modificación del Reglamento 44/2001 para Aplicarlo a Situaciones Externas” del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, de conformidad con el cual “cuando ningún tribunal de un Estado miembro tenga competencia con base en este Reglamento, una persona podrá ser demandada ante los tribunales del Estado miembro respecto al cual las pretensiones de la demanda tengan vínculo suficiente, especialmente por razón de la presencia de propiedades en el territorio de tal Estado si el derecho a un juicio justo así lo requiere, en particular: (a) si los procedimientos del Estado no miembro resultan ser imposibles; o (b) si no puede ser razonablemente necesario que la demanda sea presentada ante el tribunal de un Estado no miembro; o (c) si la sentencia dictada dentro del proceso instaurado en un Estado no miembro, no pueda ser reconocida en el Estado del tribunal requerido bajo el derecho de tal Estado y tal reconocimiento sea necesario para asegurar que los derechos del reclamante sean satisfechos”¹⁰¹.

⁹⁹ En ciertos sistemas de Common Law, el *forum necessitatis* alude también al *forum conveniens*. “La institución del *forum conveniens* en ciertos aspectos sigue la misma lógica en que se basa el *forum necessitatis* en los países de derecho civil”, en tal sentido G. Rossolillo, “Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell’Unione europea”, *Quadernos de Derecho Transnacional* 2010, vol. 2, 406, disponible en: <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/issue/view/239>. Vid. también R. Michaels, *loc. cit.*, p. 1054. Sobre el *forum necessitatis* vid. también S. Othenin-Girard, “Quelques observations sur le for de nécessité en droit international privé suisse (art. 3 LDIP)”, *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht*, 1999, p. 251; L. Corbion, *Le déni de justice en droit international privé*, Aix-en-Provence, 2004, p. 202; D.P. Fernández Arroyo, *loc. cit.*, p. 74; A. Nuyts, *Study on the Member States’ rules concerning residual jurisdiction of their Courts in civil y commercial matters pursuant to the Brussels I y II Regulations*, 3 de septiembre de 2007, disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf, p. 64; V. Rétornaz y B. Volders, “Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, p. 227; D.P. Fernández Arroyo, “Private International Law y Comparative Law: a Relationship Challenged by International y Supranational Law”, *Yearb. Private Int’l L.*, vol. 11, 2009, p. 42; J. Talpis y G. Goldstein, “The influence of Swiss law on Quebec’s 1994 Codification of Private International Law”, *ibid.*, p. 30.

¹⁰⁰ Disponible en: <http://www.oas.org/DIL/CIDIP-III-foreignjudgments.htm>.

¹⁰¹ Disponible en: www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-29EN.htm.

En la Unión Europea, el *forum necessitatis* es adoptado en una serie de disposiciones. (i) Antes de examinar tales disposiciones, es importante anotar que la Comisión Europea encargó al profesor Nuyts (de la Universidad de Bruselas) la preparación de un estudio de las “reglas de los Estados miembros relativas a la competencia residual de sus tribunales en materias civiles y comerciales de conformidad con los Reglamentos Bruselas I y II”¹⁰². Dicho trabajo fue presentado el 3 de septiembre del 2007 e incluía una parte (Parte I.C.16) sobre el *forum necessitatis*. (ii) Así el art. 7 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 alimentos, establece que “cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los arts. 3, 4 y 5, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán, en casos excepcionales, conocer del litigio si un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un Estado tercero con el cual el litigio tiene estrecha relación. / El litigio debe guardar una conexión suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que vaya a conocer de él”¹⁰³. (iii) También la regla de *jurisdiction by necessity* ha sido adoptada en la propuesta de Reglamento que modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 relativo a la competencia y ley aplicable en materia matrimonial¹⁰⁴. De acuerdo con el art. 7 de esta propuesta sobre “competencia residual”, “cuando ninguno de los cónyuges tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y no sean ambos nacionales de un mismo Estado miembro, o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, no tengan su “domicilio” en el territorio de uno de estos dos Estados miembros, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en virtud del hecho de que: / 5. Los cónyuges hayan tenido su residencia habitual previa común en el territorio de ese Estado miembro durante un periodo mínimo de tres años, o / 6 uno de los cónyuges sea nacional de ese Estado miembro o; en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su “domicilio” en el territorio de uno de estos dos Estados miembros”. Según el informe explicativo de la propuesta, esta norma busca “asegurar el acceso a un juez en materias matrimoniales a los cónyuges que viven en un tercer Estado pero que quieren instaurar sus procedimientos en un Estado miembro con el cual tienen una estrecha relación”. (iv) Finalmente, el *forum necessitatis* ha sido propuesto 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 mercantil”¹⁰⁵. Según esta propuesta es “oportuno crear nuevos

¹⁰² Vid. A. Nuyts, *Study...*, *op. cit.*, p. 64.

¹⁰³ CE 4/2009 del 18 de diciembre de 2008, en DO L 7, 10/1/2009, 1.

¹⁰⁴ SEC(2006) 949 (http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/docs/sec_2006_949_en.pdf); SEC(2006) 950 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2006:0950:FIN:EN:HTML>)

¹⁰⁵ COM(2009) 175 final disponible en: www.europa.eu.

criterios de competencia para los litigios en los que estén implicados demandados de un tercer país”, debería encontrarse “un equilibrio entre el acceso a un juez, por una parte, y la *international courtesy*, por otra”, tal como el “*forum necessitatis*, que permitiría iniciar una acción en aquellos casos en que sea esta la única forma de garantizar el acceso a la justicia” garantizando que cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente de conformidad con el Reglamento, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros puedan, en casos excepcionales, conocer del litigio si no cabe la posibilidad razonable de iniciar o tramitar una acción o resulta imposible hacerlo en un tercer país con el cual el litigio guarde una estrecha relación¹⁰⁶.

A nivel nacional, el *forum necessitatis* ha sido adoptado tanto por los Estados miembros como por los no miembros de la Unión Europea. (i) Los Estados miembros que han adoptado el *forum necessitatis* mediante normas específicas o a través de la jurisprudencia incluyen, en orden alfabético: Alemania, Austria, Bélgica, Estonia, Finlandia, Islandia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania y España¹⁰⁷. (ii) En los Estados restantes no hay aun normas o decisiones jurisprudenciales relativas al *forum necessitatis*¹⁰⁸. Sin embargo, de conformidad con el estudio del profesor Nuyts sobre competencia residual de los Estados miembros, “eso no significa que el principio del *forum necessitatis* pueda ser necesariamente rechazado por un tribunal de surgir el caso pertinente. Algunos relatores nacionales expresamente destacaron que aunque actualmente no existe una práctica al respecto en su país, en teoría no podría aceptarse, bajo un principio general del Derecho, que una parte sea privada del derecho de acceso a un juez para reivindicar sus derechos”¹⁰⁹. (iii) Entre los Estados no miembros que han adoptado el *forum necessitatis* están Argentina, Canadá incluyendo Quebec, Costa Rica, Japón, México, Rusia, Sudáfrica, Suiza y Turquía¹¹⁰. Además, incluso en EE UU el *forum necessitatis* ha “sido usado ocasionalmente para racionalizar las decisiones de los tribunales”, habiendo sido tomado en consideración por la Corte Suprema la cual “ha sugerido que tal fundamento puede ser posible”¹¹¹. (iv) Finalmente, estos países miembros y no miembros de la Unión Europea, ya han puesto en ejercicio la *jurisdiction by necessity* particularmente en casos de custodia, divorcio, sucesión y asilo, pero además en asuntos comerciales¹¹².

¹⁰⁶ COM(2009) 175 final, ap. 2.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Vid.* A. Nuyts, *Study...*, *op. cit.*, p. 65 y la doctrina mencionada en la nota 99.

¹⁰⁹ A. Nuyts, *Study...*, *op. cit.*, p.64.

¹¹⁰ *Vid.* la doctrina mencionada en la nota 99, y allí las necesarias referencias.

¹¹¹ *Vid.* R. Michaels, *loc. cit.*, p.1054.

¹¹² *Vid.* la doctrina mencionada en la nota 99.

En general el ejercicio de la *jurisdiction by necessity* está condicionado a dos requisitos. (i) El primero es que el caso presente “algún vínculo con el foro”¹¹³. Este primer requisito establece una condición de proximidad¹¹⁴ a fin de evitar generar una carga excesiva en una jurisdicción particular si se le asigna la tarea de corregir las denegaciones de justicia que tienen lugar en el mundo entero¹¹⁵. Sin embargo, tal requisito no existe en los sistemas de Países Bajos o el Reino Unido, los cuales no imponen condiciones de proximidad¹¹⁶. Cuando la condición de proximidad es establecida “existe un consenso general en cuanto a que la conexión requerida existe al menos cuando el demandante esté domiciliado o tenga la residencia habitual en el foro del Estado, o incluso cuando sea ciudadano de tal Estado. Pero también cualquier otro contacto con el foro puede ser relevante, dependiendo de las circunstancias, por ejemplo, la presencia de bienes dentro de la jurisdicción”¹¹⁷. (ii) El segundo requisito es que “sea ‘irrazonable’, ‘inaceptable’, [...] que exista una ‘dificultad no razonable’ para instaurar procesos en el exterior, o [...] que ‘no se espere’ que el demandado lo lleve a cabo”¹¹⁸. Este segundo requisito es ligeramente diferente a aquel bajo las normas de la Unión Europea, el cual se refiere únicamente a la no razonabilidad en la instauración de procedimientos ante los tribunales de terceros estados, pero no a la irrazonabilidad en la instauración de procedimientos ante los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea¹¹⁹. Sin embargo, como será demostrado en la parte D de este capítulo, esta limitación de las normas de la Unión Europea a los procedimientos ante Estados no miembros, puede eludirse mediante la interpretación de tales normas, afectando en consecuencia también los procedimientos ante los Estados miembros de la Unión Europea. El segundo requisito se cumple cuando existe un obstáculo legal que impide el acceso al tribunal extranjero con competencia ordinaria, por ejemplo, si éste no garantizara un juicio justo a las partes o si su decisión no pudiera ser ejecutable en el foro del Estado. Por consiguiente, en esta última situación “si una decisión que proviene de un Estado miembro no es reconocida ni ejecutada en el país requerido, sobre la base de motivos ajenos al mérito (*v.gr.*, la violación del derecho de defensa), la parte a quien le ha estado rehusado el *execuátur*, tiene el derecho, en ausencia de otro tribunal competente, de presentar su acción ante el tribunal del Estado requerido, aunque éste carezca de competencia de acuerdo con la Convención o los Reglamentos: tal tribunal podría reconocerse competente sobre la base de la denega-

¹¹³ A. Nuyts, *Study...*, *op. cit.*, p. 65.

¹¹⁴ *Vid.* S. Othenin-Girard, *loc. cit.*, p. 275.

¹¹⁵ *Vid.* V. Rétornaz y B. Volders, *loc. cit.*, p. 235.

¹¹⁶ *Vid.* G. Rossolillo, *loc. cit.*, p. 19, y allí las referencias necesarias.

¹¹⁷ *Vid.* A. Nuyts, *Study...*, *op. cit.*, p. 66. *Vid.* también V. Rétornaz y B. Volders, *loc. cit.*, pp. 235–240.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 65.

¹¹⁹ *Vid. infra.*

ción de justicia según su derecho nacional”¹²⁰. Esta tesis aborda los casos decididos/pendientes ante los tribunales de Estados miembros y entra entonces en la estructura del sistema de Bruselas. Sin embargo, estas conclusiones pueden ser fácilmente extendidas, *mutatis mutandis*, a otros casos en los que, desde la perspectiva del Estado del foro, la competencia ordinaria no corresponde a éste Estado sino al tribunal de otro Estado no miembro que ya ha dictado una sentencia, la cual no es reconocida por el Estado del foro y/o no será ejecutada¹²¹. Este segundo requisito del *forum necessitatis* también se cumple cuando existe un obstáculo práctico para acceder efectivamente a los tribunales extranjeros, por ejemplo cuando “el costo de instaurar los procesos en el exterior sería ‘desproporcionado’ respecto a los intereses financieros involucrados en el caso”¹²². (iii) Para establecer si los dos requisitos del *forum necessitatis* han sido satisfechos, es necesario proceder caso por caso y adoptar una interpretación extensiva del mismo *forum necessitatis*. De hecho, el *forum necessitatis* otorga el derecho humano fundamental de acceso a un juez¹²³, y por ende una interpretación extensiva del *forum necessitatis* favorece este derecho humano fundamental. Asimismo, con respecto al primer requisito de un vínculo entre el caso y el Estado del foro, “el *forum necessitatis* supone la ausencia de otro foro en” el Estado del foro y en consecuencia los “vínculos con” el Estado del foro “raramente tendrán un carácter estricto”¹²⁴.

El primer requisito del *forum necessitatis*, a saber la existencia de un vínculo entre el caso y el Estado del foro, plantea la cuestión de si tal nexo puede considerarse presente si las normas internacionales de procedimiento relevantes no respaldan la competencia ordinaria del Estado del foro. En otras palabras, puesto que las normas de competencia internacional generalmente asignan la competencia ordinaria a los tribunales del Estado del foro solamente cuando existe un nexo, ¿podría considerarse que este vínculo no existe cuando las reglas de com-

¹²⁰ Vid. H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, p. 73, según la cual “si une décision venant d’un État communautaire s’est heurté à un refus de reconnaissance et d’exécution dans l’État requis, refus fondé sur des motifs étrangers au fond du droit (par exemple, une violation des droits de la défense), la partie à qui l’exequatur a été refusé aurait le droit, en l’absence d’autre tribunal compétent, de porter son action au fond devant un tribunal de l’État requis, pourtant non doté de compétence selon la convention ou le règlement: ce dernier pourrait se reconnaître compétent sur la base du déni de justice selon le droit commun du for”.

¹²¹ Esto es exactamente lo que sucedió en la decisión del tribunal de apelación inglés en el caso *Lucasfilm*.

¹²² Vid. A. Nuyts, *Study...*, *op. cit.*, p. 65.

¹²³ Vid. V. Rétornaz y B. Volders, *loc. cit.*, p. 261. Sobre el derecho fundamental de acceso a un juez *vid. infra*.

¹²⁴ En tal sentido S. Othenin-Girard, *loc. cit.*, 276 y allí ulteriores referencias bibliográficas. Vid. también V. Rétornaz y B. Volders, *loc. cit.*, p. 234, según los cuales “il s’agit en effet d’évaluer le coût global, et donc pas uniquement monétaire, d’un procès à l’étranger par rapport à ce qu’on peut exiger du demeurant”.

petencia internacional no asignan la competencia a los tribunales del Estado del foro? La respuesta es negativa por las siguientes razones. (i) Primera, la *jurisdiction by necessity* presupone la ausencia de competencia internacional ordinaria del Estado del foro, y en consecuencia, la ausencia de esta no impide su adopción. (ii) Segunda, “la práctica internacional” “es amplia” y “muestra que [...] el argumento técnico de la carencia de competencia no ha impedido establecer una denegación de justicia”¹²⁵. (iii) Tercera, esta conclusión se sustenta en el argumento según el cual, los requisitos del *forum necessitatis* deben siempre ser interpretados de manera amplia.

Respecto al segundo requisito del *forum necessitatis* a saber, la irracionalidad de instaurar procedimientos en el exterior, surge la pregunta de si la “duplicación de procedimientos” puede ser considerada irrazonable. Esta pregunta es particularmente relevante (pero no únicamente) respecto a los litigios europeos en materia de patentes, ya que el art. V. del Protocolo Anexo al Convenio de Bruselas, establece que “sin perjuicio de la competencia de la Oficina Europea de Patentes bajo la Convención sobre el Otorgamiento de Patentes Europeas, firmada en Múnich el 5 de octubre de 1973, los tribunales de cada Estado contratante tendrán competencia exclusiva, sin consideración del domicilio, en procedimientos concernientes al registro o validez de cualquier patente europea otorgada por tal Estado”. Además el TJ en el asunto *Roche*¹²⁶ sostuvo que “el art. 6, número 1 del” Convenio de Bruselas (actual art. 6.1º RB I) según el cual “un demandado domiciliado en un Estado contratante podrá también ser demandado: (1) si hubiere varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos”, “debe interpretarse en el sentido de que no se aplica en el marco de un litigio por violación de patente europea en el que intervienen varias sociedades, establecidas en diferentes Estados contratantes, en relación con hechos cometidos en el territorio de uno o de varios de esos Estados, aun cuando dichas sociedades, pertenecientes a un mismo grupo, hubieran actuado de manera idéntica o similar, con arreglo a un plan de acción conjunta elaborado por una sola de ellas”. En este marco, el TJ tendrá la oportunidad de limitar la interpretación de la decisión *Roche*, ya que el 15 de septiembre de 2010 el tribunal distrital de La Haya planteó al TJ preguntas concernientes a la correcta interpretación de “resoluciones inconciliables” en el contexto del art. 6.1º RB I. Así, de conformidad con el tribunal distrital de la Haya, la decisión *Roche* del TJ no resultaba aplicable en el caso en comento por cuanto “concernía un caso en el que varios demandados eran acusados solamente de infringir una patente en los respectivos países donde se encontraban situados (a saber el demandado A en el país A; el

¹²⁵ F. Francioni, *op. cit.*, p. 12, y allí ulteriores referencias.

¹²⁶ STJ 13 de julio de 2006, as. C-539/03: *Roche / Primus*, ECR I-6535, ap. 42. Sobre esta sentencia *vid.* la doctrina citada en la nota 6.

demandado B en el país B; etc.), mientras que en el presente caso cada uno de los demandados era acusado de infringir una patente en todos los países mencionados en la demanda de Solvay por una prohibición *provisional* de violación transfronteriza (es decir el demandado A tanto en el país A como en el país B, el demandado B tanto en el país A como en el B; etc.)”. De acuerdo con el tribunal distrital de La Haya “en tal caso el art. 6.1º sería aplicable pues habría un riesgo de ‘resoluciones irreconciliables’”¹²⁷. Además el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) nº 44/2001 reconoce la necesidad de modificar el Reglamento en el sentido de permitir la consolidación de procedimientos respecto a infracciones de patentes europeas efectuadas por parte de compañías que pertenecen al mismo grupo¹²⁸. De todas maneras la eventual interpretación restrictiva de la decisión *Roche* y las posibles futuras modificaciones del Reglamento de Bruselas sobre el punto no cambiarían la necesidad de responder a la pregunta aquí planteada sobre si la duplicación de procedimientos en relación con los casos de DPI puede considerarse irrazonable. De hecho, la noción de duplicación aquí adoptada no concierne solamente las patentes europeas sino que se extiende a otros DPI siendo, *mutatis mutandis*, igual a la noción adoptada por un reciente estudio efectuado por el profesor Harhoff de la Universidad de Múnich para la Comisión Europea, del 26 de febrero de 2009 y titulado “Análisis Económico de Coste–Beneficio de un Sistema Unificado de Solución de Litigios en Materia de Patentes”¹²⁹. De acuerdo con este estudio “la duplicación a la que se hace referencia en este informe no requiere que se trate exactamente del mismo asunto presentado por idénticas partes en dos tribunales nacionales distintos. Para los propósitos de este” estudio “podemos hablar de duplicación si la introducción de un tribunal unificado haría innecesario uno o varios de los asuntos, por ejemplo, si los distintos asuntos nacionales son sustitutos en sentido jurídico y económico”¹³⁰.

Teniendo en cuenta esta aclaración, la respuesta a la pregunta en cuestión debería ser positiva por los siguientes motivos. (i) Primero, la conclusión según la cual la duplicación de procedimientos puede considerarse poco razonable se encuentra sustentada por el argumento de que los requisitos del *forum necessitatis* deberían ser siempre interpretados de manera amplia. (ii) Además, esta conclusión es corroborada por el hecho de que la duplicación aumenta los gastos del litigio (y por otro lado conduce a resultados divergentes)¹³¹, lo que la hace

¹²⁷ En tal sentido as. *NL – Solvay S.A. v. Honeywell / Referral to Court of Justice EU*.

¹²⁸ Libro Verde, ap. 4. *Vid.* también “CLIP, Exclusive...”, *loc. cit.*, p. 15.

¹²⁹ El trabajo del profesor Harhoff se encuentra disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/patent/index_en.htm. Al respecto *vid.* T.T. Jaeger, R. Hilty, J. Drexler y H. Ullrich, “Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition y Tax Law on the 2009 Commission Proposal for the Establishment of a Unified Patent Judiciary”, *IIC*, vol. 40, 2009, p. 818.

¹³⁰ *Vid.* la nota 19 del trabajo del profesor D. Harhoff, *op. cit.*

¹³¹ *Vid.* en mayor detalle *infra*.

“desproporcionada’ con los intereses financieros involucrados en el caso”. Como ya se ha visto esta circunstancia constituye un obstáculo práctico a la iniciación de procedimientos en el exterior, de ahí que sea irrazonable. (iii) Finalmente, esta conclusión es confirmada por una serie de decisiones Suizas que conciernen la administración de bienes inmuebles localizados en más de un Estado, incluyendo el Estado del foro. En una sentencia de 1990 el Obergericht de Zúrich ejerció la *jurisdiction by necessity* en el caso de la sucesión de un ciudadano inglés domiciliado en Italia, en relación con varias propiedades localizadas en diferentes Estados, incluyendo Suiza y Luxemburgo¹³². En este caso el demandante solicitaba al tribunal de Zúrich de primera instancia, emitir una decisión sobre la sucesión de unos inmuebles suizos y luxemburgueses. El tribunal declinó su competencia explicando que el derecho procesal suizo confería competencia internacional a los tribunales suizos únicamente en temas de sucesión en los que el último domicilio del *de cuius* hubiese sido Suiza, mientras que en el caso en comento el último domicilio del *de cuius* había sido Italia. Sin embargo, el tribunal de Zúrich de segunda instancia, revocó la decisión señalando que los tribunales que habrían tenido competencia ordinaria para decidir el caso no habrían podido abordarlo en su totalidad, a saber, los tribunales del Estado del último domicilio del *de cuius*, es decir, los tribunales italianos no eran competentes para conocer de temas de sucesión de propiedades localizadas en el exterior, mientras que de manera análoga los tribunales del Estado de la nación del *de cuius*, los tribunales del Reino Unido, no eran competentes para decidir sobre temas relativos a propiedades “extranjeras”, y que los tribunales del Estado donde las propiedades estaban localizadas, por ejemplo los tribunales de Luxemburgo, solo tenían competencia para decidir sobre temas relativos a las propiedades locales. En ese orden de ideas el tribunal de Zúrich de segunda instancia concluyó que hubiera sido poco razonable solicitar al demandado adelantar procedimientos ante los tribunales ingleses, italianos, luxemburgueses y suizos y estableció la *jurisdiction by necessity* respecto a la sucesión de las propiedades suizas y luxemburgueses. (iv) Se llegó a la misma conclusión en un caso posterior también del Obergericht de Zúrich en 1992¹³³. En este caso, los demandantes solicitaron al tribunal Suizo de primera instancia adoptar una decisión en una sucesión de un ciudadano iraquí cuyo último domicilio fue la ciudad de Londres, respecto a varias propiedades localizadas en Suiza y Liechtenstein. El tribunal declinó su competencia debido a que el último domicilio del *de cuius* fue Londres y no Suiza. Sin embargo, el tribunal de Zúrich de segunda instancia revocó la decisión al señalar que, en primer lugar, no era necesario establecer una com-

¹³² Vid. Obergericht ZH, 1 de febrero de 1990, ZR 89 (1990), n. 4, p.7. Sobre la sentencia vid. S. Othenin-Girard, *loc. cit.*, p. 283.

¹³³ Vid. Obergericht ZH, 26 de febrero de 1992, ZR 90 (1991), n. 89, p.289. Sobre esta decisión vid. S. Othenin-Girard, *loc. cit.*, p. 284.

petencia internacional de los tribunales de Iraq puesto que el *de cuius* era un refugiado inglés y de acuerdo con las normas suizas de competencia internacional (art. 24.3º) cuando tales normas hagan referencia a ciudadanía en casos de refugiados serán interpretadas como si designaran el domicilio, y segundo, los tribunales ingleses ordinariamente competentes para decidir la controversia no habrían podido abordarla en su integridad ya que no habrían podido fallar sobre los temas relativos a las propiedades en Suiza y Liechtenstein. Por consiguiente, el tribunal Suizo de segunda instancia concluyó que solicitar que el demandante adelantara el procedimiento ante los tribunales inglés y suizo habría sido poco razonable y por lo tanto, estableció su *jurisdiction by necessity* respecto a la sucesión tanto de las propiedades localizadas en Suiza como de las ubicadas en el exterior. (v) En resumen, en las dos anteriores controversias ninguno de los tribunales de un Estado tenía la competencia ordinaria para abordarlas en su totalidad, requiriendo por tanto al demandante iniciar procedimientos locales ante los tribunales de cada Estado donde las propiedades estaban localizadas. En este contexto, los tribunales del Estado del foro consideraron irrazonable la iniciación de tantos procedimientos ante tantos tribunales y por consiguiente determinaron que la duplicación de procedimientos cumplía el segundo requisito del *forum necessitatis*¹³⁴. Debe resaltarse que estas decisiones cumplían también la primera condición del *forum necessitatis* toda vez que los asuntos tenían un nexo con el Estado del foro, al menos con la presencia de propiedades en Suiza.

3. Jerarquía de las fuentes de ley

Otro tema que surge es si las normas internacionales, europeas y locales sobre *forum necessitatis*, son expresiones de un principio general del derecho¹³⁵. Esta pregunta debería ser respondida afirmativamente al menos por las siguientes razones. (i) Primero, puesto que evitar la denegación de justicia es un principio general del Derecho y el *forum necessitatis* tiene como objetivo evitarla, el primero debería tener la misma naturaleza jurídica que el segundo. Además, a pesar de que el *forum necessitatis* amplía el ámbito de aplicación de la norma que propende evitar la denegación de justicia en cuanto concierne no solamente extranjeros sino también ciudadanos, esta diferencia no cambia la conclusión alcanzada. El *forum necessitatis* evita no solo la denegación de justicia, sino también la discriminación entre ciudadanos y extranjeros en el ejercicio del derecho de acceso a un juez¹³⁶: la ausencia de discriminación y el derecho de acceso a un juez son derechos humanos fundamentales y como tales, constituyen principios generales del derecho. Por lo tanto, el *forum necessitatis* debería tener la misma

¹³⁴ Vid. S. Othenin-Girard, *loc. cit.*, pp. 283–284.

¹³⁵ Vid. nota 92.

¹³⁶ Sobre el derecho fundamental de acceso a un juez *vid. infra*.

naturaleza jurídica de estos “principios generales del Derecho”. (ii) La conclusión según la cual, el *forum necessitatis* constituye un principio general del Derecho resulta corroborada por el hecho de que las normas internacionales, de la Unión Europea y municipales que lo establecen, generalmente adoptan el “mismo enfoque” sobre esta “noción”, creando un “común denominador genuino” a saber, los dos requisitos de proximidad al Estado del foro y la irrazonabilidad de la presentación de la controversia ante el tribunal con competencia ordinaria. Ya que la existencia de un “común denominador genuino” entre las normas es un criterio posible para la construcción de un principio general del Derecho¹³⁷, es adecuado concluir que el *forum necessitatis* constituye un principio general del Derecho. (iii) Por otro lado, esta conclusión no resulta rechazable solo porque dos de las reglas municipales referentes al *forum necessitatis* permiten su adopción sin imponer un requisito de proximidad, o porque las normas de la Unión Europea no limitan su adopción a los casos en los que el tribunal con competencia ordinaria esté localizado en un Estado no miembro. Las dos normas municipales que no establecen un requisito de proximidad amplían el alcance del *forum necessitatis*, pero lo hacen sin comprometer el “común denominador genuino” entre las demás normas, que son más rigurosas en cuanto imponen una condición de proximidad. Lo mismo puede decirse respecto a las normas de la Unión Europea que limitan la adopción del *forum necessitatis* a los casos en los que el tribunal con competencia ordinaria esté localizado en un Estado no miembro. En este caso es cierto que las normas de la Unión Europea en lugar de ampliar el ámbito del *forum necessitatis* lo limitan. Sin embargo, mientras que por un lado esta limitación no compromete el “común denominador genuino” de las otras normas que son más liberales en cuanto no distinguen entre la ubicación interna o externa a la Unión Europea del tribunal con competencia ordinaria, por otro lado, como será demostrado más adelante en este capítulo, a pesar de que las normas de la Unión Europea explícitamente hacen referencia a asuntos en los que el tribunal con competencia ordinaria esté ubicado en un Estado no miembro, ellas deberían interpretarse en el sentido de que permiten también el ejercicio de la *jurisdiction by necessity* cuando el tribunal con competencia ordinaria se encuentre en un Estado miembro. (iv) Finalmente, esta conclusión es corroborada por el estudio de Nuyts por encargo de la Unión Europea, según el cual el *forum necessitatis* es “un principio general de Derecho público internacional”¹³⁸.

La caracterización del *forum necessitatis* como un principio general del Derecho conduce a las siguientes conclusiones. Desde una perspectiva de Derecho

¹³⁷ En tal sentido G. Gaja, *op. cit.*, p. 6.

¹³⁸ *Vid.* A. Nuyts, *Study...*, *op. cit.*, 64. *Vid.* también V. Rétornaz y B. Volders, *loc. cit.*, p. 229, según los cuales “*le for de nécessité découle d’un principe général interdisant les dénis de justice*”.

primario¹³⁹ de coordinación de normas/jerarquía¹⁴⁰, el *forum necessitatis* tiene efecto directo en los sistemas jurídicos de la Unión Europea y en los sistemas internos y prevalece sobre las normas de Derecho interno, sobre las normas de Derecho secundario de la Unión Europea y sobre las Convenciones internacionales. Esto debido a que “un principio general del Derecho” puede “complementar hasta cierto punto otras normas de Derecho internacional y contribuye entonces a eliminar lagunas” y puede en consecuencia “afectar la forma como una cierta norma de un tratado deba ser aplicada” e “influye en la aplicación de una norma de un tratado”, por consiguiente “prevaleciendo” sobre el mismo tratado¹⁴¹. (i) Por lo tanto, las normas municipales que no contemplan el *forum necessitatis* deberían ser interpretadas por los tribunales nacionales en el sentido de que no impiden su adopción¹⁴². (ii) En consecuencia, las disposiciones de la Unión Europea que no contemplan o excluyen el *forum necessitatis* deberían ser interpretadas por los tribunales nacionales de los Estados miembros en el sentido de que no impiden su adopción, o simplemente no deberían ser aplicadas por tales tribunales y/o deberían ser declaradas parcialmente inválidas por el TJ “con base en [...] la infracción de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su aplicación” (en tal sentido el art. 263 TFUE anterior art. 230), entre los que entran los principios generales del derecho o, dependiendo de las circunstancias del caso, a través de un procedimiento de control de legalidad de conformidad con el art. 263 TFUE o a través de una cuestión prejudicial según el art. 267 (anterior art. 234). (iii) Por último, los tratados internacionales que no contemplan o que excluyen el *forum necessitatis* deberían ser interpretados por los tribunales nacionales de los Estados miembros en el sentido de permitir la adopción de la doctrina del *forum necessitatis* y/o no ser aplicados cuando excluyan el *forum necessitatis*. Es cierto que la contradicción con un principio general del derecho

¹³⁹ Con la expresión Derecho primario, hago relación a la primera parte del borrador de los artículos sobre responsabilidad de los Estados por actos ilícitos adoptada por la Comisión de Derecho Internacional en 2001 (en adelante borrador de los artículos, disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf), sobre “el acto de un Estado internacionalmente ilícito” que “trata sobre los requisitos para el establecimiento de la responsabilidad internacional de un Estado” (en tal sentido el Comentario General n. 6 of del borrador de los artículos, *ibid.*).

¹⁴⁰ Sobre una perspectiva comparativa de la “jerarquía” de las fuentes de Derecho internacional en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales concernidos (Argentina, Austria, Australia, Bulgaria, Canadá, República Checa, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Países Bajos, Nueva Zelandia, Polonia, Portugal, Federación Rusa, Serbia, Eslovaquia, Reino Unido, EE UU, Uruguay, Venezuela) *vid.* en general, D. Shelton, “International Law in Domestic Systems, General Report”, informe preparado para el décimo octavo congreso internacional en derecho comparado, Washington DC, julio de 2010, subapartado X, próximo a ser publicado en un libro que reúne todos los informes generales preparados para este mismo congreso, bajo la editorial de Martinus Nijhoff, y allí ulteriores referencias.

¹⁴¹ *Vid.* G. Gaja, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴² *Ibid.*

generalmente no invalida un tratado¹⁴³. Sin embargo, puesto que el *forum necessitatis* es un principio general del Derecho, puede ser considerado por un tribunal nacional como “prevalente” sobre la regla del tratado y en consecuencia “tener efecto en la aplicación de la norma del tratado”, permitiendo por lo tanto el acceso a un juez.

4. Sistema de Bruselas

Otro interrogante que surge es si el *forum necessitatis* se aplica también a los casos que entran en el ámbito de los convenios internacionales y/o de las normas de la Unión Europea que establecen normas de competencia internacional pero sin incluir explícitamente una disposición en materia de *jurisdiction by necessity*, en particular aquéllas del sistema de Bruselas. Para responder a la pregunta es importante examinar la decisión del TJ en el asunto *Owusu*¹⁴⁴. Aunque esta sentencia trata el tema del *forum non conveniens*¹⁴⁵, en lugar del *forum necessitatis*, de conformidad con una tesis¹⁴⁶ resulta aplicable también a este último. (i) En el asunto *Owusu*, el Sr. Owusu nacional del Reino Unido y domiciliado en este país, sufrió un accidente muy grave cuando se encontraba de vacaciones en Jamaica y posteriormente ejercitó en el Reino Unido una acción por responsabilidad contractual contra la persona, domiciliada asimismo en dicho Estado, que le había alquilado una casa de vacaciones en la que tuvo lugar el accidente y ejercitó además una acción de responsabilidad cuasi delictual contra varias sociedades jamaicanas responsables de la gestión, mantenimiento y vigilancia de la casa de vacaciones. Los demandados propusieron declinatoria argumentando que los tribunales que debían decidir la controversia eran los jamaicanos en lugar de los ingleses. En consecuencia, los demandados solicitaron al órgano jurisdiccional inglés declinar su competencia con base en el *forum non conveniens*. En el Reino Unido, esta doctrina establece que “un órgano jurisdiccional nacional puede inhibirse en favor de un órgano jurisdiccional situado en otro Estado, que es asimismo competente, si considera que objetivamente éste es un foro más adecuado para conocer del litigio, es decir, que el litigio puede resolverse ante éste de forma más adecuada, habida cuenta de los intereses de las partes y de los objetivos de la justicia (sentencia de 1986 de la *House of Lords*, *Spiliada Maritime Corporation/Cansulex Ltd.*, 1987, AC 460, esp. p. 476)”¹⁴⁷. En respuesta a

¹⁴³ Salvo cuando el principio general de derecho expresa una regla de *ius cogens*, vid. art.53 sobre los tratados contrarios a una norma perentoria de derecho internacional general (“*ius cogens*”), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados del 23 de mayo de 1969. Esta Convención entró en vigor el 27 de enero de 1980. Vid. United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

¹⁴⁴ Vid. el caso del STJ I de marzo de 2005, as. C-281/02: *Owusu*, ECR I-1383.

¹⁴⁵ Sobre la noción de *forum non conveniens* vid. inmediatamente *infra*.

¹⁴⁶ Vid. G. Rossolillo, *loc. cit.*, p. 412.

¹⁴⁷ STJ, *Owusu*, ap. 8. Sobre la relación entre el *forum non conveniens* y el Convenio de Bruselas antes de la decisión del TJUE en el caso *Owusu* vid. A. Gardella y L. Radicati Di Brozolo, *loc. cit.*, p. 620;

la solicitud de los demandados, el órgano jurisdiccional inglés decidió plantear una cuestión prejudicial al TJ solicitando establecer si la teoría del *forum non conveniens* (en adelante el *forum non conveniens*) podría aplicarse en el ámbito del Convenio de Bruselas, toda vez que dicho Convenio no hace referencia explícita al mismo. El TJ respondió que la teoría no podía aplicarse citando los siguientes argumentos. (ii) El primer argumento, basado en una interpretación literal del Convenio de Bruselas, es que el Convenio no permite ninguna deroga de los principios que establece. (iii) El segundo argumento se apoya en una interpretación histórica del Convenio de Bruselas de acuerdo con la cual “consta que los autores del Convenio no previeron una excepción basada en la teoría del *forum non conveniens*, a pesar de que la cuestión fue debatida al elaborarse el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido, como se desprende del informe sobre dicho Convenio, presentado por el Sr. Schlosser (DO 1979, C 59, p. 71, puntos 77 y 78)”¹⁴⁸. (iv) El tercer argumento basado en una interpretación teleológica del Convenio de Bruselas estableció que mientras “El respeto del principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los objetivos del Convenio de Bruselas (*vid.*, en particular, las SS 28 de septiembre de 1999, *GIE Groupe Concorde y otros*, C-440/97, *Rec.* p. I-6307, ap. 23 y 19 de febrero de 2002, *Besix*, C-256/00, *Rec.* p. I-1699, ap. 24), no quedaría plenamente garantizado si hubiera que permitir que un órgano jurisdiccional competente con arreglo a dicho Convenio aplicara la excepción de *forum non conveniens*¹⁴⁹, “aceptar la excepción de *forum non conveniens* en el marco del Convenio de Bruselas pondría en peligro la aplicación uniforme de las reglas de competencia que éste contiene, en la medida en que solamente un número limitado de Estados contratantes reconoce dicha excepción, siendo así que el objetivo del Convenio es precisamente establecer reglas comunes y excluir las reglas nacionales exorbitantes”¹⁵⁰. (v) El último argumento basado en la interpretación *ab inconvenienti* de la Convención señaló que el *forum non conveniens* afectaría la “protección jurídica de las personas establecidas en la Comunidad”¹⁵¹. Por consiguiente, el TJ concluyó que “el demandado, que generalmente estará en mejor posición para defenderse ante los órganos jurisdiccionales de su domicilio, no podrá, [...] prever razonablemente ante qué otro órgano jurisdiccional puede ser demandado. Por otra parte, en el supuesto de que se alegue una excepción basada

y posterior a la decisión *Owusu* *vid.* B.J. Rodger, “Forum non conveniens post-*Owusu*”, *JPIL*, vol. 2, 2006, p. 71. *Vid.* también la resolución Institut de droit international, Session de Bruges, 2003, *The principles for determining when the use of the doctrine of forum non conveniens y anti-suit injunctions is appropriate*, Relator Sir Lawrence Collins, disponible en: http://www.idi-ii.org/idiE/resolutions/E/2003_bru_01_en.PDF

¹⁴⁸ STJ *Owusu*, ap. 37.

¹⁴⁹ *Ibid.*, ap. 38.

¹⁵⁰ *Ibid.*, ap. 43.

¹⁵¹ *Ibid.*, ap. 42.

en la existencia de un foro extranjero más adecuado para conocer del litigio, corresponderá al demandante probar que el tribunal extranjero de que se trate podría dictar una resolución injusta o, si el órgano jurisdiccional que conoce del litigio decide acoger la excepción, que dicho tribunal no es competente para conocer del litigio o que el demandante, en realidad, no obtendrá una tutela efectiva de sus derechos ante ese tribunal, independientemente del coste que supone la interposición de un nuevo recurso ante el órgano jurisdiccional de otro Estado y la dilación de los plazos del procedimiento”¹⁵².

Es importante establecer si los argumentos en los que se basó la decisión en el asunto *Owusu* pueden ser ampliados desde el contexto del *forum non conveniens* al del *forum necessitatis*. Para ello, una primera tesis ha señalado que hay cuatro posibles grupos de casos, la decisión *Owusu* no se aplica a tres de ellos lo que indica que el *forum necessitatis* puede entonces aplicarse a esos tres casos¹⁵³. (i) En el primer grupo de casos establecidos por esta tesis, la competencia internacional es fijada bajo el sistema de Bruselas en los tribunales de un Estado no miembro. En esos casos, esta tesis determina que la decisión *Owusu* no evita que los tribunales de los Estados miembros apliquen el *forum necessitatis*. Por un lado, esta conclusión se basa en una “perspectiva unilateral” del Convenio de Bruselas, que privilegia el ejercicio de la competencia de los tribunales de los Estados miembros respecto a la de los tribunales de los Estados no miembros. Por otro lado, sin embargo, la conclusión se basa en las diferencias entre *forum non conveniens* y *forum necessitatis*: éste último otorga competencia al órgano jurisdiccional del foro, que de otro modo no tendría, mientras que el primero priva de la competencia al órgano jurisdiccional del foro que de otro modo tendría. Así las cosas, el *forum non conveniens* puede conducir a la denegación de justicia, mientras que el *forum necessitatis*, por su naturaleza, evita tal denegación. Adicionalmente, la decisión *Owusu*, estaba orientada a salvaguardar la “protección jurídica de las personas establecidas en” el territorio cubierto por el sistema de Bruselas. Allí, la transferencia de procedimientos en virtud del *forum non conveniens* a los tribunales de un Estado no miembro privarían a las personas establecidas en el territorio y por ende amparadas por el sistema de Bruselas, de “un estándar de protección sustancial y procesal y del régimen de libre circulación de las decisiones”. En cambio, sin embargo, el *forum necessitatis* implica el ejercicio de competencia por parte del órgano jurisdiccional del foro de un Estado miembro y está en consonancia con el sistema y los estándares establecidos por el sistema de Bruselas para salvaguardar los antes mencionados derechos sustanciales y procesales. (ii) En el segundo grupo de casos delineados por esta tesis la competencia internacional es establecida bajo el sistema de Bruselas en

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Vid.* G. Rossolillo, *loc. cit.*, p. 417.

los tribunales de un Estado miembro distintos de los tribunales del Estado del foro, pero los tribunales del Estado del foro pueden ejercer *jurisdiction by necessity* ya sea porque la decisión del otro Estado miembro no será ejecutable ante los órganos jurisdiccionales del Estado del foro por razones de política pública o porque circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor como una guerra, o un terremoto, impiden al demandante adelantar los procedimientos ante el tribunal con competencia ordinaria. De conformidad con esta tesis en tales casos, el ejercicio de la *jurisdiction by necessity* no implica una “evaluación” del sistema jurídico del Estado con competencia ordinaria. En consecuencia, la decisión Owusu no impide el ejercicio de la *jurisdiction by necessity*. Esta conclusión se basa *mutatis mutandis* en las razones mencionadas respecto al primer grupo de casos examinado. (iii) En el tercer grupo de casos establecido por esta tesis, la competencia internacional es fijada bajo el sistema de Bruselas, en los tribunales de un Estado miembro pero el Estado del foro puede ejercer la *jurisdiction by necessity* debido a la necesidad de reconocer al demandante ciertos derechos no reconocidos por el sistema jurídico del Estado con competencia ordinaria, tales como el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. En este caso, el ejercicio de la *jurisdiction by necessity* implica una “evaluación” del sistema jurídico del otro Estado miembro. En todo caso, en estos asuntos esta tesis sostiene que la decisión Owusu no evita el ejercicio de tal competencia. Por una parte esta conclusión se basa en la necesidad de salvaguardar los derechos en cuestión, tales como el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Por otra parte, esta conclusión está sustentada *mutatis mutandis* en las razones expuestas respecto al primer grupo de casos examinados. (iv) Finalmente, en el cuarto grupo de casos mencionados en esta tesis, la competencia internacional es determinada bajo el sistema de Bruselas en los tribunales de un Estado miembro, pero el ejercicio de la *jurisdiction by necessity* no es permitido ya que está basado en razones como el excesivo tiempo o el costo de los procedimientos ante la jurisdicción “ordinaria” competente y que en tales casos tal ejercicio de competencia implica una “evaluación” del sistema jurídico del Estado con competencia ordinaria. Esta tesis entonces sostiene que en tales casos la decisión Owusu impide el ejercicio de la *jurisdiction by necessity*. Esta conclusión no se basa en las diferencias sino en las semejanzas entre *forum non conveniens* y *forum necessitatis*, a saber, que ambas doctrinas reconocen gran poder discrecional a los tribunales nacionales para establecer caso por caso cuando es apropiado ejercer la competencia, y que la exclusión de la adopción del *forum non conveniens* y del *forum necessitatis* solo cuando el órgano jurisdiccional con competencia ordinaria se encuentre localizado en el Estado miembro de la Unión Europea implica una obligación de confianza mutua entre los Estados miembros, concepto que se encuentra en la base del sistema de Bruselas¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Vid. STJ 28 de marzo de 2000, as. C-7/98: *Krombach*, ECR I-1935; STJ 9 de diciembre de 2003,

Las conclusiones de la primera tesis son convincentes en relación con los tres primeros grupos de casos por ésta propuestos, es decir aquellos que excluyen la aplicación de la decisión *Owusu* del TJ al *forum necessitatis*. Sin embargo, me parece que los argumentos en los que esta tesis basa sus conclusiones no son convincentes y que además existen otras razones que permiten concluir que el *forum necessitatis* resulta siempre aplicable sin importar las particularidades del asunto en cuestión, así la distinción entre los diferentes grupos de casos no es necesaria. En primer lugar, los argumentos planteados por esta tesis no resultan convincentes por las siguientes razones. (i) Para comenzar, por un lado esta tesis no permite la adopción del *forum necessitatis* cuando, como ocurre en el cuarto grupo de casos, la competencia ordinaria está radicada en otro Estado miembro y el ejercicio de la competencia del foro implicaría una evaluación del sistema del otro Estado. Por otra parte, como sucede en el tercer grupo de casos, cuando los institutos involucrados son desconocidos en el Estado con competencia ordinaria, por ejemplo en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, esta tesis permite al Estado del foro ejercitar la *jurisdiction by necessity* a pesar de que la competencia ordinaria pertenezca a otro Estado miembro y que tal ejercicio de la competencia implique una evaluación del sistema legal del otro Estado. Además, esta tesis justifica un trato desigual sobre la base de que solo los últimos casos implican derechos que ameritan una protección especial. El punto débil de la lógica de esta tesis radica en su incapacidad para reconocer que tanto los primeros como los últimos casos están relacionados con el derecho de acceso a un juez, que en su calidad de derecho humano fundamental amerita siempre una “protección especial”. (ii) En segundo lugar, esta tesis se contradice a sí misma. A pesar de que permite el ejercicio de la competencia por necesidad cuando, como ocurre en el segundo grupo de casos, la decisión del tribunal con competencia ordinaria sea contraria a la política pública del Estado del foro y por lo tanto inoponible en dicho Estado, al mismo tiempo prohíbe tal competencia cuando, como sucede en el cuarto grupo de casos, la presentación de un procedimiento ante el tribunal con competencia ordinaria implique un tiempo o un costo excesivo. Sin embargo, toda vez que el tiempo o el costo excesivo de un procedimiento hace el mismo contrario al art. 6 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) y por ende contrario a la política pública del Estado miembro del foro, resultaría también inoponible en el Estado del foro. (iii) En tercer lugar, esta tesis primero hace énfasis en las diferencias entre el *forum necessitatis* y el *forum non conveniens*, posteriormente sugiere la no aplicación al primero de la decisión *Owusu* relacionada con el segundo, luego resalta las similitudes entre *forum non*

as. C-116/02: *Gasser*, ECR I-14693, sobre estas dos decisiones y en relación con la obligación de confianza mutua *vid.* G. Rossolillo, *loc. cit.*, p. 417; L. Radicati di Brozolo, “Choice of court y arbitration agreements y the review of the Brussels I Regulation”, *IPRax*, 2010, pp. 121 ss.

conveniens y *forum necessitatis*, y finalmente sugiere una aplicación a éste último de la decisión *Owusu* relacionada con el primero. Por consiguiente, esta tesis no es lineal además de ser excesivamente complicada.

En cambio, la tesis aquí propuesta sostiene que el *forum necessitatis* puede ser siempre adoptado, incluso en el marco de los convenios internacionales que no lo mencionan explícitamente, por las siguientes razones. (i) Primera, una coordinación de las normas/jerárquica interpretación del sistema de Bruselas y del *forum necessitatis* resalta que este último constituye un principio general del Derecho y tiene que prevalecer sobre el sistema de Bruselas. (ii) Segunda, una interpretación literal del sistema de Bruselas permite destacar que este no impide explícitamente la aplicación del *forum necessitatis*. (iii) Tercera, una interpretación teleológica y sistemática del sistema de Bruselas y de las normas concernientes derechos humanos fundamentales subraya que toda vez que el derecho humano fundamental de acceso a un juez se encuentra a la base del *forum necessitatis*, el sistema de Bruselas debe ser interpretado en el sentido de que actúa favorablemente al *forum necessitatis* y finalmente lo adopta. (iv) Cuarta, la interpretación teleológica y sistemática del sistema de Bruselas y de las normas sobre derechos humanos fundamentales también muestra que la obligación de confianza mutua y la necesidad de certeza jurídica no pueden prevalecer sobre el derecho humano fundamental de acceso a un juez. Esta conclusión es conforme con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH o Tribunal de Estrasburgo), de acuerdo con la cual, los Estados miembros de la CEDH vulneran lo dispuesto en el art. 6 incluso cuando limitan el derecho de acceso al juez del solicitante a fin de hacer efectivas las normas de un tratado internacional¹⁵⁵, como las Convenciones de Bruselas y de Lugano. Además, como será demostrado por los argumentos a continuación, las mismas conclusiones son aplicables respecto a las normas de la Unión Europea tales como el RB I, a pesar de las peculiaridades de la relación entre la CEDH y la Unión Europea. (v) Quinta, una interpretación teleológica del sistema de Bruselas, enfatiza que incluso en presencia de tal sistema “el riesgo de un conflicto negativo de competencia no siempre es totalmente inexistente, no es posible excluir que la iniciación de procedimientos de un Estado miembro que tiene competencia exclusiva respecto al” sistema de Bruselas “resulte imposible para el demandante que sufre por tanto una denegación de justicia”¹⁵⁶. En efecto el sistema de Bruselas “tiene como objetivo mejorar la condición de las personas involucradas y no de privarlas de una jurisdicción accesible cuando sufren una denegación de justicia por causa del mal funcionamiento de los mecanismos insti-

¹⁵⁵ *Vid., infra.*

¹⁵⁶ *Vid.* S. Othenin-Girard, *loc. cit.*, p. 266, “le risque d’un conflit négatif de compétence n’est jamais totalement inexistant; on ne peut jamais exclure que la saisine des juridictions d’un Etat contractant exclusivement compétent au regard de la convention se révèle impossible pour le demandeur, et que celui-ci subisse un déni de justice”. *Vid.* también H. Gaudemet-Tallon, *loc. cit.*, p. 73.

tuidos por un instrumento internacional”¹⁵⁷. En consecuencia, la existencia del sistema de Bruselas no puede precluir el ejercicio de la *jurisdiction by necessity*. (vi) Sexta, una interpretación histórica del sistema de Bruselas demuestra que durante su adopción no hubo discusiones respecto al *forum necessitatis*. Por lo tanto, ningún argumento que precluya el ejercicio de la *jurisdiction by necessity* puede derivarse de la historia legislativa. (vii) Séptima, la tesis aquí propuesta es sustentada por la práctica actual de los Estados que ya están aplicando el *forum necessitatis* a casos que entran en el ámbito del sistema de Bruselas incluso cuando la competencia ordinaria pertenecía a los tribunales de otro Estado miembro. (viii) Finalmente, la tesis aquí señalada no resulta controvertida por la decisión *Owusu* del TJ. Puesto que esta decisión no concierne explícitamente el *forum necessitatis*. Como ya se ha mencionado, el *forum non conveniens* priva de competencia al órgano jurisdiccional del Estado del foro, estableciendo competencia fuera de la Unión Europea, mientras que el *forum necessitatis* otorga competencia a los tribunales de la Unión Europea que de otro modo no tendrían y por lo tanto coincide con la necesidad de salvaguardar la “protección jurídica de las personas establecidas en el” territorio cubierto por el sistema de Bruselas. En consecuencia, a diferencia del *forum non conveniens*, la historia legislativa del Convenio de Bruselas no impide el ejercicio de la *jurisdiction by necessity*.

Finalmente, *mutatis mutandis*, los motivos anteriores conducen a la conclusión que mientras las mencionadas normas de la Unión Europea explícitamente contemplan el *forum necessitatis* solo respecto a los casos pertenecientes a la competencia ordinaria de los Estados no miembros, la *jurisdiction by necessity* puede ser ejercida aun respecto a casos que conciernen la competencia ordinaria de países miembros de la Unión Europea.

5. Competencia exclusiva en el sistema de Bruselas

Otro interrogante que surge es si el *forum necessitatis* se aplica también a los casos que entran en el ámbito de las disposiciones de competencia exclusiva del sistema de Bruselas. La respuesta a este interrogante debe ser positiva por los siguientes motivos. (i) El primero alude a todos los argumentos a favor de la adopción del *forum necessitatis* en el ámbito del sistema de Bruselas, los cuales *mutatis mutandis* se aplican incluso cuando la competencia ordinaria pertenece exclusivamente al tribunal fuera del Estado miembro. (ii) El segundo motivo reconoce que las disposiciones sobre competencia exclusiva pueden conducir fácilmente a la denegación de justicia y en consecuencia enfatiza que su presencia hace incluso más necesaria la adopción del *forum necessitatis*. Por ejemplo, la iniciación de

¹⁵⁷ Vid. S.Othenin-Girard, *loc. cit.*, p. 267, “pour fonction d’améliorer le sort des justiciables et non de les priver d’un for lorsqu’elles subissent un déni de justice en raison du mauvais fonctionnement des mécanismes instaurés par l’instrument international”.

procedimientos ante los tribunales de un Estado miembro que de conformidad con el Convenio sean competentes en manera exclusiva respecto a un determinado asunto puede llegar a ser imposible para el demandante con la consecuencia que si ningún otro foro tiene competencia para conocer del caso, el demandante sufre una denegación de justicia¹⁵⁸. (iii) El tercer argumento resalta que sin perjuicio de la citada tesis [en (ii)], según la cual las disposiciones en materia de competencia exclusiva hacen necesaria la adopción del *forum necessitatis*, ninguno de las ultteriores obras que he examinado trata en manera diversa las disposiciones sobre competencia exclusiva respecto a otras normas de competencia internacional en lo que concierne al *forum necessitatis*. En ese orden de ideas, las conclusiones alcanzadas respecto a las normas de competencia internacional en general, en el sentido de que el *forum necessitatis* debe ser adoptado incluso en el ámbito del sistema de Bruselas, deberían también ser aplicadas respecto a las normas de competencia exclusiva, estableciendo por lo tanto que la *jurisdiction by necessity* deba ser ejercida en el ámbito del sistema de Bruselas incluso en casos concernientes a las disposiciones de competencia exclusiva. (iv) El cuarto argumento se basa en la tesis aquí propuesta, que afirma que las disposiciones en materia de competencia exclusiva son contrarias al Derecho internacional, son por lo tanto ilícitas y deberían ser revocadas desde una perspectiva de *lege ferenda* y por lo tanto, desde una perspectiva de *lege lata*, no pueden aplicarse o prevalecer sobre la regla del *forum necessitatis*.

V. El derecho humano fundamental de acceso a un juez

1. Derecho de acceso a un juez

El Derecho público internacional reconoce tanto a los ciudadanos como a los extranjeros, el derecho fundamental de acceso a un juez¹⁵⁹. (i) Entre las normas internacionales universales sobre el derecho de acceso a un juez encontramos en orden cronológico: el art. 8 DUDH y el art. 22.3º PIDCP¹⁶⁰. (ii) Entre las normas internacionales de carácter regional relativas al derecho de acceso a un juez en-

¹⁵⁸ Vid. el parágrafo 6.

¹⁵⁹ Sobre el impacto del derecho humano fundamental de acceso a un juez (debido proceso) en el tema de competencia internacional, vid. F. Matscher, "IPR und IZVR vor den Organen der EMRK – Eine Skizze", en W. Barfuss, B. Dutoit, H. Forkel, U. Immenga y F. Majoros. (eds.), *Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1985, pp. 459 ss; P. Schlosser, "Jurisdiction in International Litigation – The Issue of Human Rights in relation to National Law and to the Brussels Convention", *Riv. dir. int.*, vol. LXXIV, 1991, p. 5; E. Guinchard, "Procès équitable (article 6 CESDH) et droit international privé", en A. Nuyts y N. Watté (eds.), *op. cit.*, p. 199; J. Fawcett, "The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law", *Int'l Comp. L.Q.*, vol. 56, 2007, pp. 6 ss. y pp. 36 ss; F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la convention des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2007, p. 37. Vid. también la doctrina mencionada en la nota 17.

¹⁶⁰ Vid. F. Francioni, *op. cit.*, p. 24.

contramos en orden cronológico: el art. 6.1º CEDH, y el art. 8 Convención Americana de Derechos Humanos adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969¹⁶¹. (iii) Con respecto a la Unión Europea, el derecho de acceso a un juez es reconocido por el art. 47 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (en adelante, Carta de Niza), a la cual hace referencia el art. 6.1º del “Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007”¹⁶², de conformidad con el cual “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada [el 12 de diciembre de 2007], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Además, el art. 6.3º. del mismo tratado señala que “los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”¹⁶³ “constituirán principios generales del derecho de la Unión”. Finalmente, de conformidad con el art. 6.2º del Tratado de Lisboa de la Unión Europea “La Unión se debe adherir al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”¹⁶⁴. (iv) El derecho fundamental de acceso a un juez es establecido a nivel nacional en varios Estados de la Unión Europea, a saber, en orden alfabético, Alemania, Austria, España, Finlandia, Italia y los Países Bajos¹⁶⁵. Este derecho también ha sido establecido en varios Estados no miembros, a saber en orden alfabético: Australia, Brasil, Canadá, Colombia, Japón, México, Rusia, Sudáfrica, Suiza y Turquía¹⁶⁶. Además, aunque “el derecho estadounidense no respalda un explícito derecho general de acceso a un juez”¹⁶⁷, tal derecho constituye el “equivalente europeo de la garantía estadounidense del debido proceso”¹⁶⁸, y puede encontrarse “indirectamente en dos doctrinas adicionales” a saber, la *jurisdiction by necessity* y el deber de los tribunales de ejercer la competencia que la legislatura les ha concedido¹⁶⁹. (v) Los comentarios sucesivos se refieren en particular al

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² DO 17.12.2007, C 306, 1.

¹⁶³ Al respecto *vid. infra*.

¹⁶⁴ *Vid.* también el “Protocolo o. 8 del Tratado de Lisboa sobre el apartado 2 del art. 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, DO 17.12.2007, C 306, 155.

¹⁶⁵ *Vid.* <http://confinder.richmond.edu/>.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ R. Michaels, “Two...”, *loc. cit.*, p. 1053.

¹⁶⁸ En tal sentido E. Guinchard, *loc. cit.*, p. 199. *Vid.* también A. Nuyts, “Due process...”, *loc. cit.*, p. 157; R. Michaels, “Two...”, *loc. cit.*, p. 1054.

¹⁶⁹ *Ibid.* Sobre la noción de *forum necessitatis* (*forum conveniens*) *vid. supra, cit.*

derecho fundamental de acceso a un juez como ha sido establecido por el art. 6 CEDH y como ha sido interpretado por el TEDH *i.a.* por su ubicación en el Convenio europeo de derechos humanos, que es considerado como el sistema internacional más avanzado para la protección de derechos humanos fundamentales. Con base en el art. 6 CEDH, “en la determinación de sus derechos y obligaciones civiles [...] toda 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”. De este modo el art. 6 no garantiza expresamente el derecho de acceso a un juez. Sin embargo, las decisiones del TEDH han señalado que la denegación del acceso a los tribunales nacionales puede representar una infracción del art. 6¹⁷⁰.

Desde una perspectiva de derecho primario de coordinación/ jerarquía de normas, la pregunta que surge es si el art. 6 CEDH da lugar a un principio general del Derecho internacional y/o europeo (en adelante principio general del Derecho). La respuesta a esta pregunta es positiva por las siguientes razones. (i) La caracterización como principio general del Derecho de la Unión Europea de los derechos humanos fundamentales establecidos por el CEDH y que emanan de las tradiciones constitucionales compartidas por los Estados miembros, tal como el derecho de acceso a un juez, está explícitamente plasmada en el art. 6.3º TFUE y por la jurisprudencia relevante del TJ. (ii) Adicionalmente, el derecho de acceso a un juez puede caracterizarse como un principio general del derecho público internacional *mutatis mutandis* por las mismas razones, de conformidad con las cuales el *forum necessitatis* es también un principio general del derecho. (iii) Como un principio general de derecho público internacional y de derecho de la Unión Europea, el derecho de acceso a un juez tiene un efecto directo y prevalece sobre las disposiciones nacionales, las normas de derecho secundario de la UE y los tratados internacionales¹⁷¹.

Desde una perspectiva del contenido, el art. 6 CEDH impone a los Estados miembros una obligación positiva, no horizontal y procesal de obtener resultados¹⁷². Esta obligación es no horizontal por cuanto no busca proteger al titular de derechos contra la injerencia de un particular sino que busca protegerlo contra la injerencia del mismo Estado. Esta obligación es positiva por cuanto no requiere

¹⁷⁰ La primera decisión fue tomada por el TEDH en el caso *Golder / UK*, disponible en: www.hudoc.echr.coe.int, § 28 y § 31, al respecto *vid.* D. Harris, M. O’Boyle y C. Warbrick, Sub Art.6, en Id. (eds.), *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 235, de conformidad con el cual esta decisión fue “one of the most creative steps taken by the European Court in its interpretation of any article of the Convention”.

¹⁷¹ *Vid.* supra, los comentarios efectuados en relación con el *forum necessitatis* como principio general del Derecho.

¹⁷² *Vid.* C. Dröge, “Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention”, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, vol. 159, 2003, pp. 380 ss, disponible también en <http://www.mpil.de/shared/data/pdf/beitr159.pdf>.

que los Estados “se abstengan de toda acción” sino que requiere que tomen acciones positivas para facilitar el derecho humano fundamental de acceso a un juez. Esta obligación es procesal porque opera al nivel procesal de la decisión en lugar del sustancial. Esta obligación es una obligación de resultado porque impone a los Estados miembros la obligación de facilitar inmediatamente el derecho de acceso a un juez en lugar de requerir simplemente que éstos presten su colaboración a fin de evitar una violación del derecho (*i.e.* una obligación de debida cautela), o establezcan un sistema interno capaz de permitir el ejercicio del derecho dentro de un periodo de tiempo determinado (*i.e.* obligación programática).

Adicionalmente, el derecho humano fundamental de acceso a un juez afecta directamente el núcleo de los derechos humanos que tienen carácter universal en lugar de regional¹⁷³. Finalmente, el art. 6 se aplica respecto a los procedimientos relacionados con “derechos y obligaciones civiles”, pero según la jurisprudencia del TEDH “el concepto de ‘derechos y obligaciones civiles’ no puede ser interpretado solamente mediante referencia a la ley interna del Estado demandado sino que debe dársele una interpretación autónoma a la luz del objeto y propósito del Convenio”. Surgen entonces algunos interrogantes relativos a la configuración de la categoría de ‘Derecho civil’ a la luz del art. 6 CEDH.

2. Ley aplicable

El primer interrogante que surge es si la noción de ‘Derecho civil’ debería calificarse únicamente respecto al derecho sustancial del foro o si debería interpretarse de acuerdo con el Derecho extranjero que resulte aplicable a través de las disposiciones relevantes de Derecho privado internacional. (i) De conformidad con una tesis, la calificación debería hacerse únicamente con base en el derecho nacional del Estado del foro¹⁷⁴. Esta tesis encuentra fundamento en la jurisprudencia del TEDH, según la cual “la determinación de si un Derecho deba ser considerado como civil en el sentido de esta expresión, en el Convenio, debe hacerse con referencia al contenido sustancial y a los efectos del Derecho bajo el Derecho nacional del Estado concernido –y no a su clasificación legal–”¹⁷⁵. Sin embargo esta tesis no resulta convincente por los siguientes motivos. (ii) Primero la jurisprudencia del TEDH a la que hemos hecho alusión fue proferida en un asunto puramente local que no planteó la cuestión de si un Derecho podría ser considerado como ‘civil’ por remisión al Derecho extranjero. (iii) Segundo, una

¹⁷³ *Vid.* R. Arnold, *loc. cit.*, *passim*.

¹⁷⁴ *Vid.* ulteriores referencias en J.-C. Soyer y M. De Salvia, Sub art. 6 ECHR, en L.E. Pettiti, E. De-caux y P. H. Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, París, Economica, 1995, p. 250.

¹⁷⁵ En tal sentido European Commission of Human Rights, 28 de junio de 1978, *König / Germany*, Solicitud No. 6232/73, disponible en: www.hudoc.echr.coe.int, ap. 89.

interpretación literal de la jurisprudencia relevante resalta que ésta no remite solamente al Derecho “sustancial” del Estado concernido sino al Derecho “nacional” en general, que comprende las normas del Estado en materia de Derecho internacional privado las cuales pueden remitir al Derecho extranjero. (iv) Tercero, de conformidad con la reciente jurisprudencia del TEDH, las expresiones “Derecho local” y “orden jurídico internacional” son sinónimas de la noción de “orden jurídico internacional de los Estados contratantes”¹⁷⁶. Por lo tanto, “es posible interpretar esta remisión con referencia al ‘sistema jurídico en cuestión’ como, para decirlo en manera diversa, el sistema jurídico aplicable al asunto, sea o no relevante a la luz del CEDH. La *lex causae* puede pertenecer a un sistema jurídico interno o externo al CEDH. Por consiguiente, la fuente del Derecho solicitado no es importante, lo importante es que sea otorgado por un sistema interno de cualquier naturaleza”¹⁷⁷. (v) Cuarto, el art. 6 ya ha sido aplicado por la CEDH en casos internacionales cuando un Derecho ha sido considerado como “civil” por remisión a normas diversas de aquellas del Estado del foro¹⁷⁸. (vi) Finalmente, la tesis alternativa aquí propuesta amplía el alcance del art. 6 y es conforme con la obligación de los Estados miembros de interpretar las normas del CEDH de manera amplia.

3. Naturaleza del procedimiento.

Un segundo interrogante que surge es si los procedimientos administrativos relacionados con el otorgamiento de DPI registrados, pertenecen a la categoría de procedimientos relacionados con “derechos civiles”. Cabe resaltar que este interrogante no está relacionado con DPI no registrados ya que estos existen sin estar condicionados a formalidades y por lo tanto, sin procedimientos administrativos. (i) De acuerdo con la Comisión de Derechos Humanos mientras que “no hay duda que los derechos de patente una vez otorgados deben ser considerados como derechos civiles en el sentido del art. 6”, este artículo no abarca los procedimientos entre particulares y órganos administrativos relativos al “registro de patentes”. Por lo tanto, tales procedimientos “no conciernen [...] la relación legal entre particulares sino el derecho objetivo de un inventor *vis-à-vis* la Administración para que le sea otorgada una patente si ha cumplido con las condiciones formales y materiales. Es cierto que la ley prevé que otros particulares puedan presentar objeciones contra el registro de una patente en un caso determinado

¹⁷⁶ Vid. F. Marchadier, *loc. cit.*, pp. 51–52.

¹⁷⁷ “Il est alors possible d’interpréter cette référence comme visant ‘le système juridique en cause’, soit, en d’autres termes, l’ordre juridique applicable à la cause, qu’il relève ou non de la CEDH. La *lex causae* peut émaner d’un ordre juridique tant interne qu’externe à la Convention. Ainsi, peu importe la source du droit revendiqué, l’essentiel est qu’il trouve un fondement dans un ordre juridique interne quelconque” (*ibid.*, pp. 52–53).

¹⁷⁸ Vid. las referencias en F. Marchadier, *loc. cit.*, pp. 62 ss.

[...]. Pero también es cierto que tales objeciones están limitadas a argumentos relativos a que las condiciones de registrabilidad no se cumplen”. Así las cosas, “bajo tales circunstancias el depósito de patentes debe considerarse como una materia administrativa esencial que se encuentra fuera del alcance del art. 6 del Convenio”¹⁷⁹. (ii) En realidad, sin embargo esta jurisprudencia ha sido revocada por decisiones posteriores en relación con patentes y dibujos. En cuanto a las patentes, el TEDH ha establecido que “los procedimientos de solicitud de patente [...] conciernen ‘la determinación de derechos y obligaciones civiles’” y por lo tanto entran en el ámbito del art. 6 del CEDH¹⁸⁰. En cuanto a los dibujos, el TEDH ha establecido que un procedimiento administrativo “decisivo para el registro de los dibujos de un solicitante” es “comparable al de la patente” y “por lo tanto [...] incluye la determinación de ‘derechos civiles’ en el sentido del art. 6”¹⁸¹. (iii) Esta nueva jurisprudencia del TEDH resulta convincente y podría ser extendida a todos los demás DPI registrados por las siguientes razones. Primera, en la decisión *Budweiser* de 2007 el TEDH reconoció que “un solicitante de registro de marca [...] tiene una serie de derechos de propiedad, incluso cuando éstos puedan ser revocados bajo ciertas condiciones”¹⁸². Esta decisión se apoya en la tesis relativa a las patentes pero puede razonablemente ser ampliada a cualquier DPI según la cual “no debería existir ninguna duda en que el solicitante de una patente al igual que el titular de la misma que trata de restaurar su patente revocada son igualmente amparados por el art. 6.1º CEDH”¹⁸³. Segundo, en relación con las patentes de varios sistemas “el solicitante se presume como propie-

¹⁷⁹ Comisión Europea de Derechos Humanos, 13 de julio de 1978, *X / Austria*, Solicitud No. 7830/77, disponible en: www.hudoc.echr.coe.int; y Rights, 8 de mayo de 1978, *X / Switzerland*, Solicitud No. 8000/77, *ibid*.

¹⁸⁰ TEDH, *British-American Tobacco Co Ltd. / Netherlys*, 20 de noviembre de 1995, § 67 disponible en: www.hudoc.echr.coe.int. Sin embargo, respecto al derecho a ser oído, que se basa también en el art.6 del CEDH, la más reciente jurisprudencia de Estrasburgo no analiza si el procedimiento ante la Oficina Europea de Patentes en cuestión vulnera este derecho, sino que se limita a señalar que “*the European Patent Convention provides for equivalent protection as regards the Convention*” (decisión del TEDH, respecto a la admisibilidad de la solicitud No. 40382/04, *Rambus Inc. / Germany*, 16 de junio de 2009, § 2, referente a la decisión de la Comisión, *Lenzing AG v. Germany*, 9 de septiembre de 1998, en www.hudoc.echr.coe.int. Sobre estas decisiones y sobre el caso *Lenzing* ante el Tribunal de Estrasburgo y la Corte Constitucional Alemana *vid.* J. Pagenberg, “The TJUE on the Draft Agreement for a European Community Patent Court – Hearing of May 18, 2010”, *IIC*, 2010, p. 695 y allí ulteriores referencias). Esta sentencia se basa en el principio de equivalencia y es criticable por todos los motivos que serán examinados en el último párrafo de este documento. *Vid.* además en términos críticos J. Pagenberg, *loc. cit.*, 695 y allí ulteriores referencias bibliográficas.

¹⁸¹ *Vid.* TEDH, *Denev / Sweden*, 9 de abril de 1997, disponible en: www.hudoc.echr.coe.int, (la decisión no se encuentra dividida en párrafos).

¹⁸² TEDH, *Anheuser-Busch Inc. / Portugal*, 11 de enero de 2007, § 78, disponible en: www.hudoc.echr.coe.int. *Vid.* también European Commission of human rights, *Smith Kline et French Laboratories Ltd / The Netherlands*, 4 de octubre de 1990, disponible en: www.hudoc.echr.coe.int; TEDH, *Melnichuk / Ukraine*, 5 de julio de 2005, *ibid.*; TEDH, *Balan / Moldova*, 29 de enero de 2008, *ibid*.

¹⁸³ *Vid.* C. Holtz, *Due process for European Patenting*, EPO, Múnich, 2007, p. 132.

tario de la invención independientemente de su patentabilidad”¹⁸⁴. Tercero, en relación con cualquier DPI la jurisprudencia del TEDH generalmente incorpora en la noción de derechos y obligaciones civiles, todas las controversias entre particulares y el Estado que no conciernen la ejecución de poderes soberanos y ya que, como ha sido mencionado, los DPI no son una expresión de la soberanía de los Estados que los conceden, los procedimientos respecto de estos no involucran poderes soberanos.

4. Posibles restricciones al derecho de acceso a un juez

El derecho de acceso a un juez no es un derecho absoluto. Por lo tanto, algunas restricciones a este derecho “son permitidas por implicación ya que el derecho de acceso por su naturaleza, reclama una regulación del Estado”¹⁸⁵. En consecuencia, los Estados pueden establecer tales reglas de acuerdo con un cierto “margen de apreciación” de las “necesidades y recursos de la comunidad y de los individuos”¹⁸⁶. Sin embargo, estas limitaciones entran en la competencia de supervisión y control del TEDH. Así, al verificar el carácter lícito de tales disposiciones la jurisprudencia del TEDH es autoritativa y el análisis de la misma revela que las restricciones al derecho de acceso a un juez deben ser establecidas por la ley, deben tener un “objetivo legítimo” y deben responder al principio de proporcionalidad. (i) En cuanto al requisito de ser “establecidas por la ley” las restricciones deben “tener algún fundamento en el Derecho nacional”¹⁸⁷, ser de tipo estatutario o de naturaleza jurisprudencial¹⁸⁸, y tener algún origen interno o internacional¹⁸⁹. Además, las normas que establecen restricciones deben tener una cierta “cualidad” es decir, deben ser “accesibles a la persona en cuestión”, “compatibles con el Estado de Derecho”¹⁹⁰, “consistentes, claras y precisas” y “previsibles”¹⁹¹. (ii) En cuanto al requisito del “objetivo legítimo”, entre los objetivos que el TEDH ha considerado legítimos se encuentran “las ventajas para

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 131.

¹⁸⁵ TEDH, *Fogarty / United Kingdom*, 21 de noviembre de 2001, §33 disponible en: www.hudoc.echr.coe.int.

¹⁸⁶ TEDH, as. *Golder*, § 38.

¹⁸⁷ TEDH, *Kruslin / France*, 24 de abril de 1990, § 27 disponible en: www.hudoc.echr.coe.int.

¹⁸⁸ TEDH, *Association Ekin / France*, 17 de Julio de 2001, § 46 disponible en: www.hudoc.echr.coe.int, de conformidad con la cual “the concept of ‘law’ must be understood in its ‘substantive’ sense, not its ‘formal’ one. It therefore includes everything that goes to make up the written law, including enactments of lower rank than statutes”.

¹⁸⁹ F. Marchadier, *op. cit.*, pp. 62 y 133.

¹⁹⁰ TEDH, as. *Kruslin*, §. 27.

¹⁹¹ TEDH, as. *Ekin*, § 46. *Vid.* también TEDH, 16 de diciembre de 1992, *De Geouffre de la Pradelle / France*, § 35 disponible en: www.hudoc.echr.coe.int, de acuerdo con el cual la norma debe ser “sufficiently coherent y clear”.

la persona de que se trate”¹⁹², las ventajas “para la administración de justicia”¹⁹³, el cumplimiento de las normas de Derecho público internacional y la cooperación entre los sistemas legales¹⁹⁴. (iii) Respecto al requisito de “proporcionalidad”¹⁹⁵, la jurisprudencia del TEDH señala que las restricciones al derecho de acceso son proporcionales cuando llevan a cabo un justo equilibrio entre los límites al derecho de acceso a un juez y el objetivo que busca ser alcanzado por las restricciones. En el establecimiento de la existencia de este balance, los Estados poseen un “margen de apreciación”. Sin embargo este margen de apreciación está sujeto al control del TEDH en varios aspectos. Primero, para determinar si el Estado ha excedido su margen de apreciación, el Tribunal de Estrasburgo examina si en el caso en cuestión la limitación aplicable impide la esencia misma del derecho de acceso a un juez. Además, el TEDH adopta un método de interpretación restrictivo que favorece el derecho de acceso. De hecho, de conformidad con el TEDH, el “derecho de acceso a los jueces” tiene un “lugar prominente [...] en una sociedad democrática”¹⁹⁶. Esta conclusión está en consonancia con la necesidad de interpretación amplia del derecho de acceso a un juez, especialmente cuando el derecho objeto de la decisión del órgano jurisdiccional llamado a decidir sea además un derecho humano fundamental, como ocurre con los DPI.

5. Reglas de competencia internacional

En este orden de ideas, la pregunta que surge es si un Estado miembro del CEDH viola el art. 6 cuando los tribunales de tal Estado se rehúsan a decidir un caso con fundamento en la falta de competencia internacional, de conformidad con las normas relevantes de competencia internacional aplicables¹⁹⁷. El TEDH ha respondido a esta pregunta en diversas ocasiones, sosteniendo que tales disposiciones podrían en principio violar el art. 6 CEDH. Sin embargo, el TEDH también ha invocado ciertas “peculiaridades” o circunstancias al momento de negar que una violación del art. 6 CEDH haya tenido lugar. Estas conclusiones se basan en razones criticables de naturaleza política. Sin embargo, las páginas siguientes no explican los numerosos argumentos que pueden ser presentados en

¹⁹² TEDH, *Deweert / Belgium*, 27 de febrero de 1980, § 49 disponible en: www.hudoc.echr.coe.int; TEDH, *Acquaviva / France*, 21 de noviembre de 1995, § 66 *ibid.*, “secure the interests of the defence”.

¹⁹³ *Ibid.* Sobre el tema de la buena administración de justicia *vid.* F. Marchadier, *op. cit.*, p.145; L. Mari, “Equo processo e competenze in materia contrattuale. Note minime a proposito della giurisprudenza della Corte di Giustizia”, en S. Bariatti y G. Venturini (eds.), *New Instruments of Private International Law*, Liber Fausto Pocar, Milán, Giuffrè, 2009, p. 679.

¹⁹⁴ *Vid.* F. Marchadier, *op. cit.*, p.145.

¹⁹⁵ Sobre el requisito de proporcionalidad como principio general del Derecho internacional público *vid.* E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milán, Giuffrè, 2000, English Summary, *passim.* y C. Ryngaert, *op. cit.*, p.158.

¹⁹⁶ TEDH, *Airey / Ireland*, 9 de octubre de 1979, § 24 disponible en: www.hudoc.echr.coe.int.

¹⁹⁷ JJ. Fawcett, *loc. cit.*, p. 3.

oposición a las soluciones adoptadas por el TEDH en tales casos, sino que en lugar de eso presentan una reconstrucción sistemática de los principios que han sido enfatizados por el Tribunal de Estrasburgo y que son relevantes para demostrar que las disposiciones de competencia exclusiva van en contra del derecho de acceso a un juez¹⁹⁸.

En el primer caso¹⁹⁹, el solicitante un ciudadano con doble nacionalidad, Turca y Alemana, demandó a un banco iraquí ante un órgano jurisdiccional alemán por incumplimiento de contrato. (i) El órgano jurisdiccional procedió a establecer si el asunto tenía vínculos suficientes con Alemania por razón de la nacionalidad del demandante, a fin de asignar la competencia para conocer del caso. Sin embargo, de conformidad con las normas locales alemanas sobre procedimiento civil internacional, tal vínculo no resultaba suficiente para establecer la competencia en Alemania. Por lo tanto, el tribunal alemán determinó que carecía de competencia para conocer del asunto. (ii) El solicitante entonces, pidió al TEDH determinar si tal declinación de competencia infringía su derecho de acceso a un juez. (iii) El TEDH respondió que el derecho de acceso a un juez “no implica un ilimitado derecho a escoger el tribunal competente. Las reglas de Derecho internacional privado que limitan la relevancia de la autonomía de las partes no son como tales incompatibles con el art. 6.1º de la Convención”²⁰⁰. Sin embargo, estas reglas sobre competencia internacional no deben ser arbitrarias, sino que deben ser establecidas por la ley. El TEDH encontró que estas condiciones se cumplían ya que “en el caso concreto, al haber examinado a fondo el caso los tribunales alemanes concluyeron que carecían de competencia para conocer el caso. La decisión había sido ampliamente fundamentada. Las razones indicadas por los tribunales alemanes y criticadas por el solicitante excluyeron que tales tribunales hubiesen llegado a conclusiones arbitrarias atentando contra la equidad de los procedimientos en cuestión”²⁰¹. (iv) Por lo tanto, el Tribunal de Estrasburgo concluyó que la declinación de competencia del órgano jurisdiccional

¹⁹⁸ Respecto a las reglas de competencia exclusiva parece que actualmente no existe una reconstrucción sistemática de la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, en general sobre la incompatibilidad de las reglas de competencia exclusiva con el derecho de acceso a un juez *vid.* D.P. Fernández Arroyo, “Compétence...”, *loc. cit.*, p. 74.

¹⁹⁹ TEDH, *Bayrak / Germany*, 6 de julio de 2000, Quatrième Section, décision sur la recevabilité de la requête n° 27937/95 présentée par Murat Bayrak contre l'Allemagne, en www.hudoc.echr.coe.int, texto disponible solo en francés.

²⁰⁰ “N’implique pas un droit illimité de choisir le tribunal compétent. Les règles du droit international privé limitant le libre jeu de l’autonomie de la volonté ne sont pas incompatibles avec l’article 6 § 1 de la Convention”, Bayrack, § 2.

²⁰¹ “En l’espèce, les tribunaux allemands ont conclu, après un examen approfondi, à l’absence de leur compétence. Ils ont amplement motivé leurs décisions. Les motifs fournis dans les décisions judiciaires critiquées par le requérant permettent d’exclure que les juges aient tiré des conclusions de caractère arbitraire de nature à porter atteinte à l’équité de la procédure”, Bayrack, § 2.

alemán no había restringido impropiaamente el derecho humano fundamental del solicitante de acceso a un juez.

En el segundo caso²⁰², el solicitante el príncipe Hans-Adma II de Liechtenstein, después de ser informado que la municipalidad de Colonia había obtenido una pintura como préstamo temporal de la Republica Checa, instauró un procedimiento ante el tribunal regional de Colonia, contra la municipalidad de Colonia, señalando que su padre fallecido era el verdadero propietario de la pintura en préstamo, la cual había sido ilícitamente confiscada a su padre por el gobierno de la ex Checoslovaquia en 1946. El solicitante pidió a la municipalidad de Colonia entregarle la pintura en calidad de heredero de su padre. (i) El tribunal alemán consideró si el caso tenía vínculos suficientes con Alemania para verificar si podía conocer el asunto, dado que la pintura se encontraba en el territorio alemán y que el demandado era una municipalidad alemana. Aquí sin embargo, el art. 3 del capítulo 6 de la “Convención para la solución de controversias que surgen de la guerra y la ocupación” excluía cualquier revisión de las medidas tomadas respecto a bienes alemanes externos o cualquier otra propiedad por parte de los tribunales alemanes, confiscados para fines de reparación o restitución, como resultado del Estado de guerra²⁰³. En el caso en comento, el antiguo gobierno de Checoslovaquia había confiscado la pintura en 1946 como una medida de reparación por daños de guerra contra un ciudadano alemán. Por consiguiente, el tribunal alemán declinó su competencia. (ii) El solicitante pidió al TEDH establecer si tal declinación de competencia infringía su derecho fundamental de acceso a un juez. (iii) El TEDH resaltó que los Estados miembros son responsables por las violaciones al art. 6 CEDH incluso cuando “limitan el derecho del solicitante de acceder a un juez a fin de hacer efectivas las normas de un tratado internacional excluyendo” su “jurisdicción”²⁰⁴. En el asunto objeto de estudio, el Tribunal de Estrasburgo determinó que la restricción del derecho del solicitante de acceder a un juez tenía una finalidad legítima, puesto que era “una consecuencia del status particular de Alemania bajo el Derecho internacional público luego de la segunda guerra mundial”, y estaba encaminado a llevar a cabo “el interés público vital de recuperar la soberanía y unificar a Alemania”²⁰⁵. Además, la restricción al solicitante del derecho de acceso al órgano jurisdiccional alemán era proporcional al objetivo perseguido. En consecuencia, a pesar de que la jurisprudencia previa del TEDH había establecido que el requisito de proporcionalidad se cumple solamente cuando existan “medios alternativos ra-

²⁰² TEDH, *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein / Germany*, 12 de julio de 2001, disponible en: www.hudoc.echr.coe.int.

²⁰³ *Ibid.*, § 61.

²⁰⁴ *Ibid.*, § 52.

²⁰⁵ *Ibid.*, § 69.

zonables para la protección efectiva de los derechos bajo el Convenio”²⁰⁶, el Tribunal de Estrasburgo señaló que el asunto en cuestión presentaba “peculiaridades”, a saber “el particular estatus de la República Federal Alemana bajo el derecho internacional público después de la segunda guerra mundial” que excluían la aplicación de tal jurisprudencia²⁰⁷. De este modo, la restricción del derecho del solicitante de acceder a un juez tal como ha sido establecido por la “Convención para la solución de controversias que surgen de la guerra y la ocupación” cumple con el requisito de proporcionalidad, incluso en ausencia de otros medios razonables de recurso efectivo. (iv) El TEDH concluyó entonces, que la declinación de competencia del órgano jurisdiccional alemán, no había restringido en manera impropia el derecho del solicitante de acceder a un juez.

En una tercera serie de casos, el TEDH aborda normas relativas a la inmunidad de jurisdicción de los Estados y de las organizaciones internacionales. En relación con la inmunidad de la jurisdicción de los Estados, la mayoría de los casos tratados por el TEDH concierne temas de responsabilidad sobre empleo en una misión diplomática extranjera²⁰⁸ o lesiones personales ocasionadas por actos de “Estado” que equivalen a tortura²⁰⁹. En las dos categorías de casos, el Tribunal de Estrasburgo presta especial atención al tema de si las disposiciones en materia de inmunidad del Estado no solamente tienen un objetivo legítimo sino también proporcional a tal objetivo. En cuanto al requisito de objetivo legítimo, el TEDH ha establecido que “el otorgamiento de inmunidad a un Estado en procedimientos civiles persigue el objetivo legítimo de cumplir con el derecho internacional para promover la *comity* y las buenas relaciones entre los Estados a través del respecto de la soberanía del otro Estado”²¹⁰. En relación con el requisito del grado de proporcionalidad, el Tribunal de Estrasburgo ha determinado que “las medidas tomadas por una Alta Parte Contratante que reflejan generalmente reglas reconocidas del Derecho internacional público sobre inmunidad del Estado no pueden en principio ser observadas como establecedoras de una restricción desproporcional al derecho de acceso a un juez como dispuesto en el art. 6 § 1”²¹¹.

En lo que se refiere a la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales, el caso más importante es *Waite y Kennedy v. Alemania*²¹². (i) En

²⁰⁶ *Ibid.*, § 68.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Vid.* el caso *Fogarty* ante el TEDH.

²⁰⁹ TEDH, *Al-Adsani / The United Kingdom*, 21 de noviembre de 2001, disponible en: www.hudoc.echr.coe.int; TEDH, *McElhinney / Ireland*, 21 de noviembre de 2001, *ibid.*

²¹⁰ TEDH, *Al-Adsani*, § 54. Esta conclusión es bastante criticada. *Vid.* D. Harris, M. O’Boyle y C. Warbrick, *op. cit.*, p. 243, y allí ulteriores referencias bibliográficas.

²¹¹ TEDH, as. *McElhinney*, § 37; TEDH, as. *Al-Adsani*, § 54.

²¹² TEDH, *Waite y Kennedy / Germany*, 18 de febrero de 1999, disponible en: www.hudoc.echr.coe.int, al respecto *vid. infra*. *Vid.* también TEDH, *Beer y Regan / Germany*, 18 de febrero de 1999, disponible en: www.hudoc.echr.coe.int.

este caso, los demandantes eran dos ciudadanos ingleses residentes en Alemania, empleados de una empresa británica y puestos a disposición de la Agencia Espacial Europea (ESA) a fin de desempeñar servicios ante el Centro Europeo de Operaciones Espaciales en Alemania. Los solicitantes, después de haber sido informados que su empleo con la empresa británica terminaría en poco tiempo, instauraron procedimientos ante el tribunal laboral alemán, argumentando que de acuerdo con la ley sobre personal temporáneo (*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*), ellos habían adquirido el estatus de empleados de ESA. ESA respondió señalando que su inmunidad impedía el ejercicio de la competencia de los tribunales alemanes. Los tribunales alemanes, determinaron que ESA se había basado correctamente en su inmunidad y en consecuencia declinaron asumir la competencia sobre las peticiones del solicitante. (ii) Los solicitantes entonces pidieron al TEDH determinar si tal declinación de competencia infringía su derecho humano fundamental de acceso a un juez. (iii) El Tribunal de Estrasburgo a su vez verificó si la restricción establecida en el derecho del solicitante de acceder a un órgano jurisdiccional alemán perseguía una finalidad legítima y era proporcional estableciendo, respecto al requisito de finalidad legítima que: “la atribución de privilegios e inmunidades a las organizaciones internacionales es un mecanismo esencial para asegurar el adecuado funcionamiento de tales organizaciones libre de la interferencia unilateral de cada gobierno. La inmunidad de jurisdicción comúnmente otorgada por los Estados a las organizaciones internacionales bajo los instrumentos constitutivos o bajo acuerdos suplementarios de la organización es una extensa práctica establecida en el interés de las buenas relaciones de estas organizaciones. La importancia de esta práctica es incrementada por una tendencia hacia la extensión y fortalecimiento de la cooperación internacional en todos los ámbitos de la sociedad moderna”. Por consiguiente, “la regla de inmunidad de jurisdicción que los tribunales alemanes aplicaron a ESA en el asunto en cuestión, tiene un objetivo legítimo”²¹³. Igualmente, con relación a la proporcionalidad, el TEDH estableció por un lado que este requisito debía ser verificado ya sea “a la luz de las concretas circunstancias del caso”²¹⁴ y también en vista del lugar destacado que ocupa el derecho a un juicio justo en una sociedad democrática²¹⁵, y por otro lado que los siguientes dos factores eran relevantes para determinar la proporcionalidad de las restricciones en cuestión. Primero, “los solicitantes” deberían “haber tenido a su disposición mecanismos alternativos razonables para proteger [...] sus derechos bajo el Convenio”²¹⁶. Segundo, estos mecanismos deberían haber sido “efectivos”²¹⁷. En el caso en concreto el

²¹³ TEDH, as. *Waite y Kennedy*, § 63.

²¹⁴ *Ibid.*, § 64.

²¹⁵ *Ibid.*, § 67.

²¹⁶ *Ibid.*, § 68.

²¹⁷ *Ibid.*, § 68.

Tribunal de Estrasburgo comprobó que la “Convención de ESA, junto con el Anexo I, expresamente prevé varios mecanismos de solución de disputas en derecho privado, en materias de personal al igual que en otros litigios [...]. Toda vez que los solicitantes adujeron una relación laboral con ESA, ellos hubieran podido y debieran haber tenido mecanismos de recurso ante la Junta de Apelación de ESA”²¹⁸. Sin embargo toda vez que los solicitantes invocaban derechos establecidos por normas sustanciales del derecho laboral alemán y no por la ESA, los organismos de solución de conflictos de ESA probablemente habrían rechazado un recurso, dejándolos con una alternativa inefectiva de solución del conflicto. No obstante, de conformidad con el TEDH, era posible suponer que en el caso en comento existía un recurso efectivo ante algún otro tribunal alemán ya que todos los sistemas jurídicos, y por ende también el alemán, son “en principio abiertos a los trabajadores temporales para solicitar una reparación de las empresas que los han empleado y posteriormente los han despedido. Con base en las normas laborales generales o particularmente en las Ley Alemanas del Trabajo (personal temporal), los trabajadores temporales pueden presentar sus reclamaciones de daños contra tales empresas”²¹⁹. (iv) Así, el Tribunal de Estrasburgo concluyó que el órgano jurisdiccional alemán que declinó su competencia con base en la inmunidad de ESA no habían restringido impropriamente el derecho del solicitante de acceder a un juez²²⁰.

En síntesis, un tribunal nacional debe decidir un caso incluso cuando generalmente no lo haría, de conformidad con sus normas internacionales de procedimiento, en los casos en que la declinación de competencia viole el derecho de acceso a un juez. En resumen, el art. 6 CEDH obliga a los Estados miembros en principio a conceder el acceso a sus tribunales cuandoquiera que un caso sea suficientemente y no fortuitamente vinculado al Estado del foro²²¹.

En cambio, los Estados miembros pueden restringir el derecho de acceso a un juez cuando se cumplan todos los siguientes requisitos. (i) Primero, que las restricciones sean establecidas por la ley (sea de origen nacional o internacional y de naturaleza jurisprudencial o estatutaria) y que la ley sea suficientemente clara. (ii) Segundo, que las restricciones persigan un objetivo legítimo, lo que ocurre según el TEDH cuando tales restricciones respetan el derecho internacional pú-

²¹⁸ *Ibid.*, §69.

²¹⁹ *Ibid.*, § 70.

²²⁰ *Ibid.*, § 73.

²²¹ *Vid.* L. Mari, *cit.*, 678. *Vid.* también la doctrina mencionada en la nota 159 y los casos *Bayrak* y *Prince Adam* arriba señalados. *Vid.* también la opinión en disenso del juez Rozakis en el caso *McElhinney* Sobre esta opinión en disenso *vid. infra*.

blico²²². (iii) Tercero, que las restricciones sean proporcionales al objetivo perseguido, lo que ocurre según el TEDH cuando ellas tratan temas concernientes a casos que involucren la inmunidad de los sujetos o presentan peculiaridades tales como “el particular estatus de la República Federal Alemana bajo el derecho internacional público después de la Segunda Guerra Mundial”. Por el contrario, las restricciones no son proporcionales cuando obstaculizan el derecho de acceso a un juez en su esencia. (iv) Cuarto, que el solicitante pueda proteger sus derechos mediante el uso de otros mecanismos de recursos alternativos razonables y efectivos.

6. Medios alternativos de recurso

En particular con relación al último requisito, *v.gr.*, la existencia de medios alternativos de recurso (razonables), surge otro interrogante en cuanto a si este requisito debería leerse como “medios alternativos en un tercer Estado” o en una organización internacional (en adelante los terceros Estados y las organizaciones internacionales serán referidos conjuntamente como terceros Estados), o si debería interpretarse en el sentido de que requiere la existencia de mecanismos alternativos dentro del foro del Estado demandado ante el TEDH (en adelante demandado) que declina la competencia.

De conformidad con la decisión del TEDH en el asunto *Waite y Kennedy* que estableció la existencia de (medios alternativos) razonables de recurso, la lectura debería darse en el sentido de que existan medios alternativos ya sea en un tercer Estado o en un tercer sistema jurídico, en lugar del Estado demandado. Este requisito se cumple cuando existen medios alternativos en un tercer Estado en vez del Estado demandado. Una primera tesis sostiene que esta conclusión tiene en cuenta el “pluralisme des ordres juridiques” (el pluralismo de los ordenamientos jurídicos); es una consecuencia de la “entreprise de coordination à laquelle tend le droit international privé” (el propósito de coordinación propio del derecho internacional privado), y por lo tanto “parece particularmente bien aceptada ya que su propósito de coordinación permite tener en cuenta que la falta de competencia influye en el derecho de acceso a un juez solo temporalmente, mientras que las partes interesadas son invitadas a ponerse en una mejor situación”²²³. De hecho, esta jurisprudencia europea y la tesis propuesta en su apoyo (en adelante: la tesis criticada) no resultan convincentes por las siguientes razones.

El primer argumento surge de la inconsistencia de la tesis criticada. La cual, por una parte reconoce que en los asuntos internacionales los intereses de los

²²² Entonces, el estudio de los casos decididos por el TEDH manifiesta que el objetivo de la buena administración de justicia es relevante solo respecto a las reglas internas de competencia en casos internos. *Vid.* también L. Mari, *loc. cit.*, p. 679.

²²³ “Apparaît particulièrement opportune puisqu’elle permet de prendre en compte le fait que l’incompétence affecte le droit d’accès au tribunal seulement de manière temporaire, les individus étant invités à mieux se pourvoir”, en tal sentido F. Marchadier, *op. cit.*, p. 165.

individuos en acceder a un juez son incluso mayores que en los asuntos puramente locales, puesto que “las consecuencias que surgen de la carencia de competencia internacional de conformidad con el Derecho internacional privado, pueden mostrarse como mas perturbadoras para la parte interesada que la ausencia de competencia interna en el orden jurídico interno”²²⁴, y por ende “el elemento internacional contribuye a disminuir la libertad de los Estados de rehusarse a tomar decisiones sobre los asuntos”²²⁵. Pero por otro lado, la tesis criticada señala que el mismo carácter internacional del caso en cuestión permite a los tribunales del Estado del foro declinar su competencia cuandoquiera que otro tribunal extranjero sea competente para conocer del mismo caso. Por consiguiente, la tesis criticada apoya una conclusión que es exactamente opuesta a la conclusión previa apenas recordada que pretendía mantener.

El segundo argumento se deriva de una interpretación sistemática *stricto sensu* del art. 6.1º CEDH y del mismo sistema CEDH. Así, bajo la tesis criticada cuando se efectúa una denuncia por violación del CEDH, el TEDH está obligado a examinar la denuncia en relación no solamente al sistema jurídico el Estado demandado, sino también en relación con los sistemas de los terceros Estados, lo que podría eventualmente incluir Estados no miembros del CEDH. Sin embargo, “cuando se efectúa una denuncia por violación del Convenio, la denuncia debería ser analizada por el” Tribunal de Estrasburgo “solo mediante referencia al sistema jurídico del Estado demandado. Cualquier defecto o problema relativo a tal sistema no puede remediarse mediante referencia al sistema jurídico de ninguna otra Alta Parte Contratante, sea o no vecina al Estado demandado. Por lo tanto, el hecho de que el solicitante [...] haya tenido la posibilidad de un recurso judicial en” algún otro sistema jurídico “respecto a su reclamación debería ser irrelevante respecto a la cuestión ante el TEDH, que consiste única y exclusivamente en determinar si el solicitante tuvo acceso a un juez en” el Estado demandado “respecto a la misma denuncia”²²⁶. Esta conclusión debería ser aceptada incluso con mayor vehemencia en los casos en que el tercer Estado parte en cuestión no sea miembro del CEDH.

El tercer argumento se apoya en una interpretación sistemática *stricto sensu* del art. 6.1º CEDH y del art. 14 CEDH. Así pues, la tesis criticada permite a los tribunales nacionales declinar su competencia cuando existan otros mecanismos

²²⁴ “Les conséquences liées au refus d’une compétence en matière de droit international privé peuvent se révéler beaucoup plus ennuyeuses pour les individus que la négation d’une compétence territoriale dans l’ordre interne”, en tal sentido F. Marchadier, *op. cit.*, p. 157.

²²⁵ “L’élément international contribue à réduire la liberté des Etats de refuser leur compétence”, en tal sentido F. Marchadier, *op. cit.*, p. 156.

²²⁶ *Vid.* la opinión en disenso del juez Loukis Loucaides en el as. *McElhinney*, de conformidad con la cual “I think it is unfair as well as odd to expect the applicant to have recourse to another State as a solution to his problem of lack of access to a Court in his own country, against which his complaint was directed”.

de recurso en el exterior. Sin embargo los extranjeros se ven involucrados en casos transnacionales con más frecuencia que los ciudadanos y los asuntos transnacionales tienen mayor probabilidad de ser conocidos por tribunales internacionales respecto a los asuntos puramente internos. Consiguientemente el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales del Estado del foro puede ser derogado más frecuentemente en casos que involucran extranjeros que en relación con los asuntos que comprometen a ciudadanos. Por lo tanto, la jurisprudencia del TEDH, indirectamente y *de facto* discrimina por razón de nacionalidad y contradice el art. 14 CEDH²²⁷.

El cuarto argumento se basa en una interpretación teleológica del art. 6.1º CEDH. La tesis criticada permite a los tribunales locales declinar su competencia cuando existan otros mecanismos de recurso en el exterior. Por lo tanto, esta opinión interpreta restrictivamente el art. 6 limitando su alcance a casos que no pueden ser conocidos en el exterior. Sin embargo, tal interpretación es contraria a la necesidad de dar una lectura extensiva a las disposiciones planteadas por el CEDH.

El quinto argumento se funda en una interpretación sistemática *lato sensu* del art. 6.1º CEDH y de las normas de competencia internacional en general. Aquí es necesario distinguir las normas de competencia internacional de naturaleza interna/local, de aquellas impuestas por los acuerdos internacionales. Las primeras asignan la competencia internacional a los tribunales del Estado del foro sin considerar si otro tribunal extranjero es competente para conocer del mismo caso y por tanto tienen un carácter unilateral en lugar de bilateral. La tesis criticada, sin embargo, impone a los tribunales llamados a dirimir la controversia la tarea de tomar en cuenta además la competencia internacional de los tribunales extranjeros y por lo tanto es contraria a la naturaleza de estas disposiciones.

Respecto a las normas de competencia internacional de origen convencional, el resultado es el mismo, al menos parcialmente. Tales normas asignan la competencia internacional a los tribunales de un Estado miembro, teniendo en cuenta si otros tribunales extranjeros son competentes para conocer del caso y tienen carácter bilateral. Sin embargo, estas reglas no consideran las disposiciones de competencia internacional de los Estados no miembros y por lo tanto, tienen un carácter unilateral cuando son examinadas (no con respecto a los sistemas de sus Estados miembro sino) en relación con los Estados terceros. Por lo tanto, esta tesis es también contraria a la naturaleza y alcance de las normas de competencia internacional de origen internacional, al menos respecto a terceros Estados.

El sexto argumento también se apoya en una interpretación sistemática *lato sensu* del art. 6.1º CEDH y de las normas de competencia internacional. La tesis criticada,

²²⁷ Sobre la violación del art.14 CEDH efectuada mediante discriminaciones indirectas *vid.* O. Mjöll Arnardóttir, *Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhof, 2003, p. 79, y allí ulteriores referencias.

cita el objetivo de coordinación de los procedimientos propios de las normas de competencia internacional. Sin embargo, el derecho de acceso a un juez como establecido por el art. 6 CEDH es un derecho humano fundamental. Así, el objetivo de coordinación de procedimientos no puede prevalecer sobre el derecho humano fundamental de acceso a un juez. Esta conclusión puede ser alcanzada incluso cuando las normas de competencia internacional sean establecidas por convenciones internacionales. A este respecto, esta conclusión es coherente con la jurisprudencia del TEDH, según la cual los Estados parte del CEDH son responsables por las violaciones del art. 6 CEDH cuando limitan el derecho de acceso a un juez del solicitante a fin de hacer efectivas las normas de un convenio internacional.

El séptimo argumento está basado en motivos de oportunidad. La tesis crítica impone al órgano jurisdiccional del Estado del foro el deber de establecer antes de declinar su competencia si el caso en cuestión podría ser (efectivamente) fallado por los tribunales de un Estado extranjero. Sin embargo, a fin de verificar si otros órganos jurisdiccionales extranjeros tienen la competencia internacional requerida para conocer del caso, deben verificar las normas internas sobre competencia internacional de cada sistema jurídico del mundo. Razones de oportunidad sugieren entonces eximir a los tribunales locales de cumplir tal imposible/difícil tarea, y en lugar de eso requerir solamente que tales tribunales verifiquen si otros medios (razonables) de recurso son disponibles dentro del Estado del foro, de conformidad con sus propias normas de competencia.

El octavo argumento se basa en la opinión disidente del juez Rozakis en el caso *Mac Elhinney*²²⁸. La opinión se refería a la parte de la decisión del TEDH en el asunto *Waite y Kennedy* que estableció que la existencia de medios alternativos (razonables) de recurso debería interpretarse como medios alternativos de recurso ya sea en un tercer Estado o en un tercer sistema jurídico antes que en el Estado demandado. El juez disidente señaló que la decisión “se refería a específicas circunstancias concernientes a personas que trabajaban en una organización internacional y a controversias laborales respecto a las cuales existían procedimientos internos que eran conocidos por los solicitantes cuando estos decidieron convertirse en empleados de la organización”²²⁹, y enfatizó en cambio que en los casos en que el demandado sea un Estado extranjero antes que una organización internacional, el solicitante no tiene ningún vínculo con la “competencia (del Estado extranjero) [...] o ningún tipo de pertenencia y fidelidad respecto a” la misma²³⁰. El juez entonces manifestó que la parte de la decisión *Waity y Kennedy* concerniente a medios alternativos de recurso no se aplicaba y que el requisito de la existencia de medios alternativos (razonables) debería en consecuencia

²²⁸ Judge Rozakis, opinión en disenso en el as. *MacElhinney*.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.*

ser interpretado como medios alternativos en el Estado demandado, antes que en terceros Estados²³¹. Esta opinión merece ser aprobada.

En síntesis, el requisito de la existencia de medios alternativos (razonables) de recurso, no puede interpretarse como medios alternativos en un tercer Estado, sino que debe concebirse como medios alternativos que permiten el acceso a los órganos jurisdiccionales del Estado demandado²³².

7. Competencia exclusiva

Finalmente, la última pregunta que surge en este contexto es si el derecho de acceso a un juez puede ser impropriamente restringido por las normas de competencia internacional que establecen competencia exclusiva en determinados fueros. El TEDH aun no ha establecido una respuesta a esta específica cuestión. Sin embargo, es evidente que las conclusiones alcanzadas en las partes E y F de este capítulo con respecto a todas las demás normas generales de competencia internacional se aplican *mutatis mutandis* a las disposiciones de competencia exclusiva. Además, ningún motivo puede ser invocado para prohibir esta aplicación. Así mismo, las reglas de competencia exclusiva violan el derecho de acceso a un juez porque por su propia naturaleza restringen este acceso cuando el caso en cuestión no entra en la competencia exclusiva del Estado del foro aunque cumpla con todos los requisitos necesarios para considerar impropia la restricción en comentario.

VI. La competencia exclusiva implica una denegación de justicia y viola el derecho humano fundamental de acceso a un juez

1. Denegación de justicia

Las normas de derecho internacional público en materia de denegación de justicia/*forum necessitatis* y sobre el derecho de acceso a un juez serán aplicadas ahora a las normas de competencia exclusiva en asuntos de DPI. En este sentido, los asuntos *Voda*, *Lucasfilm* y *Gat* serán tomados como ejemplo, porque constituyen la jurisprudencia más reciente que involucra la aplicación de la competen-

²³¹ *Ibid.*, de conformidad con la cual “*in any event, I seriously dispute an unqualified transposition of a principle that the Court applied in a specific category of case (e.g. Waite y Kennedy / Germany) – namely the circumscribed scope of Article 6 in circumstances where a State party to the Convention has relinquished parts of its jurisdiction to an international organisation – to all cases involving a jurisdictional plurality*”.

²³² *Vid.* la opinión en disenso del juez Loukis Loucaides en el caso *McElhinney*, de conformidad con la cual “*it is correct that Article 6 may be subject to inherent limitations, but these limitations should not affect the core of the right. Procedural conditions such as time-limits, the need for leave to appeal etc. do not affect the substance of the right. But completely preventing somebody from having his case determined by a Court, without any fault on his part and regardless of the nature of the case, contravenes, in my opinion, Article 6 § 1 of the Convention*”.

cia exclusiva en el contexto de litigios transfronterizos. Además, con particular referencia al art. 6 CEDH, aunque es cierto que este artículo no se aplica a EE UU y por ende para el asunto *Voda*, una interpretación sistemática del art. 6 podría influir en la aplicación de las normas correspondientes vigentes en EE UU y que ya hemos examinado sobre el derecho de acceso a un juez. Por lo tanto, los argumentos basados en el art. 6 también pueden ser adoptados, *mutatis mutandis*, también respecto al asunto estadounidense *Voda*.

En cuanto a la denegación de justicia/*forum necessitatis*, en el asunto *Voda* ambas partes eran empresas domiciliadas en EE UU y la controversia concernía varias patentes europea, inglesa, canadiense, francesa y alemana, además de estadounidense. (i) En consecuencia, el asunto tenía vínculos suficientes con EE UU y cumplía con el primer requisito (de proximidad) de la regla sobre denegación de justicia/*forum necessitatis*. (ii) Sin embargo, el tribunal de apelación del circuito federal sostuvo que *Voda* debía presentar sus reclamaciones por infracción de patente inglesa, canadiense, francesa, alemana y europea ante los respectivos tribunales del Reino Unido, Canadá, Francia, Alemania y cada Estado individual por el cual había sido otorgada la patente europea, ya que cada uno de estos Estados tenía competencia exclusiva respecto a las reclamaciones en materia de infracción de patente. Al establecer esto, el tribunal de apelación de EE UU requirió a *Voda* duplicar sus procedimientos. (iii) La duplicación de procedimientos en asuntos de DPI ha demostrado que incrementa sus costos. De conformidad con el ya mencionado estudio “Análisis Económico de Coste–Beneficio de un Sistema Unificado de Solución de Litigios en Materia de Patentes”, “entre 146 y 311 casos de infracción son duplicados anualmente en Estados miembros de la Unión Europea. Para el 2013, este número puede aumentar entre 202 y 431 casos de duplicación. El valor total de los ahorros privados si existiese el acceso al procedimiento unificado ampliaría el intervalo entre 148 y 289 millones de euros”²³³. Además, los costos de la duplicación de procedimientos son incluso mayores cuando involucran sistemas como el del Reino Unido. Puesto que, “el costo promedio de adelantar una acción en el Reino Unido en primera instancia es de aproximadamente € 500,000 y este es casi tres veces el costo de una acción de infracción en la mayoría de las demás jurisdicciones europeas”²³⁴. (iv) Además, la duplicación de procedimientos en casos de DPI puede conducir a resultados divergentes, como ocurrió en una serie de casos recientes. “En el caso *Epilady* (EP0101656), los litigios por infracción adelantados por el titular de la patente fueron exitosos en Bélgica, Alemania, Italia y Países Bajos, pero no lo

²³³ Vid. p.5 del documento citado en la nota 130. Este documento se refiere explícitamente a la Corte Unificada (ECPC, por sus siglas en inglés), sobre el cual *vid. infra*. Sin embargo, los resultados son extendibles a otros sistemas de aplicación de patentes nacionales y extranjeras.

²³⁴ Vid. para todos D. Knight, “The Reducing Cost of European and UK Patent Litigation?”, *Patent World*, 2008 y disponible en: <http://www.ffw.com/publications/all/articles/reducing-cost-patent.aspx>.

fueron en Austria, Francia y el Reino Unido. En el asunto *Securities System Inc. vs. ECB* (EP0455750), los tribunales de Alemania y Holanda mantuvieron la patente, mientras que fue revocada en Francia y en el Reino Unido. En el asunto *Senseo* (EP0404717), decisiones iniciales divergentes fueron emitidas por los tribunales de Bélgica y Holanda, pero muchos casos locales aun están pendientes. En el asunto *Monsanto* (EP0546090), el tribunal distrital de la Haya emitió una sentencia interlocutoria el 19 de marzo de 2008 y refirió el caso a la Corte Europea de Justicia para una interpretación de la Directiva 98/44/CE del 6 de julio de 1998 sobre protección jurídica de las invenciones biotecnológicas; aun están pendientes varios casos paralelos en diferentes Estados miembros²³⁵. Así mismo, otro caso que ejemplifica el riesgo de resultados divergentes debido a la duplicación de procedimientos es el asunto *Banco Central Europeo* (en adelante: BCE) *v. Document Security Systems Incorporated* (en adelante: DSS)²³⁶. Para describir apropiadamente este caso es importante hacer mención del texto de la decisión emitida por el tribunal de apelación del Reino Unido el 19 de marzo de 2008. La controversia según el tribunal surgía por cuanto una empresa estadounidense “afirmaba que” su “patente [...] y las patentes hermanas habían sido infringidas por billetes de banco. Con imaginación pero demasiado optimismo la empresa trató de iniciar un procedimiento central ante el tribunal de primera instancia de la UE. El 5 de septiembre de 2007 el tribunal señaló, como no es de extrañar, que no tenía competencia para conocer de los procedimientos de infracción de patentes incluso contra una institución de la UE, asunto T-295/05. Mientras tanto, el BCE había iniciado procedimientos de revocación en Francia, Alemania, Países Bajos, España, Italia, Bélgica, Luxemburgo y Austria. Estos procedimientos aún se encuentran en trámite²³⁷. Antes de la decisión del tribunal de apelación del Reino Unido, un tribunal de primera instancia de dicho país había declarado nula la patente. Igualmente, “en Alemania y Francia existieron decisiones de primera instancia. Ninguno de los demás procedimientos ha llegado muy lejos”²³⁸. El tribunal federal de Patentes alemán (*Bundespatentgericht*) no estuvo de acuerdo con la decisión inglesa y “declaró inválida la patente. Posteriormente, en junio 9 de 2008, el tribunal francés (le Tribunal de *Grande Instance* de París) estuvo de acuerdo con” la decisión de primera instancia del Reino Unido “y en desacuerdo con la decisión del tribunal alemán. En marzo 12 del 2008, el tribunal neerlandés estuvo de acuerdo con tribunal alemán. En términos

²³⁵ Vid. “Análisis Económico de Coste-Beneficio de un Sistema Unificado de Solución de Litigios en Materia de Patentes”, *loc. cit.*, nota 129.

²³⁶ Vid. *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 19 de marzo de 2008, *European Central Bank / Document Security Systems Incorporated* [2008] EWCA Civ 192 disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2008/192.html>.

²³⁷ *Ibid.*, ap. 3.

²³⁸ *Ibid.*, ap. 4.

deportivos el resultado actual es 2-2 para el BCE a nivel de primera instancia. Esto es profundamente lamentable. Esto ilustra nuevamente la necesidad de una única *patent shop* en materia de patentes (con un departamento en la planta baja para la primera instancia y un departamento en el primero piso para la segunda instancia) para quienes tienen negocios a lo largo de Europa²³⁹. Finalmente, el tribunal apelación del Reino Unido rechazó la apelación del demandante y confirmó la decisión de primera instancia, declarando la nulidad de la patente. (v) En consecuencia, haber solicitado al demandante en el asunto *Voda* que presentara sus peticiones ante los tribunales de cada uno de los Estados extranjeros donde las patentes habían sido concedidas era irrazonable e ineficaz y por lo tanto, cumplía con el segundo requisito de la regla sobre denegación de justicia/*forum necessitatis*.

En el asunto *Lucasfilm* la denegación de justicia fue incluso más visible. (i) Primero el caso involucraba un demandante que no solamente tenía domicilio en el Reino Unido sino que además había llevado a cabo los actos de infracción desde el Reino Unido. De este modo, la declinación de competencia por parte del tribunal inglés era contraria al Reglamento de Bruselas. De conformidad con el art. 2 “las personas con domicilio en un Estado miembro deberán [...] ser demandadas ante los tribunales de dicho Estado miembro”; el demandado tenía su domicilio en el Reino Unido, por tanto el tribunal del Reino Unido tenía competencia para conocer el caso. Sin embargo, el tribunal de apelación del Reino Unido no llegó a esta conclusión por dos diversos motivos. Primero, el art. 2 del Reglamento de Bruselas no sustentaba la competencia del tribunal inglés por cuanto dicha norma condiciona su aplicación a la existencia no solo de “competencia personal”, sino también de “competencia del tribunal por razón de la materia”, que no existe cuando las “conductas infractoras” se llevan a cabo “fuera de la Unión Europea por personas que resultan ser domiciliadas dentro de la Unión Europea”. Segundo, el art. 2 RB I no sustentó la competencia del órgano jurisdiccional del Reino Unido ya que el objeto del caso en cuestión entraba en la competencia exclusiva de los tribunales estadounidenses, cuya competencia exclusiva era supuestamente establecida implícitamente por el CP, el CB, el PCT y el acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo ninguno de los argumentos adoptados por el tribunal del Reino Unido es convincente. Respecto al primer argumento, por un lado, las nociones de competencia personal y competencia por razón de la materia son conceptos del *Common Law* extraños al Reglamento de Bruselas I que condiciona su aplicación general a la sola presencia del domicilio del demandando dentro de la UE, sin exigir ulteriores requisitos de proximidad al

²³⁹ *Ibid.*, aps. 3-5.

territorio Europeo²⁴⁰. Por otra parte, el asunto *Lucasfilm* presentaba vínculos adicionales al territorio de la UE ya que el demandado llevó a cabo las conductas de infracción desde el Reino Unido. Respecto al segundo argumento, como hemos anotado, la supuesta disposición de competencia exclusiva implícita contenida en el CP, el CB, el PCT y el acuerdo sobre los ADPIC no solo no existe, sino que de existir sería contraria al Derecho internacional público. (ii) Así mismo, incluso si el Reglamento Bruselas I no debiera ser aplicado, la declinación de competencia del tribunal del Reino Unido era contraria al *forum necessitatis*, ya que el asunto *Lucasfilm* presentaba un vínculo con el Reino Unido, suficiente para cumplir con el primer requisito de la regla sobre denegación de justicia/*forum necessitatis*. (iii) Además, de conformidad con el tribunal de apelación del Reino Unido, EE UU tenía competencia exclusiva para conocer las infracciones a derechos de autor estadounidenses. Sin embargo, el tribunal de apelación del Reino Unido no ejecutó la decisión proferida por el tribunal estadounidense en la acción por infracción iniciada por el demandante en EE UU. En consecuencia, la no ejecución de la sentencia proferida por el tribunal estadounidense por parte del Reino Unido que había sostenido que dicho tribunal tenía competencia ordinaria, hace ineficaz el acceso al tribunal estadounidense con respecto al Reino Unido. Por lo tanto, la no ejecución de la decisión estadounidense constituyó un obstáculo jurídico para el efectivo ejercicio del derecho de acceso al tribunal estadounidense y como tal en el Reino Unido, lo que cumple con el segundo requisito de la regla sobre denegación de justicia/*forum necessitatis*.

En el asunto *GAT* tanto el demandante como el demandado eran compañías establecidas en Alemania. (i) Como tal, el caso tenía suficientes vínculos con Alemania para cumplir con el primer requisito de la regla sobre denegación de justicia/*forum necessitatis*. (ii) Además, en el asunto *GAT* las patentes en cuestión habían sido concedidas por un solo Estado: Francia. Por lo tanto, la declinación de competencia por parte del tribunal alemán impuesta por la decisión *GAT* del TJ, obligaba al demandado a llevar el procedimiento ante un tribunal francés, con competencia ordinaria exclusiva para tratar los temas de validez de las patentes francesas. Sin embargo la competencia exclusiva del tribunal francés concernía solamente el tema de la validez de las patentes francesas, no incluía la

²⁴⁰ Vid. TJ, Opinión del 7 de febrero de 2006, *Competence of the Community to conclude the new Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, 1/03, ap. 145 y STJ Owusu, aps. 25–26. Vid. también P. Torremans, *cit.*, p. 752, de conformidad con el cual “the dangerous consequence of the analysis put forward by the Court of Appeal” en el caso *Lucasfilm* “is that this jurisdiction is declined and that a substantial risk is created that not a single court will be available and willing to hear the case and to do justice between the parties. The Court itself indicates that Ainsworth does no longer travel to the US and will in this way be able to escape the jurisdiction of the US courts. And in the next phase the Court of Appeal refuse to recognise and enforce the Californian judgment in the UK. This kind of denial of justice is undesirable and dangerous, but it will be the inevitable consequence of the approach taken by the court”.

infracción de las mismas. En cambio, el tribunal alemán tenía competencia ordinaria para examinar las peticiones en materia de infracción por razón del criterio de competencia general del sistema de Bruselas, el cual asignaba competencia al país del domicilio del demandado, en este caso, Alemania. En consecuencia, el tribunal alemán tenía que suspender el procedimiento mientras refería el asunto al tribunal francés respecto al tema de la validez de las patentes francesas; después de la decisión del tribunal francés sobre dicho tema, el tribunal alemán debía reasumir el conocimiento de la causa y examinar las peticiones en materia de infracción²⁴¹. En efecto, el proceder de esta forma habría producido una duplicación de los procedimientos. Así, incluso el asunto *GAT* cumple con el segundo requisito de la regla sobre denegación de justicia/*forum necessitatis*.

2. Violación del derecho fundamental de acceso a un juez

En cuanto al derecho fundamental de acceso a un juez, en el asunto *Voda*, en virtud de las normas sobre competencia exclusiva supuestamente existentes, el tribunal estadounidense declinó su competencia respecto a las peticiones de infracción de *Voda* relativas a patentes extranjeras. (i) Por lo tanto en este caso las reglas de competencia exclusiva no solamente impedían a *Voda* el acceso a un juez en EE UU respecto a sus peticiones de infracción de patente extranjera, sino que además restringían su derecho humano fundamental de acceder a los tribunales estadounidenses. Además, tal restricción era indebida por las siguientes razones. (ii) Primero, por la existencia de un vínculo suficiente y no fortuito entre el asunto y el Estado del foro. (iii) Segundo, porque tal restricción al derecho de acceso a un tribunal no fue establecida por una ley suficientemente clara sino por reglas implícitas de Derecho internacional público presuntamente existentes. (iv) Tercero, porque la restricción no perseguía un objetivo legítimo. El supuesto objetivo era cumplir con el Derecho internacional público, pero el Derecho internacional público no solo no impone normas de competencia exclusiva implícita, sino que además las considera ilícitas. (v) Cuarto, por cuanto la restricción no era proporcional al objetivo previsto. En el caso en concreto, la restricción no estaba relacionada con temas relativos a la inmunidad de jurisdicción o con casos que presentaran ciertas peculiaridades reconocidas. Además, la restricción afectaba la esencia del derecho de acceso a un juez ya que por una parte, *Voda* no tenía otros mecanismos de recurso disponibles en EE UU y por otro lado, los mecanismos de recurso disponibles fuera de EE UU implicaban una duplicación de procedimientos siendo por lo tanto ineficaces.

²⁴¹ Sobre la necesidad de proceder de esta forma, que no es expresamente establecida en la sentencia *GAT* del TJ pero se deduce de la interpretación de la misma, *vid.* Explanatory Report by Professor Fausto Pocar, *loc. cit.*, p. 27, y la doctrina mencionada en la nota 6, y allí las referencias a la jurisprudencia local que efectivamente sigue tal línea y la jurisprudencia que por el contrario declina su competencia no solo en temas en materia de validez, sino también en materia de infracción de derechos.

En el asunto *Lucasfilm* la violación del derecho de acceso a un juez fue aún más evidente. (i) En dicho caso en virtud de la supuesta competencia exclusiva de los tribunales estadounidenses, el tribunal de apelación inglés declinó el ejercicio de su competencia respecto a las pretensiones de infracción de derechos de autor estadounidenses. Las normas de competencia exclusiva impedían el acceso a los tribunales ingleses y por lo tanto restringían el derecho del demandante de acceder a un juez, como lo señala el art. 6 CEDH. Adicionalmente, esta restricción era ilícita por los siguientes motivos. (ii) Primero, por la existencia de un vínculo suficiente y no fortuito entre el asunto y el Estado del foro. (iii) Segundo, por los mismos argumentos explicados respecto al asunto *Voda*, la restricción del derecho de acceso a un juez no estaba claramente establecida en la ley. (iv) Tercero, nuevamente por los mismos motivos explicados en el asunto *Voda*, la restricción en cuestión no perseguía un objetivo legítimo. (v) Cuarto, porque la restricción al derecho de acceso a un juez no era proporcional al fin perseguido. En el presente caso, el demandante no tenía otros mecanismos de recurso disponibles en el Reino Unido pero contaba con tales mecanismos fuera del Reino Unido. Por lo tanto, el demandante supuestamente podría haber iniciado un proceso por la infracción de su derecho de autor estadounidense ante un tribunal de EE UU. Sin embargo, el demandante ya se había valido de estos otros medios de recurso, obteniendo una decisión de un tribunal estadounidense que el tribunal inglés se rehusó a ejecutar, demostrando así que mientras *in arguendo*, de conformidad con la decisión *Waite and Kennedy* del TEDH, un “medio alternativo de recurso” existía en un país (EE UU) diverso del Estado del foro (el Reino Unido), este medio alternativo de recurso (supuestamente) disponible era en efecto ineficaz.

Asimismo, en el asunto *GAT*, en virtud de una interpretación extensiva de las normas de competencia exclusiva establecidas por el art. 16.4º CB, el tribunal alemán debía declinar su competencia respecto a las peticiones de validez de las patentes francesas del demandante. (i) De este modo, nuevamente la aplicación de las normas de competencia exclusiva habría impedido el acceso al tribunal alemán y restringido el derecho de acceso de LuK a un juez como señalado en el art. 6 CEDH. Además, esta restricción era ilícita por los siguientes motivos. (ii) Primero, un vínculo suficiente y no fortuito existía entre el asunto y Alemania. (ii) Segundo, la restricción al derecho de acceso a un juez no era establecida por una norma suficientemente clara. En lugar de ello, la restricción en cuestión se basaba en una interpretación extensiva por parte del TJ del art. 16.4º CB que no amplía explícitamente el alcance de la norma sobre competencia exclusiva a temas de validez de IPR que no hayan sido invocados en vía principal sino en vía incidental. Además, antes de la decisión *GAT* el TJ había resaltado el “carác-

ter restrictivo de la disposición contenida en el art. 16.4^o²⁴², interpretándolo por lo tanto en forma restrictiva. Así las cosas, dicho tratamiento interpretativo dió lugar a la expectativa legítima que una interpretación restrictiva debía ser también adoptada respecto a temas de validez de IPR formulados en vía incidental excluyéndolos del ámbito del art. 16.4^o (iv) Tercero, por los motivos explicados respecto al asunto *Voda*, la restricción en cuestión no perseguía un objetivo legítimo. (v) Cuarto, la restricción no era proporcional al objetivo perseguido. Por una parte LuK no tenía otros mecanismos de recurso disponibles en Alemania. Por otro lado, fuera de Alemania Luk contaba con otros mecanismos de recurso, pero utilizarlos conducía a una duplicación de procedimientos, lo cual los hacía ineficientes²⁴³.

3. Soluciones del Derecho internacional privado y desde el ámbito de los derechos humanos

Entonces, en los asuntos *Voda*, *Lucasfilm* y *GAT* las normas sobre competencia exclusiva condujeron a la denegación de justicia de los titulares de DPI, violando el *forum necessitatis* y el derecho humano fundamental de acceso a un juez. Puesto que los asuntos *Voda*, *Lucasfilm* y *GAT* son la expresión más reciente de la aplicación de la competencia exclusiva en litigios transnacionales de DPI sus conclusiones pueden ser fácilmente extensibles *mutatis mutandis* a todas las otras controversias en materia de DPI.

Para evitar la denegación de justicia y proteger el derecho de acceso a un juez, los Estados deberían seguir tres enfoques distintos y concurrentes, cada uno de los cuales lleva a los mismos resultados. (i) Primero, desde una perspectiva *de lege ferenda*, deben declarar como inconstitucionales o abrogar las disposiciones explícitas sobre competencia exclusiva y también revisar la jurisprudencia según la cual las normas de competencia exclusiva son implícitamente impuestas por el derecho internacional público. (ii) Segundo, desde una perspectiva *de lege lata* deben adoptar “la solución de derecho internacional privado” (en adelante: la solución DIP). De acuerdo con la solución DIP, los Estados deben buscar otras “normas de derecho internacional privado”²⁴⁴ que sean diferentes y prevalentes respecto a las normas que de otra manera conducirían a la declinación de competencia. Así las cosas, deben encontrar estas normas en el *forum necessitatis*, que

²⁴² STJ, as. *Duijnste*, ap. 23.

²⁴³ Esta duplicidad de procedimientos es diferente de la de ciertos sistemas jurídicos como el alemán, de conformidad con el cual un tribunal alemán con competencia para un tema de validez de DPI que ha sido incidentalmente planteado no es el mismo que resulta competente respecto a materias de infracción. En ese orden de ideas, está claro que la primera duplicidad de procedimientos requiere más “*entry thresholds (such as language, distance, costs, mentality) for parties to the litigation system*” que la otra. En tal sentido T.T. Jaeger, R. Hilty, J. Drexler y H. Ullrich, *loc. cit.*, p. 826 ss.

²⁴⁴ J.J. Fawcett, *loc. cit.*, 37.

es una regla del DIP y un principio general del derecho, y que tiene por lo tanto un efecto directo y prevalece sobre las normas de competencia exclusiva (locales o del sistema de Bruselas). Finalmente, los Estados deben adoptar este foro y así ejercer la *jurisdiction by necessity* a pesar de las disposiciones sobre competencia exclusiva. (iii) Tercero, siempre desde una perspectiva *de lege lata* los Estados deben adoptar la “solución de los derechos humanos”²⁴⁵. De conformidad con esta solución, los Estados deben reconocer el derecho de acceso a un juez como un principio general del Derecho y en todo caso “la primacía del CEDH” sobre las demás normas internacionales, europeas y locales sobre competencia exclusiva, tal como las del sistema de Bruselas. Entonces, los Estados deben establecer “que actuar en una particular” manera, a saber, declinar la competencia en razón de las normas sobre competencia exclusiva, “involucra una violación del CEDH por parte de un tribunal”. Además, deben referirse a esta violación “como la razón por no actuar en dicha particular manera”²⁴⁶, y por lo tanto por no declinar la competencia. Finalmente, deben ejercer competencia a pesar de disposiciones sobre competencia exclusiva.

En cuanto a la solución DIP, en el asunto *Voda* el tribunal de apelación de EE UU debió haber ejercido la *jurisdiction by necessity* respecto a todas las peticiones de infracción de *Voda*, a pesar de que las patentes involucradas fueran nacionales o extranjeras. Así mismo, en el asunto *Lucasfilm* el tribunal de apelación del Reino Unido debió haber ejercido la *jurisdiction by necessity* para hacer valer los derechos de autor estadounidenses en juego. Finalmente, en el asunto *GAT* el tribunal alemán debió haber ejercido la *jurisdiction by necessity* respecto a las pretensiones de validez y de infracción de las patentes francesas de LuK. Particularmente respecto al asunto *GAT*, el ejercicio de la *jurisdiction by necessity* por parte del tribunal alemán respecto a la validez de las patentes francesas de LuK es contrario a la decisión *GAT* del TJ. (i) Sin embargo, una interpretación literal de esta decisión destaca que la misma no trata el tema de la compatibilidad del *forum necessitatis* con las normas de competencia exclusiva del Convenio de Bruselas y, por lo tanto, no puede ser interpretada en el sentido de que la última prevalece sobre el primero. (ii) Segundo, una interpretación teleológica de la decisión *GAT* del TJ destaca que el tribunal no tenía como propósito referirse a la compatibilidad del *forum necessitatis* y las normas de competencia exclusiva del Convenio de Bruselas; así las cosas, su decisión no puede construirse en tal sentido. (iii) Tercero, permitir al tribunal alemán ejercer su *jurisdiction by necessity* coincide con la ya demostrada afirmación según la cual el *forum necessitatis* puede ser adoptado en el marco del sistema de Bruselas, incluso en derogación de las disposiciones sobre competencia exclusiva. (iv) Finalmen-

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ *Ibid.*

te, incluso suponiendo *in arguendo* que la decisión *GAT* pudiera ser interpretada en el sentido de insinuar la prevalencia de las disposiciones sobre competencia exclusiva del sistema de Bruselas sobre el *forum necessitatis*, los Estados miembros de la UE estarían a pesar de ello obligados a derogar el precedente establecido por el TJ a fin de reconocer el principio general del derecho del *forum necessitatis*.

En cuanto a la solución en materia de derechos humanos, el tribunal de apelación de EE UU en el asunto *Voda* debió haber ejercido la competencia sobre todas las pretensiones de infracción de la patente de Voda, a pesar de si estas involucraban patentes nacionales o extranjeras; el tribunal de apelación del Reino Unido en el asunto *Lucasfilm* debió ejercer la competencia para hacer respetar los derechos de autor estadounidenses en cuestión; y el tribunal alemán en el asunto *GAT* debió haber ejercido la competencia respecto a las pretensiones de validez e infracción planteadas por LuK. Particularmente en relación con el asunto *GAT*, la infracción del art. 16.4º CB (actualmente art. 22.4º RR I) así como interpretado por el TJ, que se había derivado por el ejercicio de competencia respecto a los temas de validez de las patentes francesas por parte del tribunal alemán, habría sido necesaria a fin de que el Estado alemán pudiera evitar la responsabilidad por la violación del art. 6 CEDH.

Finalmente, con relación al as. *GAT* el resultado propuesto fue parcialmente alcanzado por una decisión neerlandesa proferida por el tribunal distrital de la Haya en el asunto *Single Buoy Moorings v. Bluewater* del año 2007²⁴⁷. En este asunto, el propietario de una patente europea demandó a una compañía neerlandesa señalando que mediante la manufactura y/o la oferta de partes esenciales de la invención patentada por el demandante, a sabiendas de que dichas partes serían instaladas por un tercero en dos países en los cuales el demandante había obtenido una patente europea (Noruega e Inglaterra), el demandado había incurrido en “una forma especial de infracción transfronteriza indirecta”²⁴⁸. El demandado planteó el tema de la invalidez de la patente europea ante el tribunal neerlandés. De este modo, de conformidad con la decisión *GAT* TJ, el tribunal neerlandés debió haber declinado su competencia (al menos) respecto a los temas de validez de las porciones referentes a Noruega e Inglaterra de la patente

²⁴⁷ “Cross-border Jurisdiction after GAT/LuK: International “Indirect” Infringement”, NautaDutilh e-Newsletter Intellectual Property, 6 de junio de 2007, p. 1, disponible en http://www.newsletter-nauta-dutilh.com/EN/xzine/intellectual_property/e-newsletter_patent_law/cross-international_indirect_border_jurisdiction_after_gat/lukinfringement.html?cid=4&xzine_id=3925&aid=9631. Vid. también J. Anders, et al., *Liability for Contributory Infringement of IPRs – Certain Aspects of Patent Infringement*, The Neth. Int’l Assoc. for the Prot. of Intell. Prop., disponible en https://www.aippi.org/download/committees/204/GR204the_netherlands.pdf. Sobre el tema de *contributory infringement* vid. también G.B. Dinwoodie, R. Dreyfuss, & A. Kur, “The Law Applicable To Secondary Liability In Intellectual Property Cases”, *JILP* 201, vol. 42, 2009.

²⁴⁸ Vid. NautaDutilh, *loc. cit.*

europea en cuestión. Sin embargo, el tribunal distrital de la Haya distinguió entre el as. *GAT* y la controversia a su cargo, afirmando que mientras que el primero “concernía una declaración de inexistencia de infracción de una patente europea en varios países (y por ende la posibilidad de dividirla en una declaración por país)”, el caso ante el tribunal neerlandés concernía una declaración positiva de infracción y “correspondía a la decisión de validez de una patente europea en dos territorios” y por lo tanto era “distinta de *GAT/Luk*”, y a diferencia de éste “no podía ser dividida”²⁴⁹. En otras palabras, el caso ante el tribunal alemán en el asunto *GAT* concernía la decisión sobre la validez de una patente francesa en un solo territorio (Francia). Sin embargo, en el caso ante el tribunal neerlandés, se trataba de determinar la validez de una patente europea en dos territorios, Noruega y Reino Unido, creando el riesgo de decisiones contradictorias respecto a dicha validez lo que en opinión del tribunal neerlandés haría imposible la emisión de una decisión en materia de infracción. El tribunal estimó que esto era indeseable y que entraba en conflicto con el art. 6 CEDH²⁵⁰.

Por otro lado, el tribunal neerlandés estableció entonces que a pesar de considerarse competente en este caso especial, la disposición sobre competencia exclusiva del sistema de Bruselas de acuerdo con la interpretación del TJ en la sentencia *GAT*, lo obligaba a “remitir la decisión sobre la validez de una patente extranjera solamente si han sido instaurados procedimientos de nulidad en el país extranjero en cuestión, independientemente del estado de los procedimientos en los Países Bajos”²⁵¹. Sin embargo, puesto que en el caso objeto de estudio no habían sido instaurados procedimientos de nulidad ante los tribunales respectivos de Noruega y del Reino Unido, el tribunal neerlandés decidió examinar el tema de la validez de la patente alegado por el demandado, respecto a las porciones de Noruega y del Reino Unido.

Esta decisión debe ser bien recibida porque tiene en cuenta la inoportunidad de la solución *GAT* y trata de escapar a ella. Así, la primera conclusión de esta decisión respecto a la incompatibilidad de las disposiciones sobre competencia exclusiva del sistema de Bruselas con el art. 6 CEDH, amerita ser aprobada con base en todos los argumentos analizados en los párrafos anteriores.

Sin embargo, la segunda conclusión sobre la obligación del tribunal neerlandés de remitir el tema de la validez de la porción extranjera de la patente Europea a los respectivos tribunales internos, solo si han sido instaurados ante ellos procedimientos de nulidad, al igual que las razones que fundamentan las dos

²⁴⁹ Tribunal distrital de La Haya, *SBM v Bluewater*, *ibid.*, ap. 4.4.

²⁵⁰ *Ibid.*, ap. 4.4. Contra *vid.* M. Frigo, *loc. cit.*, de conformidad con el cual la sentencia *GAT* debería ser evaluada positivamente en cuanto concede el principio legal de seguridad jurídica en correspondencia con el art. 6 CEDH.

²⁵¹ *Ibid.*, ap. 4.5.

conclusiones de esta decisión no resultan convincentes. Así pues, en primer lugar incluso si han sido instaurados procedimientos de nulidad de las secciones extranjeras de la patente europea ante tribunales locales, las normas sobre competencia exclusiva deben en todo caso considerarse ilegales y por tanto inaplicables con base en todos los argumentos ya examinados en este estudio, los cuales van en contra de éstas. En segundo lugar, las supuestas diferencias entre el asunto ante el tribunal neerlandés y el asunto GAT, a saber el número de territorios involucrados en la pretensión de invalidez o la naturaleza positiva o negativa de las pretensiones de infracción en juego²⁵² resulta irrelevante respecto a las normas de competencia exclusiva del sistema de Bruselas según la interpretación del TJ.

VII. Consecuencias

1. Consecuencia General

Las conclusiones respecto a la relación entre las normas de competencia exclusiva relacionadas con casos de DPI y el derecho humano fundamental de acceso a un juez de conformidad con el art. 6 CEDH, son análogas *mutatis mutandis* a las conclusiones respecto a la relación entre las mismas normas de competencia exclusiva y las normas sobre denegación de justicia/*forum necessitatis*. Esta analogía constituye un argumento final en favor de la tesis demostrada en este trabajo, según la cual las normas de competencia exclusiva en los asuntos de DPI no son impuestas por motivos de *comity* o por el principio de territorialidad codificado en tratados de derecho internacional público, son incluso ilícitas de acuerdo con el derecho internacional público y por lo tanto deberían ser abandonadas. Dichas conclusiones conciernen temas de infracción de DPI y también pretensiones de validez de DPI presentadas como defensa en procedimientos de infracción.

2. Derechos de propiedad intelectual de la Unión Europea

Estas conclusiones se aplican también respecto a los DPI de la Unión Europea, por ejemplo a la marca comunitaria²⁵³. (i) De hecho, respecto a las pretensiones relativas a acciones de infracción, acciones declarativas de ausencia de infracción y demandas de reconversión para revocar una marca comunitaria o para declarar su invalidez, los arts. 92–94 del reglamento sobre la marca comunitaria plantean normas de “competencia exclusiva. (ii) Sin embargo, por una parte desde la perspectiva de los Estados miembros de la UE tales normas no

²⁵² *Ibid.*, ap. 4.4.

²⁵³ *Vid.* Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo de 20 de diciembre de 1993 sobre la marca comunitaria, DO, L 011, 14.1.1994, p. 1. *Vid.* las modificaciones a dicho Reglamento en <http://oami.europa.eu/es/mark/aspects/reg/reg4094.htm>.

fundamentan la competencia internacional de un único y exclusivo tribunal competente, sino que en cambio establecen una pluralidad de posibles tribunales competentes, por ejemplo de los tribunales (de marcas) de los Estados miembros de la UE elegidos por las partes de acuerdo con el Convenio de Bruselas (ahora RB I), o alternatively del Estado miembro de la UE donde el demandante se encuentra domiciliado o tiene una sede, o en la sede de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), o donde la infracción tuvo lugar o fue intentada (a excepción de las acciones declarativas de ausencia de infracción de una marca comunitaria). Por lo tanto, tales normas de “competencia exclusiva” al no ser para nada exclusivas no entran en conflicto con las disposiciones de derecho internacional público sobre denegación de justicia y sobre el derecho humano fundamental de acceso a un juez. (iii) Por otro lado, desde la perspectiva de los Estados no miembros los arts. 92–94 del reglamento sobre la marca comunitaria efectivamente establecen normas de competencia exclusiva aunque a favor de más de un tribunal de la UE, y por lo tanto pueden entrar en conflicto con las disposiciones de Derecho internacional público sobre denegación de justicia y sobre el derecho humano fundamental de acceso a un juez.

Las conclusiones alcanzadas respecto a las marcas comunitarias se aplican también en relación con los demás derechos Europeos/Comunitarios de propiedad intelectual, tales como derechos de obtenciones vegetales²⁵⁴ y dibujos²⁵⁵.

3. Competencia unificada en materia de patentes

Finalmente, las mismas conclusiones aquí señaladas y la tesis demostrada, resultan aplicables respecto a la propuesta de la Presidencia del Consejo “para el establecimiento de un sistema unificado de solución de litigios en materia de patentes (ECPC por sus siglas en inglés)”²⁵⁶, que cuenta con el apoyo de la Comi-

²⁵⁴ Vid. Reglamento (CE) n.º 2100/94 del Consejo de 27 de julio de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, DO L 227, 1.9.1994, L 227, ap. 1.

²⁵⁵ Vid. Reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo del 12 de diciembre de 2001 sobre dibujos y modelos comunitarios, DO L 3, 5.1.2002, L 3, ap. 1 ss.

²⁵⁶ Vid. la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea sobre la Patente de la Unión Europea, (texto pertinente a efectos del EEE), Bruselas, 27 de noviembre de 2009, documento interinstitucional 2000/0177 (CNS), disponible en: http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st16/st161113-ad01_en09.pdf. Vid. T.T. Jaeger, R. Hilty, J. Drexler y H. Ullrich, *loc. cit.*, p. 817, y allí ulteriores referencias. Para una perspectiva histórica vid. S.J.R. Bostyn, “The Unbearable Heaviness of Harmonization: SPLT and CP”, en M. Ricolfi (ed.), *I brevetti per invenzione fra diritto europeo e nazionale*, Milán, Giuffrè, 2004, 128; J. Schade, “Is The Community (EU) Patent Behind the Times? – Globalisation Urges Multilateral Cooperation”, *IIC*, 2010, p. 806. Vid. también la opinión 1/09, solicitud de pronunciamiento enviada al Consejo de la Unión Europea con base en el art. 300(6) EC, en OJ 12.9.2009, C–220, 15; y el “statement of position by the Advocates General” presentado el 2 de Julio de 2010 y publicado alrededor de 6 semanas después de la fecha de 2 de Julio establecida por el documento en francés (lengua oficial del documento) en el blog de un abogado de patentes. Vid. la traducción no oficial al inglés en <http://www>.

sión, que está buscando recibir un mandato para la apertura de negociaciones con Estados partes del Convenio Europeo de Patentes (CEP) respecto al borrador del acuerdo y para obtener la opinión del TJ conforme al art. 300.6° CE sobre la compatibilidad con el tratado CE²⁵⁷. (i) De hecho, esta propuesta busca establecer un órgano jurisdiccional unitario y especializado en materia de patentes, “una nueva organización internacional” (ECPC), con una sección central y diversas secciones regionales y locales, que serán designadas por los Estados miembros como sus tribunales nacionales exclusivamente competentes para conocer sobre temas relativos a las patentes europeas y sobre los asuntos en materia de validez e infracción de patentes respectivamente. Particularmente, la división central del ECPC tendrá competencia para conocer las acciones de revocación, por ejemplo las pretensiones de validez solicitadas en vía principal, los temas de validez solicitados con carácter incidental y todas las pretensiones respecto a las cuales tienen competencia las secciones locales y regionales. Por el contrario, las secciones regionales o locales del ECPC serán competentes para conocer de las peticiones de infracción (cuando estén localizadas en el Estado donde el demandado tiene su domicilio o alternatively en el Estado donde tiene lugar la infracción), incluyendo medidas provisionales, daños etc., y las demandas de reconversión sobre revocación, *v.gr.* temas de validez solicitados con carácter incidental. (ii) Entonces, en la mayoría de los casos el ECPC concederá una litigación unitaria con significativos efectos positivos en comparación al status quo de la litigación fragmentada. (iii) Sin embargo, la distribución de competencia “requiere un desarrollo ulterior en la propuesta o en las normas de acompañamiento por ejemplo toda vez que en la actualidad ninguna norma sobre competencia común” ha sido prevista “respecto a acciones contra múltiples demandados”²⁵⁸ y para la consolidación de procedimientos relativos a infracciones coordinadas de patentes europeas. (iv) Finalmente, desde una perspectiva Europea, el ECPC establece más de un tribunal competente y favorece la descentralización, disminuyendo “los límites de acceso (como idioma, distancia, costos, mentalidad) de las partes al litigio y por lo tanto es en general bienvenido”²⁵⁹; desde una perspectiva no Europea, el sistema de litigios del ECPC impide el acceso a los tribunales no Europeos, suscitando las mismas inquietudes del reglamento sobre la marca comunitaria, particularmente cuando el propietario de la patente Europea no tiene suficientes recursos económicos para litigar su caso

eplawpatentblog.com/eplaw/2010/08/eu-opinion-on-the-compatibility-of-the-proposed-european-patent-court-system-with-european-treaty-la.html. *Vid.* también J. Pagenberg, *loc. cit.* p. 695.

²⁵⁷ En tal sentido T.T. Jaeger, R. Hilty, J. Drexler y H. Ullrich, *loc. cit.*, p. 820. Sobre la solicitud de una opinión del TJ *vid.* la nota previa.

²⁵⁸ En tal sentido T.T. Jaeger, R. Hilty, J. Drexler y H. Ullrich, *loc. cit.*, pp. 826 ss.

²⁵⁹ *Ibid.*

de patente europea ante la sección regional o central de la ECPC y especialmente en un idioma diferente al propio²⁶⁰.

4. Competencia interna

Finalmente, la tesis aquí propuesta y demostrada se refiere a la competencia internacional y no trata el tema de la asignación de competencia en casos puramente internos. Sin embargo, incluso con relación a dichos casos, al determinar el tribunal competente para conocer de un tema de DPI los Estados deben permitir someter el asunto a más de un tribunal evitando así la denegación de justicia y salvaguardando el derecho humano fundamental de acceso a un juez.

5. Forum shopping

Las normas sobre competencia exclusiva determinan un solo foro con competencia internacional para conocer del caso, impidiendo el *forum shopping* y favoreciendo el principio de seguridad jurídica²⁶¹. En cambio, podría pensarse que las conclusiones aquí propuestas favorecen el *forum shopping* y “son tan maleables al punto de no convertirlas en criterios en la práctica”²⁶². Así las cosas, podría decirse que las conclusiones propuestas en este trabajo contrastan con la necesidad de seguridad jurídica. Sin embargo ese no es el caso. (i) Primero, las conclusiones aquí propuestas permiten presentar un asunto ante un número limitado de tribunales además del que tendría competencia exclusiva para conocer del caso. De hecho, las normas internacionales públicas que han sido consideradas en este estudio, no fundamentan la competencia internacional de cualquier tribunal, sino de los tribunales de los Estados respecto a los cuales el caso en cuestión esté suficientemente y no fortuitamente vinculado, de conformidad con los principios generales de proporcionalidad y de vínculo efectivo²⁶³. (ii) Además, las conclusiones que hemos señalado surgen de las normas de Derecho internacional público relativas al derecho de acceso a un juez y, como se ha mencionado, tales

²⁶⁰ Vid. Statement of positions by the Advocates General – Opinión 1/09, *loc. cit.*, capítulo c.

²⁶¹ Vid. la tesis de M. Frigo, *loc. cit.*

²⁶² En tal sentido vid. C. Ryngaert, *op. cit.*, p.182, quien sin embargo objeta estas críticas que adoptan un “enfoque derrotista” que no debe ser acogido. El autor sostiene que existe un principio general de derecho internacional público según el cual los Estados deben ejercer su competencia en asuntos civiles y comerciales transnacionales, teniendo debida consideración de los intereses de la comunidad internacional y por lo tanto, en forma razonable. Entonces, el principio general de Derecho internacional de la competencia razonable no solamente “requires that States restrain their jurisdiction, but also [...] require[s] them to actually exercise their jurisdiction when such would be in the interest of the international community” (p. 5). En consecuencia, el principio de razonabilidad conduce a conclusiones similares a las del principio general del Derecho de acceso a un juez, a saber, los dos principios impiden foros exorbitantes (p. 165), al igual que foros de competencia exclusiva. Vid. C. Ryngaert, *op. cit.*, *passim*, para las referencias jurisprudenciales y normativas relevantes sobre el principio general del Derecho sobre competencia razonable. Vid. la introducción a este estudio.

²⁶³ Al respecto vid. C. Ryngaert, *op. cit.*, pp.145 y 148.

reglas prevalecen respecto a la necesidad de seguridad jurídica²⁶⁴. (iii) Asimismo la existencia de más de un tribunal con competencia internacional para conocer del caso en cuestión constituye la situación típica bajo el sistema de Bruselas. Así pues este sistema establece un foro general y varios foros concurrentes. Por el contrario, el mismo sistema impone determinados foros exclusivos de acuerdo con el art. 22 (respecto al cual este trabajo examina el parágrafo 4 sobre DPI), pero tales foros tienen una naturaleza excepcional²⁶⁵. De este modo, la competencia internacional concurrente aquí propuesta no determina una inseguridad jurídica distinta de la que existe en la base de una situación típica bajo el sistema de Bruselas. (iv) Finalmente, es cierto que en décadas recientes se ha visto un debate orientado a limitar el *forum shopping* respecto a los litigios transnacionales en materia de propiedad intelectual. Sin embargo, este debate que buscaba limitar el *forum shopping* ha surgido solamente en conexión con los casos en los que la adopción del mismo ha sido abusiva. Según este debate cuando “una parte abusivamente solicita la competencia de un tribunal para obtener una ventaja injusta, llevando a cabo en consecuencia un inaceptable *forum shopping*”²⁶⁶, el tribunal que ha sido llamado a decidir del caso podría declinar la competencia adoptando los “mecanismos correctivos” establecidos en las normas de procedimiento internacional “tales como ‘*forum non conveniens*’ en el Derecho inglés o ‘*exception de fraude*’ en Derecho francés”²⁶⁷, o impuestos por el CEDH al otorgar al demandado el derecho a un juicio justo (no a competencias exorbitantes). En efecto, las conclusiones aquí propuestas no favorecen un *forum shopping* abusivo, sino que en lugar de esto están estrictamente limitadas a lo necesario para permitir el ejercicio del derecho de acceso a un juez y en consecuencia respetan el principio general del Derecho imponiendo evitar el abuso de los derechos²⁶⁸.

²⁶⁴ *Vid. supra.*

²⁶⁵ Sobre el derecho de *forum shopping* *Vid.* M. Pertegàs Sender, *Cross Border Enforcement of Patent Rights*, Oxford University Press, 2002, p.32; G. Cuniberti, *Abusive Forum Shopping*, publicado el 3 de mayo de 2010 en <http://conflictoflaws.net/2010/abusive-forum-shopping/>

²⁶⁶ En tal sentido de P. Vareilles-Sommières (ed.), *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Oxford, Hart Publishing, 2007, al respecto M. George, *Publication: Forum Shopping in the European Judicial Area*, 8.2.2008, en <http://conflictoflaws.net/2008/publication-forum-shopping-in-the-european-judicial-area/>

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ Al respecto *vid.* C. Ryngaert, *op. cit.*, p.150.

LITIGACIÓN CIVIL INTERNACIONAL POR ABUSOS CONTRA DERECHOS HUMANOS. EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL*

Marta REQUEJO ISIDRO

Profesora titular de Derecho internacional privado
Santiago de Compostela

SUMARIO: I. Introducción II. Demandas de responsabilidad civil: ¿dónde litigar? 1. Introducción; 2. Los escenarios. III. El acceso a los tribunales: personal jurisdiction y competencia judicial internacional. 1. Criterios vigentes. A) EE UU; B) Europa: a) Régimen comunitario; b) Regímenes residuales; C) Propuestas. 2. Otras dificultades. A) La estructura de las corporaciones; B) Alcance extraterritorial de la jurisdicción. IV. *Forum non conveniens*. 1. Introducción. 2. EE UU. 3. Europa: el caso inglés V. Conclusiones.

RESUMEN: En 2008 el *Committee on Civil Litigation and the Interests of the Public* de la International Law Association inició una investigación en torno al área que denominó “private litigation for violations of human rights”, centrándose en particular en los aspectos de DIPr de las acciones civiles contra empresas multinacionales. En su informe de 2010 el Comité presentaba la cuestión de la competencia judicial internacional de los tribunales como uno de los obstáculos más graves para tales acciones. Este estudio examina criterios de competencia en EE UU (como foro por excelencia de la *civil litigation* hasta el momento) y en Europa (como foro potencial, tanto más probable cuanto más se restringe el acceso a la jurisdicción americana a través de las decisiones de sus jueces). Se concluye que la situación no es satisfactoria; en relación con Europa, que la Propuesta de revisión del Reglamento n° 44/01 no altera el resultado; y sobre todo, que para que la *civil litigation* prospere como forma de regular el respeto de los derechos humanos por parte las empresas es precisa una acción que supere con creces el ámbito del DIPr, y que exige el acuerdo de la comunidad internacional. Algo que no por sabido parece encontrarse más cerca.

PALABRAS CLAVES: CORPORACIONES – DERECHOS HUMANOS – ACCIONES CIVILES – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

ABSTRACT: In 2008, the *Committee on Civil Litigation and the Interests of the Public* of the International Law Association launched a research into the area called “private litigation for violations of human rights”, with particular focus on the private international law aspects of civil actions against multinational corporations. In its 2010 report, the Committee presented the issue of international jurisdiction as one of the most serious obstacles to such actions. Our study examines personal jurisdiction criteria in the U.S. (so far the prime forum for this kind of litigation), and Europe (as potential forum, likely to become a real one to counterbalance the increasingly serious restrictions to access to American

jurisdiction). Not surprisingly, we conclude that the situation is unsatisfactory, and that as far as Europe is concerned, the proposal for amending EC Regulation No. 44/01 does not alter such result. Changes in PIL will not be enough for private litigation to become a useful regulatory mechanism of corporations in relation to human rights; a much more comprehensive action is needed, supported by international consensus. In other words: still a long way to run.

KEYWORDS: MULTINATIONAL CORPORATIONS – HUMAN RIGHTS – CIVIL LITIGATION – INTERNATIONAL JURISDICTION.

I. Introducción

1. Las denuncias de violaciones de derechos humanos han dejado de ser noticia: son un hecho cotidiano. Cada vez con más frecuencia los abusos se imputan a empresas transnacionales, especialmente en los sectores de la industria extractiva, producción para el consumo y farmacéuticas, en Asia, África y Latinoamérica. La implicación de las compañías puede ser directa (el daño es ocasionado directamente por su acción u omisión), o indirecta (la empresa contribuye o se beneficia de los abusos cometidos por otros). Todo el abanico de derechos humanos es susceptible de resultar afectado: los más básicos, los políticos, los de contenido económico y cultural, los laborales¹.

2. Desde un punto de vista teórico la prevención, protección y promoción de derechos humanos admite numerosos enfoques: desde el Derecho internacional, o en el contexto jurídico doméstico a través de múltiples disciplinas, públicas (comercio, inversiones, Derecho penal), o privadas (Derecho de sociedades, derecho civil, del consumo, del trabajo). La práctica, en todo caso, revela la debilidad de los mecanismos existentes. La comunidad internacional “*is still in the early stages of adapting the human rights regime to provide more effective protection to individuals and communities against corporate –related human rights harm*”². Las reglamentaciones nacionales, por su parte, poseen un alcance territorial limitado: sólo se aplican a las empresas que están domiciliadas u operan en el propio territorio.

3. La ausencia de una regulación nacional específica verdaderamente eficaz de la actividad de las multinacionales, así como las dudas a propósito de si tienen obligaciones derivadas del Derecho internacional de los derechos humanos,

* El presente trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación con ref. INCITE09PXIB202096PR y DER2010-17048 (subprograma JURI), subvencionados por la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia, y el Ministerio de Ciencia e Innovación, respectivamente, y el FEDER.

¹ *Vid.* el documento de Naciones Unidas A/HRC/8/5/Add.2, de 23 de mayo de 2008, *Corporations and human rights: a survey of the scope and patterns of alleged corporate-related human rights abuse*.

² *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie*, doc. NU A/HRC/8/5, de 7 de abril de 2008.

ha hecho que las víctimas se vuelvan hacia los principios de la responsabilidad civil. Pero, ¿es esta una vía adecuada? Pesan sobre ella muchas reservas: en contraste con la vía penal; o, de forma más genérica, acusando el temor de que “*the focus on litigation (...) may distract efforts towards building an international framework of corporate accountability*”³. Se dice que el recurso a los tribunales domésticos difícilmente provee remedio para todas las partes afectadas; que las acciones son siempre selectivas, las demandas se producen *ex post facto*, y suelen limitarse a las violaciones de derechos humanos más graves; que su impacto sobre el comportamiento societario es confuso porque la vía judicial no siempre se acompaña de la suficiente claridad, cuando las empresas precisan seguridad en cuanto a sus obligaciones. En definitiva, “*Extraterritorial litigation regarding human rights violations in just a handful of countries is therefore not the perfect tool for ensuring compliance with human rights*”⁴.

4. Pese a lo anterior, la interposición de demandas de responsabilidad civil contra empresas por violaciones de derechos humanos es un hecho. A la luz de la práctica americana, la más rica hasta el momento, la doctrina ofrece una clasificación en cuatro grupos⁵: casos contra industrias extractivas (petróleo, gas, minería), en las que se pretende que la multinacional es cómplice en las violaciones de derechos humanos realizadas por el Estado, porque revierten en beneficios para la entidad⁶. En el segundo grupo es la empresa la que provee asistencia técnica o material al Estado⁷, que protagoniza crímenes de guerra⁸ o contra la humanidad⁹. Otro grupo son las acciones relacionadas con explotación laboral infantil o tráfico de trabajadores¹⁰; finalmente, un elevado número son demandas por daños a la salud, causados por contaminación medioambiental¹¹. Técnica-

³ “Human rights and Transnational corporations: Legislation and Government Regulation”, Note of a meeting held at Chatham House, 15 junio 2006.

⁴ Chatham House, 2006. *Vid.* más ampliamente M. Requejo Isidro, “La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos. Deficiencias del marco legal”, *Scientia Iuris, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Metz*, 2011 (on line), n^{os} 21 ss.

⁵ K. Gallagher, “Civil Litigation and Transnational Business”, *Journal of International Criminal Justice*, 2010, pp. 745–767, esp. pp. 752–756.

⁶ *Doe v. Unocal Corp.*, 403 F.3d 708 (9th Cir. 2005); *Wiwa v. Shell*, 2009 WL 1560197 (2d Cir. June 3, 2009).

⁷ O grupos armados: *Linde v. Arab Bank plc*, 384 F. Supp. 2d 571 (SDNY 2005).

⁸ *Corrie v. Caterpillar Inc.*, 403 F. Supp. 2d 1019 (W.D. Wash. 2005). Se citan también en relación con la guerra de Irak demandas contra fuerzas de seguridad privadas (v.gr., *Estate of Himoud Saed Abtan, et al. v. Prince, et al.*, finalizado por acuerdo el 6 de enero de 2010); o por parte de iraquíes torturados en lugares de detención en Irak, contra proveedores de servicios de traducción e interrogatorios; por ejemplo, *Saleh v. Titan*, 580 F.3d 1 (D.C. Cir. 2009).

⁹ *In re South African Apartheid Litigation*, conjunto de supuestos iniciados en 2002 contra empresas de EE UU y extranjeras, por apoyar (*aid and abet*) el régimen del *apartheid* en Sudáfrica.

¹⁰ *Boimah Flomo et al. v. Bridgestone Ameritas Holding Inc.*, 492 F.Supp. 2d 988 (7th Cir. 2009).

¹¹ *Flores v. Southern Peru Copper Corp.*, 253 F.Supp.2d 510 (S.D.N.Y.2002).

mente estos últimos casos no afectan a derechos humanos en sentido estricto; pero las fronteras, sin llegar a desaparecer, tienden a desdibujarse por diversos motivos: porque la forma de actuar de las corporaciones transnacionales y multinacionales en el contexto del medio ambiente y de los abusos a los derechos humanos es similar (en ambos casos se suele operar a través de otras empresas, en países en desarrollo, con una legislación menos exigente que la de los países de origen); por la comunicación de los daños del medio ambiente a otros bienes, protegidos en tanto que derechos humanos, como la vida, la integridad o la salud; y porque el medio ambiente es, como la protección de los derechos humanos, una preocupación global. Así se explica la yuxtaposición del tratamiento en los más recientes estudios doctrinales y propuestas legales, y que se hagan (y hagamos también aquí) referencias a decisiones judiciales por daños medioambientales¹².

5. Las acciones de responsabilidad civil por abusos contra derechos humanos, enabladas contra corporaciones, suscitan numerosas preguntas desde la perspectiva jurídica; preguntas cuya respuesta probablemente varía en función del tipo de supuesto considerado. El presente estudio, no obstante, tiene un objeto limitado; sólo examina el estado de cosas en relación con un aspecto concreto de las demandas, cual es la competencia judicial internacional. La selección del asunto no es fortuita: surge a raíz de las interrogantes planteadas en 2010 por el *International Civil Litigation & the interests of the public Committee*, de la *International Law Association* (ILA), bajo la dirección de C. Kessedjian¹³.

II. Demandas de responsabilidad civil: ¿dónde litigar?

1. Introducción

6. En su Informe interino *Private International Law Aspects of Civil Litigation for Human Rights Violations*, de 2010, el citado Comité apunta acertadamente que la mayoría de las discusiones que han tenido lugar en el marco de las demandas de responsabilidad por violación de derechos humanos (lo que el Informe llama *civil litigation for human rights violations*) han versado sobre aspectos propios del Derecho internacional privado, existiendo, en cambio, muy pocas resoluciones relativas al fondo del asunto¹⁴. En el mismo lugar el Comité

¹² F. Gregor, H. Ellis, "Fair Law: Legal Proposals to Improve Corporate Accountability for Environmental and Human Rights Abuses", ECCJ (European Coalition for Corporate Justice), Bruselas, 2008; *Study of the Legal Frame on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union*, encargado por la Comisión Europea a la Universidad de Edimburgo en 2010. Vid. también el canadiense Bill C-354, *International Promotion and Protection of Human Rights*, y el listado de actos susceptibles de ser considerados violaciones.

¹³ Puede ser consultado en <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1021>.

¹⁴ Informe, nº 10.

lleva a cabo una enumeración de las dificultades que encuentra la *civil litigation for human rights violations*, por motivos relacionados con nuestra disciplina y su proyección sobre un contexto complejo y pleno de implicaciones políticas; de ellas deriva la imposibilidad de una previsión *ex ante* de los avatares y resultado del litigio¹⁵. Entre estas dificultades se recogen las de calificación de la materia y la pluralidad de leyes aplicables a los diversos aspectos del asunto (sustantivos y procedimentales, y dentro de cada una de estas categorías); problemas jurisdiccionales; de reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras; de cooperación, tanto a los fines de evitar la duplicidad de procesos, como en ayuda del que se desarrolla en un Estado extranjero a través de la notificación y de facilidades en la obtención de pruebas; y otras trabas, como el diferente tratamiento de extranjeros y nacionales a efectos de acceso a los tribunales, o la falta de apoyo económico en litigios por definición costosos¹⁶.

7. De todos los obstáculos enumerados el Comité identifica los que afectan al acceso a los tribunales y al ejercicio de la jurisdicción como los más graves: “*Establishing jurisdiction is often the greatest hurdle faced by litigants*”. La afirmación, que se hace eco de otras precedentes (“*extraterritorial litigation as a tool to enforce human rights raises many concerns. There is an inevitable lack of universality when national courts adjudicate such cases*”¹⁷), parte de una consideración práctica: “*While a dispute might be more closely connected with a host state, where the wrongful acts were in whole or in part committed and/or the damage suffered, litigation might only be practically possible in the home state of the defendant corporation*”¹⁸.

De ahí surgen las interrogantes que reproducimos a continuación, que son las que abordamos en el estudio:

“Establishing jurisdiction in the home state of the defendant corporate entity given that its alleged conduct and/or the damage suffered occurred in a different state or states; establishing jurisdiction in the home state of a parent company/MNE entity in respect of harm caused by the direct conduct of its subsidiary/another entity of the same MNE in a different country; establishing jurisdiction at the residence of the victim where the victim has moved from the place of the initial harm.

¹⁵ La denuncia de las soluciones de DIPr se puede encontrar en otra doctrina: por ejemplo, en U. Baxi, “Geographies of Injustice: Human Rights at the Altar of Convenience”, en *Torture as tort. Comparative perspectives on the development of transnational human rights litigation*, ed. por C. Scott, Hart Pub., Oxford, 2001, pp. 197–212, *passim*; N. Jägers, J. van der Heijden, “Corporate Human Rights Violations: The Feasibility of Civil Recourse in The Netherlands”, *Brook. J. Int’l L.*, 2008, pp. 833–870, esp. p. 843, aluden a las “*hard and fast rules of international private law*”.

¹⁶ Informe, n° 50 a 65.

¹⁷ *Vid.* Chatham House, 2006; o S. Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, 2004, cap. 4, bajo el encabezado “*Procedural obstacles in the US*”.

¹⁸ Informe, n° 54. Para un grupo de empresas el *home State* es el país donde la matriz tiene su sede; normalmente se trata de un país desarrollado. El *host State* es donde se llevan a cabo las actividades materiales que eventualmente desembocan en daño; normalmente es un país en desarrollo.

Application of the forum non conveniens doctrine (...) Forum non Conveniens can operate to hinder resolution of the merits by providing a battle ground (...)".

2. Los escenarios

8. La casuística habitual de las violaciones de derechos humanos por grandes empresas sitúa los lugares del daño en países en desarrollo, muchas veces también en conflicto bélico, especialmente en Sudamérica o en África¹⁹. Por regla general, la empresa multinacional o transnacional operará a través de una filial, o de una empresa con la que le une un vínculo contractual, sita en el territorio donde ocurre el abuso, de forma que en principio cabe esperar que de plantearse una demanda dicha filial o *partner* ocupe la posición de demandado, en un proceso que tendrá lugar en el Estado de la actividad (*host State*).

9. En la práctica se observa que los demandantes intentan acceder a tribunales de países distintos de aquellos en los que ha sucedido el hecho, implicando además a la empresa madre del grupo, o a otros integrantes del mismo (o de la *network*, en caso de una vinculación contractual): lo que normalmente conduce a países democráticos, y ricos. Las razones de esta tendencia son variadas: el compromiso político con los derechos humanos de los países desarrollados; el hecho de que en la práctica la demanda contra la empresa sita en África o en Latinoamérica no sea viable, bien porque la entidad ya no existe o no tiene bienes, el país carece de la infraestructura jurisdiccional o legal precisa (y los países con sistemas jurídicos deficientes en términos de democracia y protección de derechos humanos también son con frecuencia económicamente deficientes, y lo son sus nacionales), o la empresa cuenta con el apoyo del gobierno. Se añade, desde la perspectiva de las organizaciones pro derechos humanos que suelen apoyar las demandas, el hecho de que la selección del foro es uno de los aspectos más importantes en una estrategia que pretende dotar del mayor eco posible a los litigios, trascendiendo el caso singular.

10. EE UU ha sido hasta el momento un foro magnético para la *civil litigation for human rights violations*. A las facilidades comunes que radican en peculiaridades del sistema (en cuanto a la obtención de pruebas; posibilidad de plantear acciones de clase o de obtener *punitive damages*) se une en esta materia la que provee el *Alien Tort Claims Act* (ATCA o ATS): una norma sin parangón hasta el momento. La ley, dictada en 1789 y prácticamente ignorada desde entonces, despertó en 1980 de la mano de juristas defensores de los derechos humanos para posibilitar un caso único de litigios civiles sobre ilícitos de Derecho internacional (*international tort cases*). En virtud del ATCA, desde los años 80 hasta

¹⁹ No obstante, se ha apuntado también a Europa, en particular a los países más jóvenes de la Unión: *infra*, nº 26.

hoy individuos de múltiples nacionalidades y residencias han entablado acciones contra empresas ubicadas dentro y fuera de EE UU por violaciones de derechos humanos que han ocurrido fuera de dicho país²⁰.

11. Es pertinente señalar que la aplicabilidad del ATCA a las empresas no es en absoluto pacífica; la falta de claridad en torno a este punto es, a nuestro juicio, una de las grandes debilidades de la ley. Una de las cuestiones más discutidas en torno a ella ha sido la de si existe responsabilidad de las empresas a la luz del Derecho internacional. Hasta hace poco tiempo el alegato habitual de la parte demandada, conforme al cual tal responsabilidad sólo podría recaer sobre los particulares, directores o empleados de las sociedades, no había tenido éxito ante los tribunales; e incluso se había podido afirmar que la cuestión había quedado resuelta tras las decisiones del tribunal de distrito *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum*²¹, y del *Second Circuit* en *Khulumani v. Barclays Bank Ltd.*²². Sin embargo, varias decisiones recientes han reavivado el debate. El 17 de septiembre de 2010, en *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* el *Second Circuit* decía que “*Because no international tribunal has held a corporation liable for violating customary international law, the majority concluded that international law violations by corporations do not give rise to subject matter jurisdiction under the ATS*”²³. La decisión no fue unánime, expresando uno de los tres jueces del panel su oposición en estos términos: “[t]he majority’s interpretation of international law, which accords to corporations a free pass to act in contravention of international law’s norms, conflicts with the humanitarian objectives of that body of law”. Se añade que en *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, una decisión del mismo día y ante el mismo grupo de jueces que *Kiobel*, se señalaba que es el Derecho internacional (y no el doméstico) el que determina el estándar de la responsabilidad por ayudar e instigar la comisión de violaciones de derechos humanos. El 3 de febrero de 2011, en *Locarno y otros v. Drummond Inc. et*

²⁰ El ATCA fue completada más adelante con la *Torture Victims Protection Act*. Sin embargo, son pocos los supuestos de demandas contra corporaciones intentados invocando esta ley: valga como ejemplo *Romero v. Drummond co.*, 552 F.3d 1303 (11th Cir. 2008). El Tribunal estimó que la TVPA es aplicable a empresas, pero que en todo caso es preciso demostrar la relación entre el actor privado y el estatal implicados en la tortura alegada –lo que no se consiguió en este supuesto. En la práctica hay también alguna reclamación de daños (sin éxito) al amparo de la *Anti-Terrorism Act*, de 2001: *vid. Stutts v. De Dietrich Group*, 465 F. Supp. 2d 156 (E.D.N.Y. 2006).

²¹ De 22 de febrero de 2002. En opinión del Juez Wood las alegaciones de los demandantes tienen cabida bajo el ATCA porque las acciones de los demandados son calificables de crímenes contra la humanidad.

²² 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007): el ATCA permite a los demandantes alegar “*aiding and abetting liability*”.

²³ Dos días antes un tribunal de distrito de California había llegado a la misma conclusión (*Doe v. Nestle*). Para un comentario crítico a *Kiobel* *vid.* G. Handl, “In Re South African Apartheid Litigation and Beyond: Corporate Liability for Aiding and Abetting under the Alien Tort Statute”, de próxima aparición en el *German Yearb. Int’l L.*.

al., el *Eleventh Circuit* admitió la alegación de los demandantes de “*an intricate and vindictive plot, orchestrated by the defendants*”, que terminó en el asesinato de sus progenitores, y que de ser cierta “*establishes a violation of international law sufficient for purposes of triggering ATS liability*”. La situación, como se ve, no es clara; pero tras *Kiobel*, mientras no haya un pronunciamiento del *Second Circuit* (en pleno; hay que decir aquí que el 4 de febrero de 2011 el *Second Circuit* rechazaba oír el caso *en banc*, y que recientemente se ha reiterado la moción), o del Tribunal Supremo o del Congreso, las empresas no estarán sujetas al ATCA en el *Second Circuit*, en aplicación de la teoría del precedente; ni en aquellos otros que adopten su razonamiento. En estos casos queda a las víctimas intentar su acción al amparo del *common law of torts*.

12. ¿Qué lugares alternativos se ofrecen para las acciones por abusos a derechos humanos? Es escasa y poco clara la experiencia de otros países, aún de tradición jurídica semejante a EE UU, en materia de *civil litigation for human rights violations*. En Australia fracasó el intento de adopción de un *Corporate Code of Conduct Bill 2000*, entre otras razones por la falta de previsión de la problemática jurídico-privada internacional²⁴. En Canadá, donde ha sido notable la presión de los autores²⁵, destaca la propuesta de un proyecto de ley, el Bill C – 354, que fue presentado durante el año pasado con el título de Ley de Promoción y Protección Internacional de los Derechos Humanos (*International Promotion and Protection of Human Rights*). En el lado opuesto la Corte Superior de Justicia de Québec rechazaba la demanda planteada en 2008 contra varias empresas canadienses implicadas en la construcción de barrios residenciales para Israel; el tribunal se inhibió sobre la base de la doctrina de *forum non conveniens*²⁶. Por su parte, la Corte Superior de Justicia de Ontario rechazaba el 7 de mayo de 2010 la demanda de varios ecuatorianos contra una empresa minera, a la que se acusaba de haber faltado a su deber de cuidado y no haber evitado las actuaciones violentas contra los opositores a la actividad minera en Ecuador. Los demandados fueron varias compañías y particulares vinculados de forma más o menos intensa a Ontario; el tribunal entendió que no se había demostrado la existencia de una conexión suficiente entre demandantes y demandados, de la que derivar un deber de cuidado previsible por parte de los segundos en relación con los primeros²⁷.

²⁴ *Infra*, nº 50.

²⁵ S. Raponi, “Grounding a Cause of action for Torture in Transnational Law”, en Craig Scott, *Torture as tort*, Hart Publishing, 2001, pp. 373–400; C. Davidson, “Tort au canadien: A Proposal for Canadian Tort Legislation on Gross Violations of International Human Rights and Humanitarian Law”, *Vanderbilt J. Transn'l L.*, 2005, pp. 1403–1467.

²⁶ *Bil'In (Village Council) v. Ahmed Issa Yassin*, [2009] QCCS 4151 (Can.).

²⁷ *Piedra v. Copper Mesa Mining Corporation*, 2010 ONSC 2421. Actualmente es noticia la demanda de la viuda de un trabajador guatemalteco contra la empresa minera canadiense HudBay Minerals, presuntamente involucrada en el asesinato, ante la Corte Superior de Ontario.

13. Carente de los mecanismos del sistema americano²⁸, y por tanto de su *vis atractiva*, Europa no ocupa aún un lugar destacado en la *civil litigation for human rights*. Con todo, recientemente ha habido intentos de emular a EE UU y el ATCA en algún país europeo: así, en el Reino Unido, a través del *The Torture (damages) Bill* introducido por Lord Archer of Sandwell el 5 de febrero de 2008²⁹, que no prosperó; y el *Torture (damages) Bill* introducido en la sesión parlamentaria de 2009/2010 por Mr. A. Dismore³⁰. Por otra parte, los tribunales de Europa ya han sido escenario de demandas similares a las planteadas en EE UU. Así, en 2001 IBM fue demandada en Suiza por un grupo representativo de la etnia gitana (GIRCA), acusada de haber proveído al gobierno alemán con máquinas que permitieron la identificación y persecución de víctimas durante el holocausto alemán. La demanda se planteó en Suiza porque era en Ginebra donde IBM tenía en aquel entonces su sede principal en Europa; el caso llegó hasta el Tribunal Supremo, que lo desestimó en agosto de 2006 por prescripción de la acción³¹. Cabe citar también *Royal Dutch Shell v. Oguru*, de 30 de diciembre de 2009, ante la Corte de Distrito de La Haya: los demandantes plantearon acción contra la compañía Royal Dutch Shell, registrada en los Países Bajos, y su filial en Nigeria. La decisión estableció que los daños por los que eran demandadas ambas compañías eran los mismos, que el tribunal debía verificar la misma situación de hecho para las dos acciones, y que en consecuencia, por razones de efectividad había que tratar conjuntamente las demandas. Finalmente, varias controversias relativas a daños ambientales con consecuencias sobre la vida o la salud de las personas se han llevado a los tribunales ingleses: véase el caso *Trafigura*, relativo a los vertidos tóxicos en Costa de Marfil del buque Probo Koala fletado por la empresa Trafigura. El litigio fue iniciado en forma de acción colectiva (unos 30.000 demandantes) en 2006 ante la *High Court* de Londres; se saldó por acuerdo en septiembre de 2009³². Desde 2009 está planteada demanda por parte de varios trabajadores peruanos contra la compañía minera inglesa

²⁸ El Reglamento (CE) n° 44/01 no puede ser equiparado al ATCA; la opinión expresada en este sentido por O. de Schutter, "The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law", en P. Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, 2005, pp. 227–314, esp. pp. 262, 281–282, no puede ser compartida. La norma americana sirve para establecer *subject matter jurisdiction* a favor de los tribunales federales; el Reglamento distribuye la competencia judicial entre los Estados de la UE en atención a criterios territoriales.

²⁹ El texto puede verse en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldbills/017/09017.i-i.html>.

³⁰ Su primera lectura en la *House of Commons* tuvo lugar el 6 de enero de 2010, y en principio no se esperaba su progreso.

³¹ ATF 131 III 153.

³² Trafigura ha sido condenada por vía penal en Holanda; y está siendo demandada también por esa vía en París.

Monterrico Metals; gran parte de los bienes de esta han quedado inmovilizados por una *freezing injunction*; se espera el juicio para finales de 2011.

14. Europa es además un foro potencial para acciones contra compañías europeas que operan en países en desarrollo, y que han sido demandadas en EE UU al amparo del ATCA, cuando los tribunales descartan el caso: típicamente, por razón de *forum non conveniens* (vid. n^{os} 67 ss); en el futuro, si se impone la solución de *Kiobel* (vid. n^o 11), también por falta de *subject matter jurisdiction*. Un ejemplo de lo primero es *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Company*, por el asesinato de Ken-Saro Wiwa en Nigeria: la posibilidad de litigar en Holanda quedó abierta por ser este país el de registro de la compañía Royal Dutch, una vez inhibidos los tribunales de EE UU por *forum non conveniens*³³.

15. Merece cita, en último término, el despertar de los países donde se producen materialmente las violaciones: el reciente proyecto de Ley Modelo Latinoamericana de Protección Internacional de los Derechos Humanos³⁴; y la sentencia ecuatoriana de 14 de febrero de 2011 en *Chevron v. Texaco*, condenando a Chevron a 9.5 billones de dólares; la pendencia de (al menos) dos casos en Argentina³⁵. Los autores ponen de relieve además la reacción de estos países frente a los más poderosos y sus mecanismos –en particular, el *forum non conveniens*– para “deshacerse” de las demandas contra corporaciones ligadas a ellos, pero que operan en zonas en desarrollo³⁶. Se señala en este sentido la adopción de leyes tendentes a cerrar el acceso a los tribunales locales cuando ya se ha intentado la acción previamente en otro Estado; o leyes que permiten aplicar una teoría de la responsabilidad civil y de daños similar a la que habría aplicado el país en que la demanda se interpuso en primer lugar. Estas normas, que han sido adjetivadas como *retaliatory legislation*, tienen como objetivo final presentar a los demandados en EE UU un foro alternativo poco interesante, desincentivando así las mociones de inhibición. Hay legislación del primer tipo en Costa Rica, Guatemala, Venezuela, Honduras o Ecuador; y se refleja en la ley modelo inter-

³³ Similar a la situación de Royal Dutch Petroleum, en el sentido de que se trata de compañías europeas que operan en África y han sido demandadas en EE UU al amparo de la ATCA, es la de (entre otras) Banque Indosuez, Francia; Credit Suisse AG, Suiza; Credit Commercial de France, Francia; Daimler Chrysler AG., Alemania; Rio Tinto Group, Reino Unido). De ahí que la expectativa de *human rights litigation* en Europa sea razonable.

³⁴ Elaborada por H.S. Dahl. El texto puede ser consultado en http://www.interamericanbarfoundation.org/Ley_Modelo_Latinoamericana.html.

³⁵ *P.N. Troiani y otros c. Ford Motor Company Argentina*; y L.M. Ibáñez y M.E. Perdighe contra una serie de bancos que habría concedido importantes préstamos al gobierno militar entre 1976 y 1983.

³⁶ S. Joseph, pp. 96–97; W.W. Heiser, “Forum non Conveniens and Retaliatory Legislation: The Impact on the Available Alternative Forum Inquiry and on the Desirability of Forum non Conveniens as a Defense Tactic”, *Kansas L. Rev.*, 2008, pp. 609–662; C.B. Robertson, “Transnational Litigation and Institutional Choice”, *Boston College L. Rev.*, 2010, pp. 1081–1131.

americana para juicios internacionales, aprobada por el Parlatino (Parlamento Latino Americano³⁷). La Comunidad de Dominica, en 1997, y Nicaragua, en 2001, se han dotado de una ley del segundo tipo³⁸. La aplicación de estas normas, especialmente de las segundas, puede tener como consecuencia una mayor propensión de los países desarrollados a aceptar las demandas por abusos contra derechos humanos que se presenten allí: aunque no movidos por la preocupación de proteger los derechos humanos, sino a las propias empresas³⁹.

III. El Acceso a los Tribunales: *personal jurisdiction* y competencia judicial internacional

1. Criterios vigentes

A) EE UU

16. El ejercicio de la jurisdicción de EE UU al amparo del ATCA, que provee *subject-matter jurisdiction*, está limitado por la cláusula de *due process* de la Constitución. Conforme a sus exigencias para que la demanda prospere es preciso poder afirmar que existe *personal jurisdiction*⁴⁰: así ocurre cuando la empresa está registrada o tiene su administración central (*headquarters*) en EE UU, con independencia de dónde realice sus actividades. Más allá de estos casos existe aún la posibilidad de sujetar a una persona o empresa que se encuentra fuera de los límites del territorio, si es posible notificarle la demanda dentro de él, aun

³⁷ Se trata de una organización internacional de representantes de los países latinoamericanos, de pronunciamientos no vinculantes, aunque dotados de autoridad. La Ley modelo a la que nos referimos en el texto puede ser consultada en <http://interamericanbarfoundation.org/XLIABACnfPulldown10.html>. *Vid.* art. 13: "Razones de orden constitucional, así como las normas sobre competencia preventiva impiden que se genere competencia nacional cuando un juicio se entabla en el país en seguimiento de una sentencia extranjera de *forum non conveniens*. Tales casos serán rechazados de oficio por razón de incompetencia".

³⁸ La *Transnational Causes of Action (Product Liability) Act 1997*, Ley n° 16 de la Mancomunidad de Dominica, publicada en la Gazette del 22 de enero de 1998, puede ser consultada en <http://interamericanbarfoundation.org/DominicaTextPulldown2.html>. La Ley especial n° 364, o ley especial para la tramitación de juicios promovidos por las personas afectadas por el uso de pesticidas fabricados a base del plaguicida DBCP, aprobada el 5 de octubre de 2000, en <http://interamericanbarfoundation.org/NicaraguaPulldown6texto.html>.

³⁹ Otra forma de protección consiste en impedir el reconocimiento de la decisión extranjera en el foro. El 8 de marzo de 2011, el Juez Louis Kaplan denegó (de forma temporal, por el momento) el reconocimiento en EE UU de la decisión ecuatoriana a la que aludimos en el texto. La ejecución se puede intentar en otros países.

⁴⁰ El concepto de *personal jurisdiction* alude al vínculo entre el demandado y el territorio sobre el cual ejerce jurisdicción un tribunal; pese a las diferencias existentes puede ser considerado equivalente a competencia judicial internacional. Sobre este punto, J. Foner Delaygua, *Hacia un convenio mundial de ejecución*, Baceona, Bosch, 1999, pp. 121–124.

cuando se halle de paso; o si se reúnen las condiciones sentadas en los *long-arm statutes* del Estado del tribunal llamado a conocer.

17. Hay dos tipos básicos de *long-arm statute*: el menos común, que apoya la competencia en “*any base not inconsistent with the Constitution of [the] state or of the United States*”; y el mayoritario, que enumera, normalmente sin pretensiones de exhaustividad, una serie de circunstancias en las cuales cabrá ejercitar la jurisdicción⁴¹. Es frecuente que entre estas se encuentre el criterio del *doing business*, o realización de una actividad de forma sistemática y regular en el Estado; este hecho desencadena una *general jurisdiction* sobre el demandado, por oposición a *specific jurisdiction*, que sólo permite el conocimiento sobre demandas que estén relacionadas o resulten de los contactos que el demandado tenga con el foro, y donde el vínculo más relevante viene dado precisamente por el acto sobre el que se discute. La utilidad del segundo criterio en las demandas que nos ocupan contra empresas no localizadas en EE UU es escasa, porque raramente estaremos ante hechos ocurridos dentro del país⁴².

18. En la materia que nos ocupa se ha intentado ver la actividad que crearía la vinculación necesaria para someter a la jurisdicción a compañías extranjeras en la existencia en el foro de filiales o establecimientos, que actuarían como su *alter ego* o como sus agentes. El test aplicado para determinar el carácter de *alter ego* o agente de la filial en este estadio del proceso, con la finalidad de determinar si hay o no competencia, es más indulgente que el que se produce cuando se juzga el fondo del asunto a fin de imputar la responsabilidad; además, no es preciso demostrar la relación de alteridad o agencia en relación con el concreto objeto de discusión⁴³. No obstante, no debe concluirse que el requisito de *personal jurisdiction* es sencillo. Interesa saber que pese a lo inusual de las circunstancias de hecho que suelen rodear las demandas de responsabilidad civil relativas a derechos humanos, las reglas aplicables son las mismas que en otros ámbitos, y arrastran su complejidad⁴⁴: en primer lugar, por la indeterminación de los conceptos utilizados, que se prestan a distintas concreciones⁴⁵. En segundo

⁴¹ M. Koebele, *Corporate Responsibility under the Alien Tort Statute*, M. Nijhoff, 2009, p. 308.

⁴² S. Joseph, *op. cit.*, p. 84. Debe repararse en que la relación en juego puede ser triangular. *Vid.*, v.gr., *Bauman v. Daimler Chrysler Corp.* 579 F.3d 1088 (9th Cir. 2009), donde la demanda se plantea contra una empresa alemana, cuya filial argentina habría colaborado con el régimen militar argentino en los 70; los vínculos con EE UU a efectos de *personal jurisdiction* vendrían dados por la existencia de otra filial de la demandada en este país, ajena a los hechos en Argentina.

⁴³ M. Koebele, *op. cit.*, p. 312; S. Joseph, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁴ Así lo señalan B. Stephens y otros, *International Human Rights Litigation in US Courts*, 2ª ed., Martinus Nijhoff, 2008, p. 249.

⁴⁵ *Vid.* v.gr., *Bauman et al. v. Daimler Chrysler Corp. et Daimler Chrysler*, 579 F.3d 1088 (9th Cir. 2009), la opinión del tribunal (que concluye en la ausencia de *personal jurisdiction*), y la disidente del Juez Reinhardt; y las resoluciones judiciales que citamos en texto.

término, por las dificultades para reunir los elementos probatorios que demuestren la relación entre la empresa extranjera y su establecimiento en EE UU: *de facto*, económicas, y también por trabas legales; en este último sentido, como ha indicado la doctrina “*plaintiffs whose claims of jurisdiction over a defendant are challenged are likely to seek personal jurisdiction discovery, and courts have had to improvise standards when determining whether to permit such discovery*”⁴⁶. En otro orden de cosas, convencer al tribunal de que posee *personal jurisdiction* no asegura que entrará en el fondo del asunto: la práctica desvela todo un conjunto de *judge-made court access limitations (forum non conveniens; prudential standing doctrines*, la exigencia de agotar los remedios locales), que por distintos motivos (mejorar el funcionamiento interno; racionalizar el uso de los recursos; deferencia hacia otras ramas del gobierno, u otros Estados)⁴⁷ conducen al fin del litigio sin decisión sobre los aspectos sustantivos de la controversia.

19. En el ámbito de la *civil litigation for human rights violations* un ejemplo de la estrategia que busca los contactos con EE UU a través del *doing business*, coronada con éxito, es *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*⁴⁸: el *Second Circuit* aplicó a efectos jurisdiccionales un test muy indulgente, afirmando su competencia sobre dos compañías extranjeras sobre la base de las actividades de una oficina de relaciones de inversión, localizada en Nueva York y dotada con un solo empleado, que recibía la información y órdenes pertinentes directamente de empresas con sede en Europa. Sin embargo, el argumento no ha prosperado en otros casos, como *Doe v. Unocal Corp.*: el *Ninth Circuit* exigió al demandante demostrar que las filiales de la compañía en el foro realizaban para la compañía madre operaciones de tal importancia que si ellas no las hicieran las asumiría la propia empresa matriz. Ante la falta de prueba de ese extremo descartó la *general personal jurisdiction* sobre la compañía francesa Total; igualmente descartó la *specific personal jurisdiction*, ya que la demanda no nacía de los limitados contac-

⁴⁶ J.S. Ressler, “Plausibly Pleading Personal Jurisdiction”, *Temple L. Rev.*, 2009, pp. 627–656, esp. p. 631. El *discovery* (limitado a lo que interese para establecer la jurisdicción) debe ser autorizado por el tribunal. En *Xiaoning v. Yahoo Inc.*, No. C07–02151 CW (N.D. Cal. October 31, 2007), el tribunal permitió a los demandantes “to begin initial and jurisdictional discovery”, respondiendo a una solicitud que argumentaba la necesidad de hacerlo para apoyar debidamente la existencia de *personal jurisdiction* contestada por los demandados; la orden se dictó el 31 de octubre de 2007; el caso se cerró por acuerdo trece días después. En parecido sentido, *Wiwa v. Shell*, 2009 WL 1560197 (2d Cir. June 3, 2009). En *Mohamed v. Jeppesen Dataplan Inc.*, 579 F.3d 943 (9th Cir. 2009) las pruebas eran inaccesibles, protegidas por secreto de Estado.

⁴⁷ C.B. Robertson, *loc. cit.*, 1094–1097.

⁴⁸ 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000). En el mismo sentido, en primera instancia, *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 393 F.Supp. 2d 20 (D.D.C. 2005). El argumento de *lack of personal jurisdiction* se rechazó porque los demandantes alegaban hechos que, de ser ciertos, justificarían la competencia sobre Exxon Indonesia como *alter ego* de Exxon Mobil.

tos de Total con el foro⁴⁹. Está por ver qué línea, de estas dos, se impondrá en el futuro.

B) Europa

a) Régimen comunitario

20. No hay, o no han trascendido hasta el momento, supuestos prácticos de *civil litigation for human rights violations* en aplicación del régimen procesal civil comunitario. Cabe afirmar, no obstante, que la competencia judicial internacional en los países de la UE para las demandas objeto de estudio se regula en el Reglamento (CE) n° 44/2001, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil; en su Resolución de 13 de marzo de 2007, sobre “La responsabilidad social de las empresas: una nueva asociación”⁵⁰, el Parlamento Europeo cita expresamente este Reglamento, lo que corrobora su papel en esta materia. La aplicabilidad del instrumento deberá excluirse, no obstante, para demandas que no quepa calificar como civiles o mercantiles en el sentido de su art. 1. En particular, por virtud de la interpretación del TJCE quedan fuera las acciones judiciales en las que concurren dos factores: una de las partes en litigio es un sujeto de Derecho público; y el origen de la acción son actos manifestación de prerrogativas de poder público, esto es, de poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables a las relaciones entre particulares⁵¹. La actuación de las corporaciones que nos interesan puede reunir esas características cuando actúan al lado de actores gubernamentales⁵²; ello significará la no aplicación del Reglamento.

21. El Reglamento (CE) n° 44/01 no contempla un foro específicamente concebido para las demandas civiles contra empresas por abusos contra derechos humanos. No obstante, conforme al instrumento comunitario una persona jurídica podrá ser demandada en un Estado Miembro en varios supuestos; como requisito previo, en todo caso, se exige su domicilio en la UE. El domicilio es

⁴⁹ 248 F.3d 915 (9th Cir. 2000). Para un estudio de este punto en este caso y en *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.* vid. M. Koebele, *loc. cit.*, pp. 306–321. Ofrece otro ejemplo de defensa sobre la base de la ausencia de *personal jurisdiction* *Stutts v. De Dietrich Group*, 465 F. Supp. 2d 156 (E.D.N.Y. 2006). Los demandantes reclamaban compensación de los daños consecuencia de haber estado expuestos a agentes tóxicos contenidos en armas químicas en poder de Irak, y detonadas por EE UU durante la Guerra del Golfo; los demandados eran, entre otros, dos proveedores de productos, uno con establecimiento principal en Suiza, y el otro con sede en Francia. El tribunal consideró que el demandante no había probado la *close relationship* entre la sociedad madre y la filial neoyorkina del primer proveedor; lo mismo, en relación con la otra empresa demandada.

⁵⁰ Resolución 2006/2133 (INI).

⁵¹ STJ 14 de octubre de 1976, as. 29/76: *Eurocontrol*, n° 4; STJ 21 de abril de 1993, as. C 172/91: *Sonntag*, n° 22, 23.

⁵² *Supra*, n° 4.

también el primer criterio de competencia, concebido como una forma de protección del demandado en términos de tutela judicial efectiva –respecto al ejercicio de su derecho de defensa–, en equilibrio con el derecho a la misma tutela por parte del demandante –en principio la decisión será fácilmente ejecutable en el domicilio del deudor; el demandante puede elegir además otros foros, atendiendo a la materia objeto del litigio. La competencia de los tribunales del domicilio alcanza a cualquier demanda contra una empresa, en el ámbito material del Reglamento, con independencia de dónde se produzcan los hechos que originan el litigio.

22. La concreción del domicilio a efectos del Reglamento es muy abierta en lo que se refiere a las personas jurídicas: a través de la norma material sentada en el art. 60 una persona jurídica se entiende domiciliada en Europa si tiene en un país comunitario su sede estatutaria, su administración central, o su centro de actividad principal. Los criterios son alternativos, de modo que la concurrencia de uno sólo de ellos, con independencia de dónde se ubique cualquiera de los otros, determina la aplicabilidad del Reglamento y la exclusión de las reglas nacionales; y también son intercambiables entre sí a los efectos de concretar el tribunal competente⁵³.

23. En el marco de las demandas de responsabilidad civil por abusos contra derechos humanos cometidos por empresas debe repararse en que, en la medida en que cada uno de los integrantes de un grupo posea personalidad jurídica propia, habrá que determinar por separado su domicilio a efectos del Reglamento. Ahora bien, esta comprensión no excluye que el domicilio de una entidad del grupo se defina por referencia a la ubicación de otra, si se logra presentar a la segunda como centro de actividad principal o de administración central de la primera. De este modo, una empresa con domicilio social en un tercer país podría tener domicilio en Europa a efectos del Reglamento a través de otra empresa del grupo, por lo que cabría demandarla aquí al amparo de dicho instrumento.

24. El Reglamento (CE) n° 44/01 prevé otros foros de competencia judicial. Dado que la norma se aplica bajo condición del domicilio del demandado y este es también criterio de competencia, el resto de los foros que se ofrecen son “por añadidura”. En otras palabras, no entran en juego si el demandado no tiene domicilio en la UE; y pierden interés cuando la circunstancia que consagran como criterio atributivo de competencia conduce al país de dicho domicilio.

25. Por razón de su objeto las acciones de responsabilidad civil relativas a la violación de derechos humanos quedan en general amparadas por el art. 5.3° del

⁵³ Un ejemplo vendría dado por el caso *Trafigura*: Trafigura Beeher B.V., una compañía petrolífera registrada en los Países Bajos, con una filial en Londres (Trafigura Ltd), donde se encuentra el centro de operaciones, fletó el Probo Koala, con un cargamento de desechos tóxicos.

Reglamento, sobre competencia judicial en materia de responsabilidad extracontractual⁵⁴. A los fines de la aplicación del precepto es irrelevante que la pretensión de los demandantes sea de condena pecuniaria, o tenga otra finalidad⁵⁵. La interpretación que ha realizado del TJCE posibilita demandar en el lugar del hecho dañoso, y también en el lugar del daño. La referencia al “lugar del hecho” obliga a identificar y localizar la conducta, actividad o inactividad, que causa el daño. Se entiende por “lugar del daño” aquel en que se experimenta el efecto (detrimento) patrimonial o físico de la conducta; sólo interesa el daño inmediato padecido por la víctima directa⁵⁶.

26. En la coyuntura actual la utilidad del art. 5.3º para la *civil litigation for human rights violations* es relativa. Europa no suele ser el lugar de ubicación del hecho generador del daño, si por “hecho” se entiende la conducta material desencadenante, ni tampoco el del efecto dañoso. Con todo, lo segundo no es descartable, en particular en relación con los Estados miembros de la UE más jóvenes y en peores condiciones económicas si, como se ha dicho “(...) *MNCs operate, through their subsidiaries, in the new Member States rather than from these States. Accordingly, the business and human rights debate is still predominantly focused on corporate human rights and environmental abuses within the ‘new’ Member States*”⁵⁷. Por otra parte, la doctrina y la práctica han aportado además alguna idea correctora en relación con los conceptos de “hecho” y “daño” para dar mayor amplitud al foro: así, se ha sostenido que si el daño es continuo la víctima que se ha trasladado debe poder demandar en un lugar distinto de aquel en que el mal se manifestó por vez primera⁵⁸. La idea presenta interés en los casos de atentados a la integridad o la salud que se concretan en un territorio, cuando el perjudicado se desplaza posteriormente; no obstante, es discutible a la luz de la doctrina del TJCE⁵⁹.

⁵⁴ Cabe también la apertura de un foro contractual, ligado a los contratos individuales de trabajo, aunque para demandas ligadas a actuaciones en países en desarrollo la estrategia será poco frecuente.

⁵⁵ En el asunto *Chevron v. Texaco* resuelto en Ecuador el 14 de febrero de 2011 los demandados fueron condenados, como medida punitiva, a una cantidad equivalente al 100% de los valores sumados de las medidas de reparación. Dado que la finalidad ejemplarizante y disuasoria podría conseguirse igualmente a través de una disculpa pública, se dio a los demandantes la posibilidad de elegir entre una y otra cosa.

⁵⁶ STJ 11 de enero de 1990, as. C-220/88: *Dumez*; STC 15 de septiembre de 1995, as. 364/93: *Marinari*.

⁵⁷ *Study of the Legal Frame...*, ap. 15. Recuérdese en todo caso la condición de domicilio del demandado en la UE.

⁵⁸ P. Mankowski, “Art. 5.3”, en U. Magnus y P. Mankowski, *Brussels I Regulation*, Sellier, 2007, nº 235.

⁵⁹ El TJ ha interpretado el art. 5.3º dejando claro que el eje de la comprensión del precepto es la previsibilidad para el demandado; tomar en consideración los movimientos de la víctima ponen en entredicho esa previsibilidad.

27. Un “hecho” dañoso conducirá al país de la empresa sita en la UE si se identifica con la adopción, por parte de dicha empresa, de la decisión cuya ejecución se deja en manos de la filial ubicada en un país tercero; o bien, con su negligencia o falta de control sobre las actividades de la filial. Se invoca en este sentido un *duty of care*, medido en principio conforme a estándares domésticos⁶⁰, siguiendo el ejemplo del caso inglés *Lubbe v. Cape plc*⁶¹. En el supuesto varios empleados de filiales sudafricanas de Cape, una empresa ubicada en el Reino Unido, alegaban serios daños a la salud por la exposición a asbestos como resultado de la negligencia del demandado en las actividades de extracción. Al hilo de la discusión sobre cuál era el *proper forum* para conocer del litigio, los demandantes sostuvieron que debía ser el Reino Unido, habida cuenta de que Cape plc, empresa madre del grupo que incluía a las filiales en Sudáfrica, era ella misma responsable directa por razón de un deber de cuidado hacia un conjunto de personas, entre las que se encontrarían los demandantes. La solución, que permite aplicar el art. 5.3º, pierde valor si conduce al domicilio de la empresa, ya que se solapa con el art. 2.

28. El Reglamento (CE) nº 44/01 incluye todavía otros criterios de competencia: en primer lugar, el que deriva de la acumulación de la acción civil a la penal conforme al art. 5.4º. El criterio supone la extensión de los criterios de competencia judicial internacional penales a lo civil; presenta interés en este estudio porque las violaciones de derechos humanos poseen con frecuencia sanción penal, y porque en esta materia en Europa se ha preferido la vía penal a la civil⁶². Ahora bien, la posibilidad abierta por el art. 5.4º en la *civil litigation por human rights violations* contra empresas debe superar las reticencias ligadas a reconocer responsabilidad penal a las personas jurídicas como tales; si bien hay que decir que cada vez son más los países que la aceptan.

29. El art. 5 del Reglamento consagra aún el llamado “foro del pequeño domicilio” en su punto 5: cabrá demandar a la persona domiciliada en un Estado miembro de la UE en otro Estado, en litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el tribunal del lugar en que

⁶⁰ N. Jägers y M.J. van der Heijden, p. 843; *vid.* en cambio, *infra*, nº 63, la propuesta de un *duty of care* medido a la luz del Derecho Internacional.

⁶¹ *Lubbe v. Cape PLC*, [2000] 4 All E.R. 268; antes, *Ngcobo v. Thor Chemicals Holdings Ltd*, no publicado, de 1995; Entre los autores, G. Betlem, “Transnational Litigation Against Multinational Corporations Before Dutch Civil Courts”, en M.T. Kamminga, S. Zia-Zarifi, *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, 2000, pp. 293–305, esp. p. 286; o N. Jägers, M.J. van der Heijden, p. 846, en relación con el caso *Trafigura*, en el que Londres sería el *Handlungsort* al encontrarse allí una filial del grupo que es al tiempo su centro de operaciones.

⁶² *Vid. supra*, npp. nº 32.

se hallaren sitios⁶³. El precepto aparece como remedio contra los efectos negativos de la dispersión por varios países de la actividad empresarial; un criterio para la *accountability* de las transnacionales, pensado para conocer de la acción contra una persona jurídica que, domiciliada en determinado país, actúa en otros mercados a través de establecimientos, sucursales o agencias, en los litigios relativos a la explotación de estos.

30. En general, el “foro del pequeño domicilio” tiene interés en el contexto de las demandas civiles relativas a derechos humanos; no, sin embargo, en la configuración del Reglamento (CE) n° 44/01⁶⁴. La competencia que consagra el art. 5.5° está al servicio del comercio intracomunitario: subyace a la norma la voluntad de potenciar la confianza de los operadores económicos de Europa; su objetivo es estimular las transacciones trasfronterizas con/entre empresas ubicadas en diferentes países europeos, para lo cual facilita que sean demandadas fuera de su domicilio (allí donde el actor ha mantenido el contacto con ellas: el país donde se encuentra la sucursal, agencia o establecimiento). En coherencia con esta mirada “hacia el interior” de la Comunidad, la aplicación del art. 5.5° exige el domicilio de la empresa demandada en el territorio comunitario, y que su establecimiento, sucursal o agencia también se encuentre en este espacio geográfico. En la *civil litigation*... tal condición no se dará con frecuencia: las violaciones de derechos humanos por empresas suelen materializarse en “terceros” países, donde encuentra la sucursal, filial, agencia, o establecimiento que las protagonizan. Debe tenerse en cuenta, no obstante, la afirmación reproducida más atrás en el sentido de que también la UE –los países más jóvenes– son escenarios de abusos⁶⁵. La aplicación del art. 5.5° en estos casos podría verse limitada por la falta de domicilio en territorio de la UE de la empresa demandada; merece la pena recordar en este punto que excepcionalmente (en materia de contratos de consumo, seguros, y contratos individuales de trabajo), el foro del “pequeño domicilio” se abre encontrándose en la UE una de las sociedades implicadas, y la otra fuera. Abrir esta posibilidad a las acciones de responsabilidad por lesión de los

⁶³ En principio, el art. 5.5° sirve a sustraer al “principal” de su domicilio para demandarle en otro lugar. En cambio, en las acciones por violación de derechos humanos el interés de los demandantes suele ser justamente el contrario: poder reclamar en el domicilio del “principal”, ubicado en un país desarrollado y de tradición democrática, para beneficiarse de eventuales ventajas procesales y de la mayor consideración y respeto de los bienes en juego. Conforme al TJ, a efectos del art. 5.5° no parece importar la posición relativa de las sociedades implicadas en el caso, sino sólo el que aparezcan una como prolongación de la otra (*vid.* STJ 9 de diciembre de 1987, as. 218/86: se demanda en Alemania a la filial francesa de una empresa matriz alemana).

⁶⁴ Retomamos aquí las conclusiones expresadas en M. Requejo Isidro, *Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad civil*, Thomson-Aranzadi, 2009, n° 120.

⁶⁵ *Vid. supra*, n° 26.

derechos humanos requeriría una previsión expresa paralela, que a nuestro juicio estaría justificada.

31. Hay que mencionar, en fin, que al amparo del art. 6 del Reglamento cabe interponer ante un único foro pretensiones que guardan relación entre ellas, contra demandados diferentes: por ejemplo, contra la empresa madre de un grupo y su filial cuando se pretende que son corresponsables del daño causado. Ahora bien, el art. 6 (como el resto de los examinados) requiere el domicilio de todos los demandados en Estados de la UE, como requisito general de aplicabilidad; ello le resta utilidad en los supuestos habituales de *civil litigation for human rights violations*.

b) Regímenes residuales

32. Son foros residuales aquellos de origen convencional o doméstico que entran en juego en las circunstancias que contempla el art. 4 del Reglamento, esto es, cuando el domicilio del demandado no se encuentra en un Estado miembro, y el supuesto no es uno de los arts. 22 y 23.

33. En relación con las demandas que nos interesan la doctrina ha estudiado especialmente el caso del Reino Unido: por tratarse de un sistema de *common law*, buscando la afinidad con la regulación estadounidense; y porque en la práctica se han dado algunos supuestos similares a las demandas de responsabilidad civil por vulneraciones de derechos humanos: se citan típicamente *Connelly v. RTZ*; *Lubbe v. Cape Plc*, y *Sithole & Others v. Thor Chemicals Holdings Ltd & Anor TLR*⁶⁶. Sin embargo no existe en el ordenamiento inglés un equivalente del ATCA, ni tampoco son idénticos los criterios en virtud de los cuales ejercer jurisdicción *in personam*. Salvo en caso de sumisión, tal jurisdicción viene conferida por la notificación al demandado en territorio inglés, o en el extranjero si ello se autoriza. Una vez se ha producido, el Tribunal tiene competencia con independencia de que la presencia del demandado en el país haya sido pasajera o involuntaria; y de que el objeto del litigio tenga o no conexión con el foro⁶⁷. Quedan excluidos otros criterios atributivos de competencia, como la existencia de propiedad en el foro, la nacionalidad, e incluso el domicilio o la residencia⁶⁸.

⁶⁶ *Connelly v. RTZ* [1996] 3 WLR 373; *Lubbe v. Cape Plc* [2000] 4 All E.R. 268. Sobre *Sithole & Others v. Thor Chemicals Holdings Ltd & Anor TLR*, vid. R. Meeran, "Corporations, Human Rights and Transnational Litigation", 29 de enero de 2003, en <http://law.monash.edu.au/castancentre/events/2003/meeranpaper.html>. El caso *Trafigura*, como dijimos *supra*, se resolvió por acuerdo extrajudicial.

⁶⁷ *Infra*, n.ºs 76 ss.

⁶⁸ P. Nygh, "The Common Law Approach", en C. McLachlan, P. Nygh, *Transnational Tort Litigation*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 21–36, esp. p. 23.

34. Una compañía extranjera no se encuentra en principio sujeta a la jurisdicción de los tribunales ingleses, pero puede llegar a estarlo si tiene presencia en Inglaterra a través de una sucursal, o de un agente independiente autorizado para vincular al principal; la notificación a la sucursal o al agente sirve para satisfacer el requisito jurisdiccional. Parece superada la condición de que la entidad o persona que encarna a la empresa en territorio inglés realice negocios en su nombre: se cita en la jurisprudencia el mantenimiento de una oficina con empleados cuya misión es obtener información con valor comercial, pero que no concluyen ningún negocio⁶⁹. Fuera de los casos anteriores será precisa una notificación fuera del territorio, sujeta a requisitos procedimentales muy estrictos. Dado que lo habitual será la reacción del demandado planteando una moción de *forum non conveniens*, llegar a establecer la competencia no asegura en ningún caso que el tribunal decidirá sobre el fondo asunto.

35. El segundo país que ha recibido atención doctrinal en esta materia ha sido Holanda⁷⁰, en cuya práctica hay que destacar el caso *Oguru c.s. v. RDS and SPDC*, de 30 de diciembre de 2009, al amparo del art. 7 del Código de procedimiento civil holandés. Señala este precepto que “1. Cuando (...) un tribunal holandés tenga competencia en relación con uno de los demandados, tendrá también competencia sobre todos los demás llamados al mismo procedimiento, con tal de que las acciones contra los distintos demandados estén conectadas entre sí de tal modo que esté justificado considerarlas conjuntamente, por razones de eficiencia”. En *Oguru* la norma ha permitido la extensión de la competencia de los tribunales a una filial extranjera, una vez establecida en lo relativo a la compañía madre holandesa; el dato que ha posibilitado este resultado ha sido la identidad de las circunstancias fácticas y del daño imputables a la filial y a la sociedad madre⁷¹. Añade la doctrina que si bien se exige a las partes que planteen acción contra la compañía madre en orden a asegurar la competencia en Holanda, la condición es más formal que otra cosa; y que la base material de la demanda parece menos importante que su mera existencia⁷². Los autores aluden también a la defensa esgrimida por los, demandantes basada en el abuso de derecho de

⁶⁹ P. Nygh, *loc. cit.*, p. 28. S. Joseph, *op. cit.*, p. 114, cita también un supuesto en el que se afirmó la presencia de una compañía por el hecho de haber mantenido durante nueve días su producto en una exhibición en Londres.

⁷⁰ A. Nollkaemper, “Public International Law in Transnational Litigation Against Multinational Corporation: Prospects and Problems in the Court of the Netherlands”, y G. Betlem, “Transnational Litigation Against Multinational Corporations Before Dutch Civil Courts”, en M.T. Kamminga y S. Zia-Zarifi, *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, 2000, pp. 265–281 y pp. 293–305, respectivamente; N. Jägers, M.J. van der Heijden, *passim*; o el estudio de la International Commission of Jurists, “Access to Justice. Human Rights Abuses Involving Corporations. The Netherlands”, Ginebra, 2010.

⁷¹ *Supra* n° 12.

⁷² International Commission of Jurists, “Access to Justice...”, Ginebra, 2010, p. 24.

acceso al proceso: el tribunal consideró, sin embargo, que la demanda contra la sociedad madre no carecía de posibilidades de éxito, y consecuentemente rechazó la excepción.

36. Finalmente, aunque se trata de un caso en que el demandado era un particular y no una empresa, resulta de interés recordar un supuesto de la práctica judicial francesa ante unos hechos calificados de “esclavitud moderna”. Se trataba del trabajo doméstico desempeñado por una nacional de Nigeria en casa de un británico: habitualmente en Lagos, y en Niza sólo en períodos vacacionales. La *Cour de Cassation* francesa, de 10 de mayo de 2006, aún estimando que la ley aplicable al contrato de trabajo sería nigeriana, y Lagos el lugar de desempeño habitual de la labor, decidió que sería contrario al orden público internacional permitir que el empleador pudiera prevalerse de las reglas de competencia y las normas de conflicto para eludir la jurisdicción y el Derecho francés, en un supuesto con cierto (¿) contacto con Francia, y en el que las condiciones de trabajo se imponían al asalariado con total desdén hacia su voluntad y su libertad individual⁷³.

C) Propuestas

37. Hemos visto en los apartados anteriores que no hay ni en EE UU ni en Europa criterios de competencia concebidos específicamente para la *civil litigation for human rights violations*. Las previsiones en vigor responden en ambos sistemas a concepciones más o menos amplias de *due process* o tutela judicial, que no incorporan una consideración especial para las demandas por abusos de derechos humanos, en atención a las víctimas o por razón del objeto del litigio. Ello no significa que las puertas estén cerradas a estas acciones. Los resultados, eso sí, no serán necesariamente satisfactorios; piénsese en la incertidumbre que rodea al criterio del *doing business* americano, o las dificultades de prueba para apoyar la *personal jurisdiction*. En la UE la condición de domicilio del demandado para la aplicación del sistema limita la utilidad del de los foros especiales (que, por otra parte, y en paralelo con lo que sucede con la *specific jurisdiction* en EE UU, están pensados para sucesos en el territorio de la UE).

38. A primera vista la mejor protección de los derechos humanos aboga por criterios de competencia judicial amplios, donde se relaje la exigencia de contactos con el tribunal. Sugerencias en este sentido son la residencia de la víctima, cuando se ha desplazado a otro país desde el lugar del daño inicial⁷⁴; el lugar

⁷³ Sentencia *Cour de Cassation*, de 10 de mayo de 2006, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006, pp. 856–670, nota P. Hammje.

⁷⁴ C. Kessedjian, “Les actions civiles pour violation des droits de l’homme – Aspects de droit international privé”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 2002–2004, pp. 151–194, esp. p. 162. También, en la respuesta de Amnistía Internacional y la ECCJ al Libro Verde relativo a la revisión del Reglamento n° 44/01, COM (2009) 175 final, de 21 de abril de 2009, en <http://www.corporatejustice.org/IMG/pdf/>

donde la sociedad madre del grupo de empresas realice operaciones de sustancial importancia⁷⁵; y la jurisdicción civil universal.

39. Una propuesta belga elevada al Parlamento en 1999 pretendía dotar a los tribunales nacionales de jurisdicción civil universal en materia de derechos humanos (en realidad, sólo los contemplados en Convenios de la OIT), sobre compañías que tuvieran bienes en Bélgica. La oposición del gobierno obligó a modificar la propuesta para añadir la exigencia de mayor vinculación con Bélgica: se aplicaría así a compañías registradas, con administración central u oficinas centrales. Finalmente, el texto no prosperó, entre otros motivos por el temor a las consecuencias adversas sobre la economía del país⁷⁶.

40. Frente al fracaso belga parte de la doctrina sigue apoyando una jurisdicción de amplio alcance sustentada en el objetivo, compartido por la comunidad internacional, de prevenir o sancionar determinadas conductas contrarias a los derechos humanos⁷⁷. La idea se ha concretado incluso en alguna propuesta de ley reciente: así, en el Proyecto de Ley C -354 (Bill C -354) canadiense, de 2009, bajo el título de *International Promotion and Protection of Human Rights*; y en el proyecto de Ley Modelo Latinoamericana de Protección Internacional de los Derechos Humanos. Ambos prevén su aplicación a empresas, y en los dos la propuesta de una jurisdicción universal aparece ligada a la violación de normas de Derecho Internacional. Ahora bien, la Ley Modelo sólo contempla una competencia por razón de necesidad, tal y como se recoge en su art. 1⁷⁸. Esta misma idea había sido enunciada por la Comisión Europea en una *amicus curia* dirigida

AI_ECCJ_Joint_Submission_Brussels_I_0609.pdf. Aunque no pensando específicamente en demandas relativas a violaciones de derechos humanos, el *Committee on International Civil and Commercial Litigation* (ILA), "*Jurisdiction over Corporations*", New Delhi Conference, 2002, discutió la introducción de un criterio de competencia general a favor de los tribunales del lugar de ubicación de un integrante del grupo de empresas, que fuera al tiempo el de residencia habitual del demandante. La propuesta no prosperó.

⁷⁵ La propuesta, realizada por F. Gregor y H. Ellis, pp. 13-15, para los países de la UE, pasa por la supresión de la condición de domicilio de la empresa en un Estado miembro (de ahí que haya que entender que las "operaciones sustanciales" en la UE no son "actividad principal"; en otro caso, conforme al art. 60 Regl. 44/01 actual la empresa estaría ya domiciliada aquí). Este foro protegería a las empresas de la UE frente a una competencia desleal de aquellas que se ubicaran en Estados terceros para eludir la responsabilidad.

⁷⁶ Chatham House, 2006.

⁷⁷ A. Reinish, "The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors", en Philip Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 37-89, esp. pp. 53-61. D. F. Donovan y A. Roberts, "The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction", *Am. J. Int'l L.*, 2006, pp. 142-163.

⁷⁸ "Los Tribunales Civiles de Primera Instancia de la Capital tendrán competencia para entender en demandas civiles, presentadas por nacionales o extranjeros, por violación a los derechos humanos cometida en país extranjero, cuando no sea jurídica o fácticamente razonable requerir al actor que acuda a tal país sólo se abre como último recurso".

a EE UU con motivo del caso *Sosa v. Alvarez Machain*⁷⁹, en la que sostenía que una jurisdicción al estilo del ATCA sería aceptable en la medida en que se ejerciera sólo de forma subsidiaria, jugando exclusivamente una vez se hubiera probado que no hay otro Estado que provea un foro con conexiones tradicionales, y que sea efectivo.

41. La adopción de un criterio de competencia particular para las demandas de responsabilidad civil por abusos contra los derechos humanos se sugirió en el marco de los trabajos para la modificación del Reglamento (CE) n° 44/01⁸⁰, que han dado lugar a la Propuesta de la Comisión de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de diciembre de 2010⁸¹. Conviene reparar en que la Propuesta suprime el requisito de domicilio del demandado como condición general de aplicabilidad del régimen comunitario. Las razones de esta eliminación se cifran en permitir el acceso a los tribunales europeos a las empresas de la UE en demandas nacidas de sus relaciones con sujetos de terceros Estados; y asegurar la aplicación de la legislación europea imperativa, tendente a la protección de trabajadores, consumidores o agentes, en los litigios con partes no comunitarias⁸².

42. La Propuesta de Reglamento no recoge un criterio específico para las acciones objeto de estudio. Desde la perspectiva de los demandantes, la supresión del art. 4 del Reglamento puede traer consecuencias positivas al ampliar el radio de acción de los criterios de competencia previstos en el texto comunitario. Ahora bien, también puede acarrear consecuencias indeseables. Actualmente, las víctimas de las violaciones pueden utilizar los foros residuales previstos en las legislaciones nacionales contra demandados no domiciliados en la UE⁸³; tales foros dejarán de ser operativos si el régimen comunitario se extiende a las demandas contra no domiciliados, a menos que se retomen en él y se generalicen a todos los Estados de la UE. A la vista de la Propuesta esto no va a ocurrir; en su lugar se prevé la adición al Reglamento de dos nuevos criterios, al respecto de los cuales se predica que “compensan la supresión de las normas nacionales existentes”⁸⁴. La afirmación, como vamos a ver, es discutible.

⁷⁹ 124 S.Ct. 2739 (2004).

⁸⁰ *Supra*, npp. n° 74, 75.

⁸¹ COM(2010) 748 final, de 14 de diciembre de 2010. El documento ha sido corregido por el COM(2010) 748 final/2, de 3 de enero de 2011. Sobre la adaptación de los criterios a las demandas por violaciones de derechos humanos, M. Requejo Isidro, n° 43 ss.

⁸² Exposición de Motivos de la Propuesta, pp. 3–4.

⁸³ *Vid. supra* n° 32 ss.

⁸⁴ Exposición de Motivos de la Propuesta, p. 9.

43. El art. 25 de la Propuesta consagra el foro de la localización de patrimonio del demandado: según la Exposición de motivos, como forma de equilibrar su ausencia en la Unión. No se exige que la demanda recaiga sobre tal patrimonio⁸⁵. Son precisas, en cambio, dos condiciones: que el valor de la propiedad no sea desproporcionado en relación con el valor reclamado; y que el litigio tenga “conexión suficiente” con el Estado miembro en que se plantea la demanda⁸⁶. Por lo que a nosotros interesa, la condición de proporcionalidad es apta para frenar las demandas por violaciones de derechos humanos que ocurren en terceros Estados: algunos de los supuestos que se han dado hasta el momento reúnen a un número importante de víctimas; a más víctimas, mayor el importe de la demanda, y mayor también el riesgo de la desproporción con los bienes del demandado en el foro; cabe preguntarse además cómo se mide la proporcionalidad cuando la reclamación no es pecuniaria⁸⁷. El requisito de la “conexión suficiente”, por su parte, tiene potencial para acercar o alejar los tribunales a las víctimas de los abusos: dependerá de su interpretación. Exigir, por ejemplo, la nacionalidad o residencia de los demandantes en la UE como requisito de conexión suficiente no es descabellado; pero en el ámbito de la *civil litigation*... común supondrá, por lo general, un obstáculo insuperable.

44. El art. 26 de la Propuesta recoge el foro de necesidad a través de una cláusula abierta que lo supedita a las exigencias de la justicia y un proceso justo, y a una conexión suficiente del litigio con el Estado miembro llamado a conocer. Conforme a la Exposición de motivos, el precepto está concebido pensando en las empresas europeas que invierten en países con ordenamientos jurídicos poco maduros, y su objetivo es garantizar a los demandantes de la UE el derecho a un juicio imparcial⁸⁸. La norma suscita numerosas interrogantes y alguna crítica. Empezando por lo segundo, la política legislativa subyacente la aleja de las demandas que aquí se estudian. Tampoco es afortunado el hecho de que exija conexión entre litigio y el foro: la filosofía del foro de necesidad aconseja no supeditar su apertura a tal condición. Además, la conexión se predica de un Estado

⁸⁵ A menos que el ap. b) del artículo, “que el litigio tenga conexión suficiente con el foro elegido”, se entienda precisamente de ese modo.

⁸⁶ La exigencia de proporcionalidad parece responder al objetivo de frenar el abuso en materia de acceso a los tribunales; es una concreción precisa de la cláusula general que lo proscribe. A nuestro juicio resulta discutible la reducción de una institución compleja, como es la del abuso del derecho o del proceso, a un comportamiento determinado (plantear una demanda de valor no proporcional a los bienes del demandado), identificándolo automáticamente con él. Por otro lado, la condición supedita el proceso a unos cálculos y pruebas sobre el patrimonio del deudor que retrasarán su inicio y serán costosos para la parte demandante. Finalmente, el foro del art. 25 se abre en defecto de todos los demás del sistema, lo que ya de por sí es un freno a un *forum shopping*.

⁸⁷ *Supra*, npp. nº 55.

⁸⁸ Exposición de Motivos de la Propuesta, p. 9.

miembro y no de la UE en su conjunto: algo que habría sido más acorde con la pretensión de la UE de ser un espacio único⁸⁹.

45. Sobre el alcance del art. 26 poco se puede decir con certeza. Creemos que el requisito “conexiones suficientes”, común a este precepto y al art. 25, no tiene por qué interpretarse del mismo modo, ya que cuando el art. 26 entra en juego se ha descartado cualquier otro de los foros del Reglamento, incluido el art. 25. Es de esperar que a efectos del art. 26 se admita la suficiencia del vínculo aunque los lazos del caso y el tribunal sean muy débiles: hay un imperioso argumento de tutela judicial detrás de la previsión de la competencia judicial. El precepto pone dos ejemplos de esta necesidad: cuando no sea razonablemente posible, o sea imposible, el proceso en el Estado tercero al que está estrechamente conectada la disputa; o cuando la sentencia que dictara dicho Estado no pudiera ser objeto de reconocimiento en el Estado de la UE ante el que se ha presentado la demanda, siendo tal reconocimiento imprescindible para la satisfacción de los derechos del demandante. Cualquiera que sea la concreción de estas circunstancias, en ningún caso parece que el acceso al foro vaya a ser sencillo.

2. Otras dificultades

A) Estructura corporativa y utilidad de los foros

46. Desde un punto de vista jurídico la corporación transnacional o multinacional no es una entidad, sino un conjunto compuesto por otras empresas relacionadas por vínculos societarios o contractuales. Es ya tópico aludir a la dificultad importante que representa, para los demandantes en la *civil litigation for human rights violations*, el hecho de que las diferentes empresas del grupo tengan personalidad jurídica propia, unido al principio de responsabilidad limitada. La separación de los miembros de la corporación los aísla unos de otros, actuando como una barrera con consecuencias a nivel sustantivo, que repercuten sobre la posibilidad de demandar en un “foro imán” (EE UU; Europa, potencialmente) a una entidad distinta al actor material de los hechos; y sobre la utilidad de hacerlo.

47. Evidentemente, cabe imaginar que se disocien totalmente cuestiones procesales y sustantivas. Los elementos fácticos sobre los que se basa la determinación de criterios de competencia como el domicilio del demandado (criterio de aplicabilidad y competencia según el Reglamento (CE) nº 44/01) son diferentes de los que usarán para examinar su responsabilidad⁹⁰; pero en la práctica servirá

⁸⁹ Así se refleja en otros instrumentos comunitarios, como el Reglamento (CE) nº 593/2008 (Roma I), art. 3.4º.

⁹⁰ P. Muchlinski, “Corporations in International Litigation: Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases”, *Int’l Comp. L. Q.*, 2001, pp. 1–25, esp. pp. 11–12; o *supra*, nº 16, para EE

de bien poco que un tribunal se declare competente, si los actores no pueden luego superar el argumento de la ajenidad del demandado respecto a los hechos y sus protagonistas por virtud del manto corporativo; el criterio de competencia queda desprovisto de utilidad⁹¹. No será infrecuente, por lo demás, que en el contexto del análisis de los presupuestos procesales se exija ya poder discernir un *prima facie case* sobre la base de las evidencias presentadas por las partes⁹² (si bien al mismo tiempo la afirmación de que existe jurisdicción no debe servir como prejuicio en lo relativo al fondo del asunto⁹³).

48. Son concebibles varias estrategias para superar el obstáculo derivado de la separación entre los elementos de un grupo económico. De entrada, se ha buscado identificar un nexo entre la compañía “madre” y la actora ubicada en otro país a través de la idea del “*systems’ approach*”. Conforme a ella la empresa madre tiene la obligación de crear y mantener en el conjunto de entidades con el que opera (filiales, suministradores, franquicias) un sistema y una cultura a nivel de políticas, prácticas y reglas, así como un mecanismo que asegure su funcionamiento; y se hace responsable por no haber sido capaz de poner en marcha el sistema (no, en cambio, por los actos de las entidades individuales que lo violen, si se encontraba efectivamente funcionando)⁹⁴. En este contexto hay que citar varias propuesta de ley (todas fracasadas) de la última década, tendentes a imponer responsabilidad a corporaciones transnacionales vinculadas al territorio: el *Bill for a Corporate Code of Conduct Act* presentado ante la Cámara de Representantes de EE UU el 7 de junio de 2000; el *Corporate Code of Conduct Bill*, de 6 de septiembre del mismo año, de Australia⁹⁵, el *Corporate Responsibility Bill* del Reino Unido, o el Bill C-300 de Canadá.

49. El alcance de la extraterritorialidad, lo mismo que los derechos humanos cubiertos, varían de propuesta a propuesta. El *Bill for a Corporate Code of Conduct Act* de EE UU pretendía regular las operaciones extranjeras de las transna-

UU, la idea de que el test llevado a cabo para establecer la *personal jurisdiction* es distinto al que opera a la hora de examinar la responsabilidad.

⁹¹ R. Meeran, “Liability of Multinational Corporations: A Critical State in the UK”, en M. T. Kamminga y S. Zia-Zarifi, *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, 2000, pp. 251–264, esp. p. 261.

⁹² En este sentido la *International Law Association*, 2002, principio nº 5. Una decisión posterior negando la existencia de los hechos no afectará a la competencia ya establecida.

⁹³ *Vid. Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 393 F.Supp. 2d 20 (D.D.C. 2005), donde el argumento de *lack of personal jurisdiction* se rechazó porque los demandantes alegaban hechos que, *de ser ciertos*, justificarían la competencia sobre Exxon Indonesia como *alter ego* de Exxon Mobil. Una idea similar aparece en *Locarno y otros v. Drummond Inc. et al.*, a propósito de la conducta alegada y su cobertura por el ATCA.

⁹⁴ Chatham House, 2006.

⁹⁵ Sobre ambos Bills *vid. S. Deva*, “Acting Extraterritoriality to Tame Multinational Corporations for Human Rights Violations: Who Should Bell the Cat?”, *Melbourne J. Int’l L.*, 2004, pp. 37–65. Ninguno de ellos establecía reglas de competencia judicial internacional.

cionales, en lo relativo a su impacto sobre el medio ambiente y los derechos humanos. Conforme al proyecto, los nacionales de EE UU (incluyendo las empresas con base en el país) que emplearan a más de veinte personas en el extranjero, ya directamente, ya a través de filiales, debían implementar un Código de Conducta: un abanico de estándares para la protección de los derechos humanos y el medio ambiente, en ocasiones definidos en el propio código, y en otras referidos a lo establecido en convenios internacionales sobre la materia. La propuesta fue remitida al *House Subcommittee on International Operations and Human Rights*, pero no hubo ninguna actuación posterior que permitiera su progreso legislativo. No obstante, ha vuelto a ser presentado en 2006⁹⁶.

50. El *Corporate Code of Conduct Bill 2000* de Australia, más restringido en cuanto a sus objetivos que el americano, pero más abierto en lo relativo a los sujetos a proteger y más preciso en cuanto a las obligaciones concretas de las empresas⁹⁷, estaba dirigido a las compañías australianas que emplearan más de 100 personas en el extranjero, exigiéndoles satisfacer estándares medioambientales, laborales, de salud, seguridad y relativos a derechos humanos. Quedarían sujetas a la ley las empresas establecidas en Australia, las participadas por ella o sus filiales, así como las filiales y *holding companies* de estas. El Comité Parlamentario que estudió el Bill lo rechazó por “*impracticable, unworkable, unnecessary and unwarranted*”: impracticable, por cuanto suponía una desventaja competitiva para las empresas australianas, y la imposición de unos criterios morales sobre otros países soberanos, además de ser discriminatorio porque deja fuera de su alcance a las pequeñas empresas; innecesario, por el escaso número de supuestos de comportamiento inadecuado imputable a compañías australianas; e inviable, por lo extenso de su ámbito, lo indefinido de los estándares, la fricción que representa la extraterritorialidad, el hecho de que no contempla los aspectos de DIPr implicados, y por descansar sobre mecanismos de implementación defectuosos⁹⁸. El fracaso del Bill no disuadió de otro intento parecido, en 2004⁹⁹.

51. El *Corporate Responsibility Bill* de 2003 del Reino Unido estaba concebido para empresas registradas en el Reino Unido, con una facturación de 5 millones de libras o más¹⁰⁰. La propuesta imponía la realización de informes (*repor-*

⁹⁶ Como el primero, por C. McKinney, el 10 de mayo de 2006, bajo el nombre de *Code of Conduct regarding a safe and healthy workplace and internationally recognized environmental, human rights, worker rights, and core labor standards*.

⁹⁷ S. Deva, ap. IV.

⁹⁸ S. Deva, ap. V, contestando cada uno de estos argumentos.

⁹⁹ El 24 de junio de 2004 la senadora demócrata Scott Despoja realizó una exposición sobre el *Corporate Code of Conduct Bill 2004*, que es en realidad una versión revisada del *Corporate Code of Conduct Bill* original.

¹⁰⁰ Puede ser consultado en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200102/cmbills/145/2002145.pdf>.

ting), y el deber de consultar a los afectados fuera del territorio, más allá de los propios accionistas; y extendía las obligaciones del director de la empresa para que tomara en cuenta el impacto social y medioambiental de las operaciones fuera del Reino Unido. Como las propuestas descritas antes, sentaba la obligación de compensar a los damnificados por dichas operaciones.

52. El Bill C-300 de Canadá (*Corporate Accountability of Mining, Oil and Gas Corporations in Developing Countries Act*)¹⁰¹, presentado el 9 de febrero de 2009, contemplaba la responsabilidad de las empresas dedicadas a actividades de extracción en países en desarrollo. De conformidad con su art. 4, correspondería a la autoridad ministerial recibir y atender las quejas relativas a las empresas canadienses afectadas, interpuestas por nacionales o residentes en Canadá o en el país en desarrollo donde la empresa realizara la actividad. El Bill fue rechazado en octubre de 2010, si bien por un escaso margen de votos.

53. Más allá de las propuestas legislativas descritas se encuentran otras doctrinales. Unas cuestionan en general el principio de responsabilidad limitada en casos de responsabilidad civil extracontractual¹⁰²; o plantean suspender la separación de personalidad jurídica en casos relacionados con abusos de derechos humanos¹⁰³. Otras son construcciones a través de las cuales en estos supuestos se intenta imputar a la compañía madre los actos de la filial¹⁰⁴. Típicamente se alude a la teoría del levantamiento del velo, basada en la separación entre las sociedades del grupo, y en la idea de que una de ellas toma decisiones sobre las actuaciones de otra beneficiándose de la mencionada separación a fin de no ser considerada responsable de sus posibles consecuencias¹⁰⁵. La teoría ha sido llevada a la praxis para establecer la responsabilidad de la sociedad madre en casos de catástrofes industriales: así, en EE UU, en el *Amoco Cadiz*, supuesto de nau-

¹⁰¹ Puede ser consultado en <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=3658424&file=4>

¹⁰² M. Fuentes Naharro, *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Civitas, 2007, pp. 466-468, 471-473, alude a dos perspectivas: la del análisis económico del Derecho, desarrollada ante todo en EE UU; y la que representa en España P. Salvador Coderch, que sostiene que debe recurrirse a los principios generales del derecho de daños, en particular a las reglas sobre responsabilidad por el hecho de otro.

¹⁰³ F. Gregor, H. Ellis, pp. 13-14.

¹⁰⁴ En la doctrina y en la práctica no es infrecuente que la argumentación se superponga y se empleen unas justificaciones junto a otras: *vid.* M. Eroglu, *Multinational Enterprises and Tort Liabilities*, Edward Elgar, 2008, pp. 151-153; o M. Fuentes Naharro, *op. cit.*, p. 484, presentando la invocación de conceptos como el de "alter ego" o "agente" como variaciones sobre la teoría del levantamiento del velo.

¹⁰⁵ Para los casos en que los vínculos entre las sociedades son contractuales, y no societarios, *vid.* P.T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2007, pp. 316-317. M. Koebele, *op. cit.*, pp. 300-302, pone como ejemplo el caso *Sinaltrail v. Coca-Cola Co*, 578 F.3d 125 (11th Cir. 2009), planteado bajo el ATCA, en el que no prosperó la argumentación de los demandantes.

fragio de un petrolero¹⁰⁶; o en India, en *Bophal*, caso de escape de gas letal en una fábrica de productos químicos¹⁰⁷. Su proyección a casos de responsabilidad por violaciones de derechos humanos fue examinada en *Bowoto v. Chevron*, a los efectos de determinar si Chevron Texaco Corp. podía ser responsabilizada de los actos de la nigeriana Chevron Nigeria Ltd., en un caso de violaciones de derechos humanos perpetradas por personal del ejército de Nigeria con el respaldo de Chevron Nigeria Ltd¹⁰⁸. El tribunal rechazó llevar a cabo el levantamiento del velo; los demandantes no consiguieron demostrar la injusticia resultante de mantener la separación entre las entidades. En realidad, el levantamiento del velo es contemplado con escepticismo por la doctrina: la práctica judicial sobre las condiciones en que procede es confusa (o directamente inexistente¹⁰⁹), lo que la convierte en impredecible. Pesa una gran incertidumbre acerca del elemento básico que debe concurrir, que es el ejercicio de control de la sociedad madre sobre la filial. La atribución de responsabilidad a la sociedad madre va a depender de cierto grado de control sobre la filial, pero no hay unanimidad sobre cuál debe ser ese grado, y en cualquier caso, su demostración implica difíciles cuestiones fácticas (más, cuando la estructura del grupo no es vertical; o si los vínculos entre los distintos miembros no se forjan sobre fórmulas de Derecho societario, sino contractuales)¹¹⁰. Finalmente, en la medida en que la comunicación de responsabilidad de la filial a la empresa madre dependa del control ejercitado por ella, el levantamiento del velo puede tener por consecuencia desincentivar el ejercicio de dicho control¹¹¹.

54. Una segunda construcción busca identificar una participación directa de la matriz en el hecho dañoso a partir de la noción de “agencia”: la filial habría actuado como agente de la sociedad matriz¹¹². El recurso a la idea de agencia parece ser el resultado de la imposibilidad de establecer los elementos para el levanta-

¹⁰⁶ Un resumen del razonamiento del Tribunal puede encontrarse en T. Scovazzi, “Amoco Cadiz”, en *La práctica internacional en materia de responsabilidad por accidentes industriales catastróficos*, Valencia, 2005, pp. 23–39, esp. pp. 23–27.

¹⁰⁷ *In Re Union Carbide Corporation Gas Plant Disaster at Bophal*, 634 F Supp 842 (SDNY 1986).

¹⁰⁸ 312 F. Supp. 2d 1229 (ND Cal 2004); M. Koebele, *op. cit.*, pp. 285–291.

¹⁰⁹ En principio cabe pensar en trasladar a este ámbito la práctica existente en materia de levantamiento del velo cuando se pretende la responsabilidad de la empresa madre por deudas de la filial (así, N. Jägers y M.J. van der Heijden, pp. 841–842). No obstante, incluso salvadas las diferencias que puedan resultar de las diferentes materias, lo cierto es que también en este campo la incertidumbre es el rasgo característico.

¹¹⁰ S. Joseph, *op. cit.*, pp. 129–132; P.T. Muchlinski, *loc. cit.*, 2007, pp. 313–316; M. Eroglu, *op. cit.*, pp. 144–158.

¹¹¹ O. de Schutter, “Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations”, Background paper of a seminar organized in Brussels, 3–4 November 2006, p. 42. Cobra sentido por ello la propuesta de F. Gregor y H. Ellis, que no se fija en el control que se lleva a cabo, sino en el “derecho” a ejercerlo.

¹¹² S. Joseph, *op. cit.*, pp. 132–133; M. Eroglu, *op. cit.*, pp. 151–153; M. Koebele, *op. cit.*, pp. 296–300.

tamiento del velo. No obstante, el éxito de la construcción no está exento de dificultades: en primer lugar, hay que demostrar la existencia de un acuerdo de las partes (principal y agente), que establece una relación entre ellas¹¹³. La segunda dificultad radica en que, como en el caso del velo, también aquí es preciso probar un elevado nivel de control de la empresa matriz sobre la filial¹¹⁴. Un ejemplo (sin éxito) de la práctica de EE UU bajo el ATCA es nuevamente *Bowoto v. Chevron*, citado en el apartado anterior. El argumento fue también considerado en *In re South African Apartheid Litigation*¹¹⁵, donde se admitió, aunque sólo respecto a un grupo de demandantes (los *Nsebetza*), que fueron capaces de demostrar la existencia de relaciones continuadas entre la compañía madre y la filial de Sudáfrica; el envío desde aquella de personal y directivos, así como de productos que la filial se limitaba a distribuir.

55. A partir de la aceptación de que las entidades en juego son distintas se defiende que la matriz podría ser responsabilizada demostrando que actuó en conjunción con la filial: como *joint tortfeasor*; o como instigador (por *aiding and abetting*)¹¹⁶. También entran aquí los casos en los cuales la sociedad matriz ha sido demandada por las repercusiones sobre los derechos humanos de las actividades de sus filiales, o de sus socios en una *joint venture*, al colaborar con gobiernos que habrían cometido violaciones de derechos humanos tales como tortura, genocidio, crímenes de guerra, esclavismo; o al beneficiarse de estas actuaciones. Nuevamente es la jurisprudencia de EE UU la que procura ejemplos¹¹⁷. Sucede, sin embargo, que sigue sin estar claro bajo qué circunstancias es posible responsabilizar (o corresponsabilizar) a la entidad privada que realiza actividades en el extranjero por violaciones del Derecho internacional, cometidas por el gobierno local pero vinculadas de alguna forma al negocio de la entidad. En realidad, ni siquiera es pacífico cuál es el cuerpo jurídico (¿el Derecho internacional; el Derecho doméstico sobre la responsabilidad civil y el hecho de otro?) a consultar para responder a tal cuestión¹¹⁸. En la práctica se identifica la proyección de estándares propios del Derecho penal internacional: así, en *Doe v. Unocal*¹¹⁹, en el que los demandantes alegaron que Unocal había contratado los servicios del ejército de Burma para proteger el gasoducto de Yadana, configu-

¹¹³ Se admite que el acuerdo no sea explícito; y que no preceda a la actuación del agente, sino que recaiga con posterioridad, en forma de ratificación.

¹¹⁴ S. Joseph, *op. cit.*, pp. 132–133; M. Eroglu, *op. cit.*, p. 153.

¹¹⁵ *In re South African Apartheid Litigation*, 617 F. Supp. 2d 228 (S.D.N.Y. 2009).

¹¹⁶ S. Joseph, *op. cit.*, pp. 134–135; P.T. Muchlinski, *loc. cit.*, 2007, pp. 310–311; R. Mares, *The Dynamics of Corporate Social Responsibilities*, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 230–243.

¹¹⁷ *Supra*, npp. n^{os} 6, 8, 9.

¹¹⁸ R. Mares, *op. cit.*, p. 232, citando la opinión del juez Reinhardt en *Doe v. Unocal*; K. Gallagher, *loc. cit.*, pp. 761–766.

¹¹⁹ 248 F.3d 915 (9th Cir. 2000).

rando de este modo una empresa conjunta para la construcción de la tubería; y que conocía el riesgo de que se cometieran violaciones de derechos humanos, y el hecho mismo de que se estaban cometiendo. El Tribunal juzgó la conducta de Unocal conforme al estándar de *aiding and abetting* (instigar o secundar un delito), basándose en precedentes de tribunales de la segunda Guerra Mundial, y de los Tribunales Penales Internacionales para Yugoslavia y Ruanda. No obstante, la opinión conforme a la cual los elementos que cualifican la conducta de la sociedad deben ser buscados en el derecho doméstico se encuentra en otros supuestos: así, en *Doe v. Exxon Mobil Corp.*¹²⁰ se rechazó la interpretación anterior como una innovación apta para provocar consecuencias colaterales indeseables y repercusiones en materia de política exterior. Finalmente, en *Khulumani v. Barclay's Nat'l Bank*¹²¹, a propósito de la responsabilidad civil de empresas que habrían colaborado con el gobierno sudafricano durante el Apartheid en la década de los 90, cada uno de los tres miembros del tribunal alcanzó una conclusión diferente al respecto de la misma cuestión. Sea como fuere, la discusión quedará vacía de contenido si se expande la solución de 17 de septiembre de 2010 del *Second Circuit* en *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co*¹²².

56. Una posibilidad diferente a las anteriores es la que se basa en la *enterprise doctrine* o *enterprise economic integration*, en la que se deduce la responsabilidad de la matriz por el hecho de la integración económica entre ella y la filial¹²³. La teoría propone la eliminación del principio de responsabilidad limitada en el seno de los grupos de sociedades a partir de la idea de que la dirección unitaria y la integración unitaria hacen del grupo una única empresa¹²⁴, una “*distinct form of business association*”, abriendo el camino “a la evolución de un régimen jurídico especializado más allá del paradigma de la responsabilidad limitada de la sociedad por acciones”¹²⁵. En este contexto se cita el art. 10 del Proyecto argentino de Código de Derecho Internacional Privado, en su versión de 1985, conforme al cual “*Multinational enterprises, such as conglomerates or holding companies, operating within the jurisdiction of several countries, despite the pluralistic nature of their legal personality, shall be considered economic units, and their activities shall be evaluated in the light of economic realities (...)*”¹²⁶.

¹²⁰ 393 F.Supp. 2d 20 (D.D.C. 2005).

¹²¹ 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007).

¹²² *Supra* nº 11.

¹²³ P.T. Muchlinski, *loc. cit.*, 2007, p. 317.

¹²⁴ M. Fuentes Naharro, *op. cit.*, p. 468, señalando la proximidad entre este enfoque y el adoptado en España por el TS, en la Sala de lo Social.

¹²⁵ P.T. Muchlinski, *loc. cit.*, 2007, p. 317. Por lo que respecta a la UE, ninguno de los ordenamientos examinados para el *Study on the Legal Framework...*, reconoce explícitamente el concepto (*vid. par. 190*).

¹²⁶ Citado por P.T. Muchlinski, *loc. cit.*, p. 319, y reproducido en p. 148; S. Joseph, p. 140.

57. En el marco de la teoría de la “*enterprise entity*” también se hace referencia al caso *Bophal*, en el que el Gobierno indio expuso la tesis de la “sociedad transnacional monolítica”, conforme a la cual en una sociedad transnacional, como en un mismo bloque de piedra, no se pueden distinguir componentes individuales; por esta razón las víctimas pueden reclamar indemnización a la sociedad matriz¹²⁷. Cabe añadir que en el ámbito de las demandas por violaciones de derechos humanos bajo el ATCA la tesis fue valorada en *Bowoto v. Chevron*, para ser rechazada por ausencia de precedentes¹²⁸.

B) Ejercicio extraterritorial de la jurisdicción

58. La segunda dificultad con que tropieza la *civil human rights litigation* en EE UU –previsiblemente, también en países europeos– en relación con actuaciones materializadas en otros países, tiene que ver con los límites a la extensión de la jurisdicción a actos que ocurren o tienen efecto fuera del territorio, protagonizados por actores que eventualmente también serán extranjeros.

59. El ejercicio extraterritorial de la jurisdicción que se produce en EE UU de la mano del ATCA ha sido calificado por la doctrina de “unintended consequence”, por cuanto no resulta de una estrategia concebida a propósito, sino más bien del “*inventive use by victims of certain legislations, whose primary aim was not necessarily to establish a form of extraterritorial jurisdiction*”¹²⁹. Ni esta idea, ni las dificultades con de hecho tropiezan las demandas al amparo del ATCA y su escaso éxito real, han frenado las críticas. Ciertamente, en EE UU la mayoría de los tribunales parece aceptar que pueden ejercer una jurisdicción civil con el amplio alcance del ATCA; al menos no se preguntan por su legalidad a la luz del Derecho internacional. En los poco supuestos en los que la cuestión ha sido objeto de consideración específica, los jueces han afirmado sin más que están ejercitando jurisdicción universal, que (según ellos) está permitida en acciones penales y civiles. Como apoyo se acude al *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, conforme al cual “*In general, jurisdiction on the basis of universal interests has been exercised in the form of criminal law, but international law does not preclude the application of non –criminal law on this basis, for example, by providing a remedy in tort or restitution for victims of piracy*”¹³⁰.

¹²⁷ T. Scovazzi, “Bophal”, en *La práctica internacional en materia de responsabilidad* ..., pp. 95–111, esp. p. 104; P.T. Muchlinski, *loc. cit.*, 2007, p. 319. S. Joseph, *op. cit.*, p. 141, cita también el caso del *Amoco Cadiz*.

¹²⁸ M. Koebele, *op. cit.*, pp. 295–296.

¹²⁹ O. de Schutter, *loc. cit.*, 2006, p. 6.

¹³⁰ A. Roberts, “The ATS and TVPA in Comparative Perspective”, Public Policy Roundtable – The Alien Tort Statute And U.S. Enforcement of Foreign Judgments, 29–30 abril 2010, p. 10.

60. La opinión reproducida no es compartida por otros países. Valga como ejemplo de la posición más extrema la expresada por el Presidente de Sudáfrica en 2003 a propósito del caso *Khulumani et al v Barclays Bank*: es “completely unacceptable that matters that are central to the future of our country should be adjudicated in foreign courts that bear no responsibility for the well-being of our country and the observance of the perspective contained in our constitution of the promotion of national reconciliation”¹³¹. En la misma línea van las opiniones de Australia, Suiza y el Reino Unido, remitida a la *Supreme Court* a propósito del caso *Sosa v. Alvarez Machain* en forma de *amicus curiae*, advirtiendo de los riesgos de un ejercicio tan amplio de la jurisdicción, calificándola de “*inconsistent with international law and the practice of other nations (...) as international law does not (...) recognize universal civil jurisdiction for any category of cases at all, unless the relevant states have consent to it in a treaty or it has been accepted in customary international law*”, y añadiendo que “*The Governments are concerned that an expansive reading of jurisdiction by one country will undermine the policy choices made by other sovereign nations with regard to proper vindication of rights and redress of wrongs*”¹³².

61. En este contexto de crítica al ATCA es interesante señalar la observación doctrinal que apunta que sólo pocos Estados *se oponen* al ejercicio de una *universal tort jurisdiction*; el mismo autor recuerda la opinión europea que, aunque prefiere los instrumentos de Derecho penal para abordar las violaciones de derechos humanos, hasta el momento se ha limitado a recomendar a EE UU que sea razonable cuando afirme su competencia¹³³. Efectivamente, la *amicus curiae* de la Comisión Europea al caso *Sosa v. Alvarez Machain* no atacaba directamente el ATCA: en su lugar conminaba a EE UU a aplicar el Derecho internacional de forma rigurosa a la hora de determinar la conducta que da lugar a la violación del Derecho de las naciones, y los actores que pueden ser sujetos de la responsabilidad¹³⁴. Sea como fuere, los tribunales de EE UU practican la restricción en la *civil human rights litigation*, y los procesos no suelen superar las fases iniciales¹³⁵.

62. Aunque con mayores reservas, las mismas o similares observaciones negativas hechas al ATCA podrían hacerse en relación con Europa y la cobertura

¹³¹ Reproducido por J.A. Zerk, “Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas (A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG’s Special Representative on Business and Human Rights)”, junio 2010, p. 153.

¹³² Puede verse en <http://www.sdshh.com/Alvarez/Sosa Brief Final.pdf>. Todos los *briefs* en relación con el caso se pueden consultar en <http://homepage.ntlworld.com/jksonc/docs/suco-pending.html>.

¹³³ C. Ryngaert, “Universal Tort Jurisdiction over Gross Human Rights Violations”, *Netherlands Yearb. Int’l L.*, 2007, pp. 3–60, esp. p. 5, pp. 31–32.

¹³⁴ *Supra*, ref. en npp. n° 132.

¹³⁵ Lo que no significa que los litigios sean breves, simples, o poco costosos.

jurisdiccional que provee el Reglamento (CE) n° 44/01. Decimos “con reservas”, porque la aplicabilidad de este régimen depende –hoy todavía¹³⁶– de la conexión derivada de la domiciliación del demandado, que provee un anclaje fuerte frente a la acusación de extralimitación territorial; mientras que los contactos exigidos en EE UU para afirmar que hay *personal jurisdiction* pueden ser más relajados¹³⁷. El domicilio de la persona jurídica suele además ser indicativo de su nacionalidad, lo que ayuda a justificar la jurisdicción sobre ella¹³⁸ –si bien tal como lo define (el domicilio) el art. 60 del Reglamento no queda asegurada necesariamente la nacionalidad de un Estado de la UE–. Así las cosas, las mayores dificultades resultarán en realidad de una combinación del criterio de competencia judicial con la ley aplicable, si esta resulta ser también la del *home state*: “*host states may well have serious concerns over the imposition of high regulatory standards by home states in the field of labour laws, health and safety regulations, and environmental law, on the grounds that these standards deter inward and slow economic growth*”¹³⁹. En todo caso, las dudas persisten en cuanto a criterios de competencia residuales que hemos visto con anterioridad, como la conexidad entre demandas con independencia del domicilio del demandado¹⁴⁰. Por este mismo motivo también pueden quedar en entredicho las propuestas *de lege ferenda* analizadas en los n°s 37 ss; con la excepción probablemente del foro de necesidad, criterio de competencia avalado por legislaciones de Dipr en vigor, y cuya legitimidad, en principio, no se discute (si bien ello dependerá de su amplitud).

63. Indudablemente, el enjuiciamiento en Europa o en EE UU de los actos de una empresa vinculada al territorio, cuyos efectos se perciben fuera de él, resultará más sencillos en la medida en que el proceso derive de la falta a una obligación a realizar en el propio territorio¹⁴¹: así es si lo que se valora es la negligencia de la entidad domiciliada en él, que ha fallado a su deber de cuidado. Desde la perspectiva de la delimitación de las esferas de actuación respectivas de cada Estado tal solución parece sólida: se apoya en un nexo territorial entre la jurisdicción y el caso que pone coto a la acusación de potencial injerencia en la soberanía de otro Estado. En realidad, podría sostenerse que en estas circunstancias

¹³⁶ Recuérdese que se está estudiando la modificación del Reglamento.

¹³⁷ *Supra* n° 16 ss.

¹³⁸ Como recuerdan J. Wouters y C. Ryngaert, “Litigation for Overseas Corporate Human Rights Abuses in the European Union; the Challenge of Jurisdiction”, *The Geo. Wash. Int’l L. Rev.*, 2008, pp. 938–975, esp. p. 954, en sus manifestaciones en *amicus curiae* en el caso *Sosa v. Alvarez Machain* los países europeos se cuidaron de criticar el principio de nacionalidad.

¹³⁹ J. Wouters y C. Ryngaert, *loc. cit.*, p. 953.

¹⁴⁰ *Supra*, n° 35.

¹⁴¹ En el mismo sentido, en el ámbito de la protección al medio ambiente, T. Morimoto, “Growing Industrialization and our Damaged Planet. The Extraterritorial Application of Developed countries’ Domestic Environmental Laws to Transnational Corporations Abroad”, *Utrecht L. Rev.*, 2005, pp. 134–159, esp. pp. 149–150; J. Wouters y C. Ryngaert, *loc. cit.*, p. 956.

no hay en realidad ningún ejercicio extraterritorial de jurisdicción; pero no cabe negar las implicaciones que puede tener más allá del territorio –por ejemplo, en términos de cuáles son los remedios que se ofrece a los damnificados¹⁴²–. Por otra parte, el daño propiamente dicho se experimentará todavía fuera del foro. Es por esto por lo que, empleando la terminología del Representante especial de NU J. Ruggie¹⁴³, se ha dicho que estamos ante “una medida doméstica de efecto extraterritorial¹⁴⁴”. Como paliativo se ha propuesto interpretar lo que sea el “deber de cuidado” a la luz del Derecho internacional¹⁴⁵.

64. Mayores suspicacias suscitan las construcciones que buscan alcanzar a la empresa madre a través de la imputación de la actividad de sus filiales en el extranjero –se estima, en consecuencia, que la responsabilidad corresponde en primer término a estas¹⁴⁶–. El ejercicio de jurisdicción superando los límites territoriales en este caso podría quedar justificado a la luz del Derecho internacional sobre la base de que el Estado no pretende un interés propio y singular, sino la protección de un bien reconocido como tal por la comunidad internacional. Una idea, sin embargo, aún muy lejos de ser aceptada con carácter general.

IV. El *forum non conveniens* en la civil litigation for human rights violations

1. Introducción

65. La doctrina de *forum non conveniens*, típicamente anglosajona, tiene como objetivo teórico que el litigio se desarrolle ante el foro más apropiado. Sin embargo, en la práctica las razones habituales de la moción son obligar al demandante a replantear el litigio en otra jurisdicción, cuyas leyes procesales y/o materiales favorezcan al demandado; conseguir que retire la demanda; que se resuelva por vía extrajudicial; o dilatar el proceso.

66. La primera respuesta de los demandados en litigios sobre responsabilidad civil por abusos de los derechos humanos –y, en general, en toda la *transnational tort litigation*– es una “*motion to dismiss on grounds of forum non conveniens*”; la doctrina es además un vehículo comúnmente utilizado por la judicatura para repeler las demandas ajenas al foro¹⁴⁷. Así se comprende el interés por la institución en materia de *human rights claims*. La teoría ha experimentado en los últimos tiempos una importancia creciente en materia de litigios societarios, como consecuen-

¹⁴² J.A. Zerk, *loc. cit.*, pp. 145 y 164.

¹⁴³ *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, doc. A/HRC/14/27, de 9 de abril de 2010, n° 49.

¹⁴⁴ J.A. Zerk, *loc. cit.*, p. 145.

¹⁴⁵ J. Wouters y C. Ryngaert, *loc. cit.*, pp. 958–959.

¹⁴⁶ O. de Schutter, *loc. cit.*, 2006, p. 43.

¹⁴⁷ C.B. Robertson, *loc. cit.*, p. 1092.

cia directa de la globalización económica y la expansión de las multinacionales. Los casos de violaciones de derechos humanos contra empresas ubicadas en países desarrollados son, al lado de los que las responsabilizan de catástrofes ecológicas y contra la salud causados en otros territorios, un ejemplo ya típico de la defensa articulada sobre la base de que hay otra jurisdicción más conveniente en el Estado donde se halla la filial, que es donde ha tenido lugar el hecho dañoso en sentido material. Para estas demandas, en 2002 un autor afirmó que “*forum non conveniens* has prove [n] to be an insuperable obstacle to American trial in every case”¹⁴⁸. Doctrina más reciente cree que es posible apuntar algún cambio¹⁴⁹. En este sentido la pregunta que hay que hacerse es si en estas demandas el argumento de “inconveniencia” es valorado, o debe ser valorado, conforme a los criterios tradicionales, sin atención especial a la implicación de derechos humanos como objeto del litigio; o si el objeto del litigio merece una consideración especial¹⁵⁰.

2. EE UU

67. Expuesta de forma resumida, la doctrina de *forum non conveniens* en EE UU¹⁵¹ supone que el juez al que se dirige el demandante se inhiba – a veces, con previa suspensión del procedimiento nacional de forma interina – por considerar que existe otra jurisdicción mejor colocada para resolver, una vez se ha demostrado que existe un foro asequible y adecuado (*available and adequate*), y tras la ponderación de una serie de factores: unos de naturaleza privada, que atañen a las partes; y otros de interés público, relativos al propio tribunal y a la sociedad. La decisión es en todo caso discrecional; las posibilidades de revocación, limitadas.

¹⁴⁸ Ph. Blumberg, “Asserting Human Rights Against Multinational Corporations under United States Law: Conceptual and Procedural Problems”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 50, 2002, pp. 493–529, esp. p. 505.

¹⁴⁹ S. Joseph, *op. cit.*, p. 98; M. Koebele, *op. cit.*, p. 344.

¹⁵⁰ La literatura sobre este aspecto es mucha; en España *vid.* el reciente trabajo de M. Herranz Ballesteros, *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Valencia, 2011, cap. II. Contemplando la doctrina en su relación con las demandas que estudiamos, M. Requejo Isidro, n° 202 ss, con apoyo en Ph. Blumberg, *loc. cit.*, pp. 501–526; H. Muir Watt, “Privatisation du contentieux des droits de l’homme et vocation universelle du juge américain: réflexions à partir des actions en justice des victimes de l’holocauste devant les tribunaux des États-Unis”, *Rev. int. dr. comp.*, 2003, pp. 883–901, esp. pp. 896–899; M. Koebele, *op. cit.*, pp. 323–345; W.W. Heiser, *loc. cit.*, pp. 611–621. En España, *vid.* F.J. Zamora Cabot, “Casos recientes de aplicación del *Alien Tort Claims Act (ATCA) of 1789* respecto de las corporaciones multinacionales”, *Pacis Artes. Libro Homenaje al Profesor J.D. González Campos*, vol. II, Madrid, 2005, pp. 1837–1855, *passim*.

¹⁵¹ Son *leader cases* *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 US 501 (1947); y *Piper Aircraft Corp. v. Reyno*, 454 US 235 (1981). Para la material específica objeto de estudio M. Koebele se centra en *Gabriel Aschanga Jota v. Texaco*, 157 F.3d 153 (2d Cir. 1998); y *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000). Debe tenerse en cuenta, de todas formas, que la doctrina recibe diferente consideración según el Estado de EE UU; también, que la práctica no es uniforme, de manera que el panorama aparece confuso, y la exposición o puede ser exhaustiva.

68. La condición de existencia de una jurisdicción alternativa disponible implica que no prosperará la solicitud del demandado si con ello el actor queda privado de todo foro: por ejemplo, si en la jurisdicción presentada como alternativa no se reconoce al demandante la posibilidad de entablar el proceso por falta de capacidad procesal. La decisión afirmativa sobre *forum non conveniens* puede otorgarse sujeta a compromisos por parte del demandado que aseguren el acceso al otro foro: por ejemplo, la promesa de someterse a la jurisdicción alternativa, renunciar a la prescripción de la acción, aceptar la notificación en el extranjero, o cumplir voluntariamente la sentencia que allí se imponga.

69. Además de accesibles, los tribunales que son presentados como más convenientes deben ser adecuados. En este sentido no suelen atenderse las alegaciones relativas a diferencias en la legislación procesal –sobre revelación de pruebas, juicio por jurado, tiempo de los procesos...– o material –el Derecho aplicable–. Sí han prosperado, aunque excepcionalmente, argumentos relacionados con la independencia o imparcialidad del sistema judicial, u otros fácticos, sobre el peligro para la vida del demandante en caso de volver al Estado de la jurisdicción alternativa; o si este está en guerra, o se demuestra que será imposible, por razones de la política económica vigente, sacar del país el producto de la condena obtenida.

70. Entre los elementos de interés privado que se valoran en EE UU se incluyen: el grado de dificultad de acceso a las pruebas (medido según los recursos del demandado); el coste de las deposiciones de testigos voluntarios, y las posibilidades que el ordenamiento del foro alternativo ofrece para obligar a testificar a los que se resisten; acceso a los lugares relevantes, y otros problemas de tipo práctico que determinan que el juicio sea fácil, rápido, y poco costoso, o lo contrario; en ocasiones también se tiene en cuenta la ejecutabilidad de una futura sentencia. Los lazos del demandante con el foro revisten particular importancia: merece mayor deferencia el actor que es nacional o residente en EE UU; en caso de que los actores sean varios se toma en cuenta el dato aunque sólo afecte a uno o algunos de ellos.

71. Factores públicos son los que tienen que ver con la administración de la justicia: la congestión de los propios tribunales por el exceso de casos; las cargas económicas resultantes del funcionamiento de los Tribunales, que pesan sobre la comunidad nacional; la coincidencia *forum-ius*; el interés del Estado alternativo en juzgar él mismo sobre los hechos; evitar la pluralidad de procesos simultáneos.

72. Estudios sobre *human rights litigation* han sostenido que la decisión del juez estadounidense de desentenderse del caso porque existe otro foro en mejor situación para conocer ha determinado, simplemente, el fin del litigio¹⁵². Esta

¹⁵² Ph. Blumberg, *loc. cit.*, p. 509.

realidad ha provocado una reacción doctrinal que argumenta la necesidad de adaptar los estándares a la realidad de las demandas sobre derechos humanos¹⁵³ (o incluso, la abolición de la excepción¹⁵⁴). Así, por lo que se refiere al carácter adecuado del foro alternativo, se dice que debe examinarse con especial cuidado la posibilidad real de los demandantes de volver al Estado de origen sin temor a represalias. Desde el punto de vista de los elementos privados a considerar, en las demandas amparadas en el ATCA no tiene excesivo sentido considerar el criterio del nexo del demandante con los EE UU, dado que la propia ley exige que se trate de extranjeros. También se señala como elemento que requiere especial atención el de los recursos del demandante: si en la jurisdicción alternativa tendrá o no derecho a asistencia jurídica gratuita, o una representación pro bono. Finalmente, dentro de los factores de interés público se apunta hacia la antinomia entre la política legislativa subyacente a determinados *statutes* (ATCA y la TVPA), y la doctrina de *forum non conveniens*: no tiene sentido adoptar leyes que abren un foro a demandantes no nacionales, encauzando la preocupación de EE UU por el respeto de los derechos humanos en el extranjero, y cerrar luego ese foro por la vía de un expediente procesal. Merece la pena señalar que la idea tiene eco en otros países, como Canadá, donde el Bill C-354 restringe el *stay of proceedings* a casos excepcionales:

*“Despite any other provision of this or any Act, the Federal Court of Appeal or the Federal Court shall not stay proceedings in any case referred to in section 25.1 unless the defendant clearly, cogently and convincingly establishes the following: (a) the Federal Court of Appeal or the Federal Court, as the case may be, is not a suitable forum in which to decide the case; (b) a more appropriate forum is available that will fairly and effectively provide a final and binding decision; (c) the more appropriate forum will likely provide a final and binding decision in a timely and efficient manner; and (d) the interests of justice adamantly require that a stay of proceedings be granted”*¹⁵⁵.

73. La práctica de EE UU sobre *forum non conveniens* es muy variada en lo que se refiere a los tribunales de distrito, y dada la amplia discrecionalidad con la que operan no cabe deducir principios generales a partir de sus decisiones¹⁵⁶. No obstante, cabe citar opiniones en apoyo de las observaciones precedentes: en la decisión del District Court of Columbia *Doe v. Exxon Mobil Corp.* los demandantes aportaron con éxito pruebas de parcialidad en el foro alternativo, Indone-

¹⁵³ K.L. Boyd, “The Inconvenience of Victims: Abolishing Forum non Conveniens in US Human Rights Litigation”, *Virginia J. Int’l L.*, 1998, pp. 41–88; Ph. Blumberg, *loc. cit.*, pp. 525–526; C. Kessedjian, *loc. cit.*, pp. 165–166; B. Stephens y otros, *loc. cit.*, pp. 395–401.

¹⁵⁴ K.L. Boyd, *op. cit.*, pp. 84–85.

¹⁵⁵ Hablan en cambio de la impermeabilidad de la doctrina a alegaciones relacionadas con derechos humanos *vid.* C. Scott y R. Wai, “Transnational Governance of Corporate Conduct through the Migration of Human Rights Norms: The Potential Contribution of Transnational Private Litigation”, en C. Joerges, I.J. Sand y G. Teubner, *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, 2004, pp. 289–319, esp. pp. 297–303.

¹⁵⁶ S. Joseph, *op. cit.*, pp. 87–88; M. Koebele, *op. cit.*, p. 327.

sia¹⁵⁷. En *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.* el Tribunal de Apelaciones para el *Second Circuit* rechazó la excepción por la imposibilidad de los demandantes de plantear demanda en el país donde han sido víctimas de tortura. En *Gabriel Ashanga Jota y otros v. Texaco Inc.*, un tribunal de apelación planteó por primera vez con carácter general la relación entre ATCA y la doctrina de *forum non conveniens*, y expresó la idea de que la *policy* incorporada en el estatuto, a ponderar como uno de los intereses públicos en juego, reclama una aplicación diferenciada de la excepción (el tribunal instancia, no obstante, volvió a desestimar el caso por razón de *forum non conveniens*)¹⁵⁸. En *Galvis Mujica v. Occidental Petroleum Corp.*¹⁵⁹, se indicó que desestimar la moción de *forum non conveniens* no era preciso demostrar con absoluta certeza el riesgo de daños personales en el foro alternativo.

74. El peso de estos factores como determinante de una inflexión en la doctrina en las acciones relativas a derechos humanos no debe ser sobrevalorado. Resalta la doctrina, por ejemplo, que el argumento que funcionó en *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.* no fue determinante por él solo, y de hecho necesitó el acompañamiento de otros elementos —en particular del vínculo entre el actor y los EE UU— para ser decisivo¹⁶⁰. Por otra parte, el resultado de tomar en cuenta la *policy* subyacente al ATCA será en cualquier caso limitado, porque también lo son los textos: el ATCA sólo contempla ilícitos de Derecho internacional. En este sentido hay que recordar que no es seguro que la ley siga dando cobertura a las demandas contra empresas, ni siquiera por su complicidad con los gobiernos, después de la decisión de 17 de septiembre de 2010 del *Second Circuit* en *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*¹⁶¹. Las acciones podrán seguir interponiéndose en EE UU al amparo del derecho común de la responsabilidad civil: pero entonces el argumento de la *policy* ya no tendrá cabida¹⁶².

3. Europa: el caso inglés

75. Tras la STJ 1 de marzo de 2005, as. C –281/02: *Owusu*, la doctrina de *forum non conveniens* parece excluida en los supuestos cubiertos por el régimen

¹⁵⁷ 393 F.Supp. 2d 20 (D.D.C. 2005).

¹⁵⁸ *Gabriel Ashanga Jota y otros v. Texaco Inc.*, 157 F.3d 153 (2d Cir. 1998). F.J. Zamora Cabot, pp. 1844–1847, ofrece una explicación al trato diferenciado de los casos, basada en la distinta naturaleza de los bienes vulnerados en unos y otros —la vida y la integridad frente al medio ambiente.

¹⁵⁹ 564 F. 3d 1190 (9th Cir. 2009).

¹⁶⁰ M. Koebele, *op. cit.*, p. 343.

¹⁶¹ *Supra* nº 11.

¹⁶² *Vid. Sequihua v. Texaco*, 847 F.Supp. 61 (S.D. Tex. 1994), demanda hermana de *Jota v. Texaco*, pero planteada alegando el derecho común de la responsabilidad. Ello se consideró una diferencia esencial para alcanzar una solución diversa en términos de *forum non conveniens*: M. Koebele, *op. cit.*, p. 338. S. Joseph, p. 88, añade la serie de *ordinary tort claims* planteadas en *EE UU v. Union Carbide y Dow Chemicals*.

comunitario de competencia también en las relaciones con terceros Estados, cuando uno de los demandados tenga domicilio en territorio de la UE¹⁶³. En términos prácticos, lo que esto significa es que al quedar privado el demandado —v.gr., una multinacional con base en Inglaterra— de esta forma de defensa, se acrecentará su interés en convencer de la existencia separada de las integrantes del grupo, y de la independencia en cuanto a las actividades empresariales e industriales de cada una de ellas.

76. Los elementos del *forum non conveniens* en Inglaterra fueron definidos básicamente en *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd*¹⁶⁴. El demandado en Inglaterra debe demostrar que existe otro foro accesible al demandante, significativamente más apropiado que el actual si se consideran tanto el interés de las partes como el de la justicia. El demandante podrá evitar la inhibición del Tribunal inglés si consigue establecer que no obtendrá tutela en aquel lugar (la llamada “excepción de justicia”). En este sentido es insuficiente la alegación de desventajas procesales o materiales (montantes inferiores de las condenas, una fecha de prescripción de la acción más cercana).

77. La doctrina de *forum non conveniens* se ha empleado en el Reino Unido en casos que implican a multinacionales con base en el país, a las que se considera responsables de los daños ocasionados por actividades de filiales en otros territorios, en virtud de su participación (control) en dichas actividades. El ejemplo paradigmático lo aporta la decisión de la *House of Lords* en *Lubbe v. Cape*¹⁶⁵. En el caso, el Tribunal estableció la necesidad de distinguir dos “segmentos” para decidir sobre la excepción de *forum non conveniens*. El primero concernía a las pruebas para decidir sobre la responsabilidad de la empresa ubicada en Inglaterra en relación con la filial, estableciendo su participación real en el control de las operaciones del grupo. La *House of Lords* estimó que previsiblemente la documentación al respecto se encontraba en las oficinas inglesas, lo que hablaba a favor de conocer del caso.

78. El segundo segmento se refería a los daños de los demandantes: origen, diagnósticos, pronóstico, contribución de la víctima a su causa. La localización de estos elementos apoyaba la inhibición del Tribunal inglés a favor de Sudáfrica. La decisión final fue la de seguir conociendo; la clave, la alegación de los actores sobre la desigualdad de armas de demandante y demandado. El dato esencial en la valoración fue el elevado coste del proceso para la parte demandante: ante la imposibilidad de recibir asistencia jurídica en Sudáfrica, los gastos suponían el cierre de facto del acceso al proceso, y por tanto, un *denial of justi-*

¹⁶³ Vid. no obstante otra opinión en *Study of the legal frame...*, p. 70.

¹⁶⁴ [1987] AC 460.

¹⁶⁵ Vid también *Connelly v. RTZ plc.*, [1996] 3 WLR 373.

ce. Ahora bien: la naturaleza de la materia objeto del litigio no tuvo un peso específico en la decisión; en Inglaterra la doctrina de *forum non conveniens* se mantiene apolítica; los Tribunales ingleses rechazan incorporar *public interest* entre los elementos del test. La doctrina se ha manifestado crítica con esta actitud, recordando la adhesión del Reino Unido a las *Guidelines on Multinational Enterprises* de la OCDE, y por tanto, el compromiso de exhortar a las multinacionales que operan en su territorio a observarlas, con independencia de a qué parte del mundo lleven su presencia¹⁶⁶.

V. Conclusión

79. La acción de responsabilidad civil ante los tribunales domésticos es una estrategia posible frente a las violaciones de derechos humanos por parte de corporaciones transnacionales o multinacionales; al menos, a un nivel teórico. El *International Civil Litigation & the interests of the public Committee*, de la *International Law Association*, afirmaba en 2010 que uno de los primeros obstáculos que encuentran las demandas está ligado a la competencia judicial internacional. A primera vista, hay foros alternativos al *locus damni* en EE UU y en Europa; en la práctica, la amplitud de la oferta en vigor es engañosa; en Europa la Propuesta de la Comisión para la revisión del Reglamento (CE) n° 44/01 no mejora sustancialmente el panorama.

80. En su *Report on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises* de 2008¹⁶⁷ J. Ruggie apunta a “*the need for more effective access to remedy*” como uno de los tres principios básicos del marco conceptual “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos”, propuesto para el debate sobre las empresas y los derechos humanos. La realidad es que no es posible afrontar eficazmente el problema del acceso a la justicia sin superar por una parte el aislamiento a efectos legales de los componentes de los grupos societarios, y por otra las reticencias frente a un ejercicio amplio de la jurisdicción. Un control real sobre las empresas multinacionales y transnacionales en materia de derechos humanos requiere de entrada la voluntad política de llevarlo a cabo; y un cierto grado de consenso en la comunidad internacional (un enfoque multilateral) acerca de ese objetivo y de cómo implementarlo.

81. El debate sobre tales extremos es urgente. La casuística sobre *civil litigation for human rights violations* examinada para escribir estas páginas pone de manifiesto que hasta el momento, en el campo de batalla que han sido los tribu-

¹⁶⁶ P. Muchlinski, *loc. cit.*, 2001, 24.

¹⁶⁷ A/HRC/8/5.

nales en EE UU, foro por excelencia, predominan los fracasos¹⁶⁸, o los éxitos relativos: el acuerdo económico que ha puesto fin a las demandas de responsabilidad civil contra grandes empresas transnacionales sólo beneficia a los actores de esa demanda concreta; impide la formación de precedentes sobre el fondo del asunto; su trascendencia mediática es menor (el acuerdo puede ser confidencial); y en general la empresa paga, pero no asume tener responsabilidad. No negamos el valor estratégico de la litigación civil por abusos de los derechos humanos; pero tampoco nos es posible ignorar lo descorazonador de los resultados mayoritarios. Curiosamente, ha sido en un país en desarrollo –Ecuador– donde se ha dado la única clara victoria hasta ahora. En EE UU, mientras tanto, se libra una guerra judicial en torno al ATCA y su aplicabilidad a las empresas, añadiendo incertidumbre a un panorama ya de por sí poco claro. Lo que nos conduce a otro punto: la regulación de los aspectos procesales de las acciones de responsabilidad civil por violaciones de derechos humanos requiere una reacción legislativa; por razones de claridad no es oportuno dejarlo en manos de la inventiva de los particulares, o a expensas de más o menos imaginativas interpretaciones judiciales.

¹⁶⁸ Los argumentos de los demandados ya en el primer estadio de la demanda suelen ser plurales, de forma que lo habitual es que se supere alguno de ellos, pero no todos.

INCIDENCIA DE LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL EN SU RESIDENCIA FISCAL*

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

Profesor titular de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. Atribución de nacionalidad española y residencia fiscal en España. 1. Correspondencia entre normativa societaria y tributaria. 2. Consecuencias fiscales de la elección del ordenamiento de constitución. II. Doble nacionalidad y residencia fiscal en España. 1. Tributación por las rentas obtenidas en España. 2. Tributación por las rentas mundiales. 3. Problemas de aplicación. III. Cambio de nacionalidad y residencia fiscal en España. 1. De la *lex societatis* española a una ley extranjera. 2. De una *lex societatis* extranjera a la ley española. IV. Conclusiones.

RESUMEN: *Las normas tributarias sobre residencia fiscal en España y las normas sobre nacionalidad española de las sociedades de capital son coherentes entre sí, al basarse ambas en la constitución de la sociedad conforme a la ley española y su domiciliación en territorio español. Sin embargo, las normas tributarias guardan silencio respecto de algunas situaciones de doble nacionalidad y de cambio de nacionalidad.*

PALABRAS CLAVE: SOCIEDADES DE CAPITAL – NACIONALIDAD–RESIDENCIA FISCAL – DOBLE NACIONALIDAD – CAMBIO DE NACIONALIDAD – DOMICILIO SOCIAL – ADMINISTRACIÓN CENTRAL – PRINCIPAL ESTABLECIMIENTO.

ABSTRACT: *Rules on tax residence in Spain and rules on Spanish Nationality in respect of corporate enterprises are consistent because they are both based on the incorporation under the Spanish Law and the placement of the registered office in Spain. Nevertheless, tax rules are silent on certain issues of dual nationality and change of nationality.*

KEYWORDS: CORPORATE ENTERPRISES –NATIONALITY–TAX RESIDENCE – DUAL NATIONALITY – CHANGE OF NATIONALITY – REGISTERED OFFICE–CENTRAL ADMINISTRATION –MAIN BUSINESS ESTABLISHMENT.

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto Nacional de Investigación “DER 2009/09039: Interacción entre la autonomía de la voluntad y la protección de los intereses generales en la regulación de la actividad internacional de las sociedades”, del que es investigador principal el Dr. R. Arenas García, catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Barcelona.

I. Atribución de nacionalidad española y residencia fiscal en España

1. Correspondencia entre normativa societaria y tributaria

1. Los criterios utilizados por la normativa tributaria para determinar la residencia en España son en principio coincidentes con los atributivos de nacionalidad propios del Derecho societario, especialmente, en el ámbito de las sociedades de capital¹. Así, la Ley del impuesto sobre sociedades² considera residente en España, y por tanto obligada a tributar por las rentas mundiales y no sólo por las obtenidas en España³, a toda entidad que se haya constituido conforme a las leyes españolas [art. 8.1º.a)] o que tenga su domicilio social en territorio español [art. 8.1º.b)]. Estas conexiones, domiciliación y constitución, coinciden básicamente con las previstas por la Ley de Sociedades de Capital (LSC)⁴, cuando dispone que las sociedades con domicilio social en España son españolas⁵ y tienen obligación de constituirse conforme a la ley española (art. 8)⁶. En este sentido, el concepto de domicilio social es el mismo que el utilizado por la normativa fiscal y se refiere al domicilio que los socios hacen constar en los estatutos de la sociedad⁷.

¹ *Vid.*, en este sentido, C. Palao Taboada, “El domicilio fiscal de las personas jurídicas”, en J. A. Martínez de Pisón, M. A. Collado Yurrita y J. Zorzona Pérez (dirs.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a A. Rodríguez Bereijo*, t. I, Cizur Menor, Aranzadi/Thomson Reuters, 2010, pp. 1093–1130, esp. pp. 1107–1110.

² Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (BOE, 11–III–2004, rect. 25–III–2004).

³ *Vid.* R. Arenas García, “Sociedades”, en J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P. A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª ed., Madrid, Iustel, 2011, pp. 175–250, esp. pp. 205–207.

⁴ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (BOE, 3–VII–2010, rect., *ibid.*, nº 210, 30–VIII–2010). Esta Ley no ha alterado sustancialmente el régimen de la nacionalidad de las sociedades de capital pero sí ha procedido a una mejor sistematización y ordenación de las normas, *vid.* A. Espiniella Menéndez, “Art. 8. Nacionalidad”, en A. Rojo y E. Beltrán (dirs.), *Comentarios a la Ley de sociedades de capital*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2011, en prensa.

⁵ *Vid.* F. Sánchez Calero, “La nacionalidad de la sociedad anónima”, *RdS*, nº 1, 1993–1, pp. 45–60, esp. pp. 45–48, respecto de la relevancia del domicilio social como criterio atributivo de nacionalidad.

⁶ *Vid.* A. L. Calvo Caravaca, “Art. 9. Apartado 11”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 479–525, esp. p. 489, señalando que la expresión “se regirán por la presente Ley”, utilizada en la anterior normativa y seguida por la actual, equivale a la obligación de constituirse conforme al Derecho español. En parecido sentido, *vid.* F. Esteban de la Rosa, “Nacionalidad de las sociedades mercantiles”, en J. C. Fernández Rozas (ed.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 222–232, esp. p. 224.

⁷ *Vid.* M. Olivencia Ruiz y P. L. Núñez Lozano, “Art. 5. Nacionalidad”, en R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. III, vol. 1º a), Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2007, pp. 305–433, esp. pp. 330–337.

2. Esta correspondencia inicial entre normativa societaria y tributaria no ocultaría ciertos hechos llamativos. De un lado, existe una relativa confusión entre nacionalidad y residencia fiscal⁸ desde el momento en el que la mera atribución de la nacionalidad española ya es motivo suficiente para entender que la sociedad “reside” en España⁹. Además, se aprecia cierta pérdida de relevancia de los conceptos de nacionalidad española y de residencia en España a medida que éstos interfieren con el Derecho europeo¹⁰.

Bastará observar, así, que el concepto de nacionalidad estatal de las sociedades y de ordenamiento jurídico estatal de constitución desaparece en el marco de las personas jurídicas europeas y, en particular, en el ámbito de la sociedad anónima europea, dado su carácter transnacional y su sometimiento al Derecho europeo¹¹. Por ello, la constitución conforme a la ley española no es un criterio de residencia fiscal operativo para las sociedades anónimas europeas. Sí lo sería la presencia en España del domicilio social o de la sede de dirección efectiva [arts. 8.1º.b) y c) LIS]¹², criterios que previsiblemente coincidirán en un mismo Estado, dado que la normativa europea obliga a la sociedad anónima europea a fijar su domicilio social en el Estado miembro donde se encuentra su administración central [art. 7 Reglamento (CE) nº 2157/2001]¹³. Bien es verdad que una hipotética modificación del Estatuto de la sociedad anónima europea que permitiese a ésta ubicar domicilio social y administración central en Estados miembros distintos aumentaría los riesgos de que varios Estados consideraran a una misma sociedad anónima europea residente en su territorio¹⁴.

⁸ Vid. A. Navarro Faure, *El domicilio tributario*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 32–34; A. Baena Aguilar, *El domicilio tributario en Derecho español*, Pamplona, Aranzadi, 1995, pp. 32–34.

⁹ Sobre el distinto alcance de la nacionalidad en las personas físicas y en las personas jurídicas, vid. E. Pérez Vera, “Art. 9. Apartado 11”, *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., pp. 200–205, esp. pp. 200–201; y M. Olivencia Ruiz y P. L. Núñez Lozano, loc. cit., pp. 309–313. Respecto de las peculiaridades de la residencia de las sociedades, vid. R. Couzin, *Corporate Residence and International Taxation*, Ámsterdam, International Bureau of Fiscal Documentation, 2002, pp. 40–41.

¹⁰ Sobre la superación de los sistemas contruidos sobre la nacionalidad, vid. J.C. Fernández Rozas, “Balance y perspectivas de los sistemas de determinación de la *lex societatis*”, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor F. Sánchez Calero*, vol. I, Madrid, McGraw Hill, 2002, pp. 197–214, esp. pp. 210–211.

¹¹ Reglamento (CE) del Consejo nº 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la sociedad anónima europea (SE), DO nº L 294 de 10–11–2001.

¹² Al igual que juegan para los tipos societarios nacionales, vid. F. Blanquet, “European Company Statute”, en F. Dornseifer (ed.), *Corporate Business Forms in Europe*, pp. 1–10, esp. pp. 8–9.

¹³ Quitando supuestos “anómalos” en los que los conceptos de administración central y sede de dirección no coincidan, fruto de la autonomía de sectores y de fuentes normativas, lo cierto es que existirá cierta correspondencia entre el Derecho societario europeo y el fiscal español. Vid., al respecto, C. Palao Taboada, loc. cit., pp. 1109–1110. Más en general, vid. G. Palao Moreno, *El traslado del domicilio social de la sociedad anónima europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 113 ss.

¹⁴ Vid. el Informe COM(2010) 676, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la sociedad anónima

Al igual que ocurre con la nacionalidad, el concepto de residencia fiscal en un Estado perdería cierta relevancia si en un futuro llegara a buen término la Propuesta europea de una base imponible común consolidada sobre las sociedades¹⁵, que supondría un paso importante en beneficio de la libertad de establecimiento¹⁶. De acuerdo con dicha Propuesta, mientras que el Derecho estatal seguiría definiendo cuándo una sociedad podría ser considerada residente fiscal en su territorio¹⁷, el Derecho europeo determinaría cuando la sociedad tiene su residencia fiscal en la Unión Europea y podría optar de forma voluntaria por esta base imponible europea¹⁸. En particular, la sociedad tendrá su residencia en la Unión Europea si en este territorio tiene su sede estatutaria ("*registered office*") o el lugar de administración efectiva ("*place of effective management*") o si se ha constituido conforme al ordenamiento de un Estado miembro ("*place of incorporation*")¹⁹.

2. Consecuencias fiscales de la elección del ordenamiento de constitución

3. De lo expuesto se deduce que la elección del ordenamiento de constitución por parte de los socios es fundamental para determinar su régimen tributario²⁰, porque muy probablemente la sociedad será considerada residente fiscal en el Estado conforme a cuyo ordenamiento se ha constituido. Sin embargo, aunque se

europea, presentado en Bruselas, el 17 de noviembre de 2010. En él se destaca cómo la separación de domicilio social y administración central ha encontrado ciertas reticencias por parte de los Estados miembros, precisamente por razones fiscales (cf. pp. 8–9).

¹⁵ Conocida por sus siglas en inglés CCCTB (*Common Consolidated Corporate Tax Base*) y que, en el momento de escribirse estas líneas, se trata de una Propuesta de la Comisión Europea [COM(2011) 121/4], presentada el 16 de marzo de 2011. Para una aproximación a ésta y otras figuras similares, vid. F. J. Magraner Moreno, *La coordinación del impuesto sobre sociedades en la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2009, pp. 175–189.

¹⁶ Dicha Propuesta COM(2011) 121/4, *cit.*, ha sido bien recibida, por ejemplo, por la Cámara de Comercio Internacional, vid. "International Chamber of Commerce applauds EU Directive for a Common Consolidated Corporate Tax Base" en <http://www.mchamber.com.mb.ca/2011/03>. De hecho, algunos de los números que maneja la Comisión son demoledores. Así, se calcula que en la actualidad la apertura de una filial en otro Estado miembro supone unos costes fiscales de 140.000 euros para las grandes empresas y de 128.000 euros para las medianas. La Propuesta pretende reducirlos entre un 62% y un 67%.

¹⁷ También podrían beneficiarse de este régimen fiscal los establecimientos permanentes sitos en Estados miembros que pertenezcan a sociedades no residentes en la Unión Europea, cf. el art. 6.2 de la Propuesta COM(2011) 121/4, *cit.*

¹⁸ Vid. la Propuesta COM(2011) 121/4, *cit.*, p. 8, destacando que el sistema propuesto sería una alternativa a los regímenes fiscales de los Estados miembros; de este modo, correspondería a las sociedades optar por el régimen tributario que considerasen más favorable.

¹⁹ Utilizo traducciones no literales, fruto de la necesidad de adaptar estos criterios a ordenamientos de muy variada naturaleza. Junto con cualquiera de estas tres conexiones, es necesario que la sociedad no sea considerada residente en un tercer Estado de conformidad con un acuerdo internacional [art. 6.3º de la Propuesta COM(2011) 121/4, *cit.*].

²⁰ Vid. R. Arenas García, "Sociedades", *loc. cit.*, p. 205, sobre la importancia de que los socios, en el momento de elegir el Derecho de acuerdo con el que se constituirá la sociedad, valoren el Derecho tributario de los Estados vinculados con tal sociedad.

opte por la constitución conforme a una ley extranjera, el Derecho español considera residente a la sociedad extranjera si aquí se halla su sede de dirección efectiva, entendiendo por tal, el lugar desde el que se dirigen y controlan el conjunto de las actividades societarias [art. 8.1º.c) LIS]. En la práctica, esta circunstancia es relevante en un caso tipo, a saber: cuando la sede de dirección efectiva de la sociedad se halle o se vaya a implantar en España y el principal establecimiento o explotación se localice o vaya a localizarse en el extranjero. En tal supuesto, los socios podrán eludir legítimamente el Derecho societario español, pero no la tributación en España por las rentas mundiales.

En efecto, los socios tienen la opción, y no la obligación²¹, de constituir la sociedad conforme al Derecho español, de acuerdo con una lectura conjunta de los arts. 8 y 9 LSC²². Sin embargo, aunque no se ejercite esa opción de constituir la sociedad conforme a la ley española, la sociedad sí rendirá cuentas al Fisco español por la renta mundial²³. A efectos fiscales, será irrelevante, por tanto, la opción de los socios por una nacionalidad distinta a la española²⁴.

II. Doble nacionalidad y residencia fiscal en España

1. *Tributación por las rentas obtenidas en España*

4. La domiciliación y constitución en España implica la consideración de la sociedad como residente fiscal en territorio español, independientemente de que la sociedad también sea considerada nacional de otro Estado²⁵. Sin embargo,

²¹ El Derecho societario español únicamente es imperativo si el principal establecimiento de la sociedad se halla en España (art. 9.2º). *Vid.* esta idea, aunque respecto de la anterior normativa, en A.L. Calvo Caravaca, *loc. cit.*, p. 490. Por su parte, F.J. Garcimartín Alférez parte de una interpretación más restrictiva señalando que la imperatividad del Derecho societario español se restringe a casos de *pseudo-foreign corporations*, *cf. Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Madrid, Editoriales de Derecho reunidas, 2002, pp. 298–311.

²² Si la sede de dirección se halla en España, existe la posibilidad legal de fijar el domicilio social en España (art. 9.1º) y, si esto es así, cabe la posibilidad legal de crear una sociedad española regida por el Derecho español (art. 8).

²³ Los conceptos de centro de dirección y administración, utilizado por la Ley de sociedades de capital, y de sede de dirección efectiva, empleado por la Ley del impuesto sobre sociedades, deberían utilizarse en un sentido más o menos similar. No obstante, la autonomía de los sectores societario y tributario puede originar ciertas diferencias entre dichos conceptos, que, es de desear, sean de matiz.

²⁴ *Vid.* R. Couzin, *op. cit.*, p. 40, destacando que con este tipo de criterios fácticos se pretende precisamente dar menos relevancia al Derecho conforme al que se ha constituido la sociedad. Se trata, en definitiva, de reservar la elección del ordenamiento de constitución para las relaciones entre *insiders* y aplicar determinadas conexiones especiales para las relaciones con *outsiders*, *vid.* F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho de sociedades...*, *op. cit.*, pp. 201 ss.

²⁵ Así sucedería en dos casos tipo: primero, sociedad constituida y domiciliada en España por hallarse aquí su sede de dirección (*ex art.* 9.1º LSC), pero con su principal establecimiento en otro Estado, que, precisamente por ello, le atribuye su nacionalidad; segundo, sociedad constituida y domiciliada España

desde la perspectiva del Derecho español, resulta conflictiva la situación inversa, es decir, sociedad constituida conforme a un Derecho extranjero pero que tiene su principal explotación o establecimiento en España²⁶. En este supuesto, cabe referirse *lato sensu* a un problema de doble nacionalidad patológica²⁷. A la atribuida a la sociedad por el Estado conforme a cuyo ordenamiento se ha constituido, se uniría la atribución anómala de la nacionalidad española. En efecto, el Derecho societario español considera a la sociedad española *de facto*, es decir, no se ha constituido conforme a la ley española pero *debería* haberlo hecho. Así se deduce de la LSC en una interpretación conjunta de los arts. 8 y 9²⁸. El problema es que la normativa tributaria no ha considerado, con carácter general, que la presencia del establecimiento principal en España sea un criterio de residencia fiscal en España.

5. Ante esta situación, se abren dos posibles interpretaciones: primera, tributar por las rentas obtenidas en España al considerar a la sociedad no residente en España; segunda, tributar por las rentas mundiales al calificar a la sociedad como residente.

La primera interpretación sería entender que una sociedad constituida conforme a la ley extranjera, no es residente fiscal en España por el mero hecho de tener en territorio español su principal establecimiento o explotación. Su régimen fiscal, pues, sería el propio de un no residente en España que posee un establecimiento permanente en territorio español. Tributaría, por tanto, sólo por las rentas obtenidas en España a través de dicho establecimiento permanente. Esta interpretación se basaría en cuatro argumentos, siendo el primero de carácter literal, pues el criterio del principal establecimiento o explotación no está recogido como conexión de residencia fiscal, de acuerdo con la Ley del impuesto sobre sociedades. De hecho, la Ley se refiere a sociedades que se “hubieran constituido” conforme a la ley española o que “tengan” su domicilio social en territorio español. Omite, pues, cualquier referencia a las que “debieran” haberse

por hallarse aquí su principal establecimiento (*ex art. 9.2º*), pero con su sede de dirección en otro Estado, que también le atribuye su nacionalidad.

²⁶ Sobre la controvertida noción de “establecimiento principal”, *vid.* A. Rojo, “El establecimiento mercantil. Concepto, clases y elementos”, en R. Uría y A. Menéndez (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2006, pp. 115–133, esp. pp. 119–120, y en el ámbito de la Unión Europea, S. Sánchez Lorenzo, “El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario”, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor F. Sánchez Calero*, vol. I, *op. cit.*, pp. 451–480, esp. pp. 454–456.

²⁷ *Cf.* F. Esteban de la Rosa, “Nacionalidad de las sociedades...”, *loc. cit.*, p. 225. La patología deriva de que el Derecho español le asigna la nacionalidad española pese a que la personalidad jurídica extranjera no va a ser reconocida, *cf.* M. Olivencia Ruiz y P. L. Núñez Lozano, *loc. cit.*, pp. 351–352.

²⁸ Las sociedades con establecimiento principal en España están obligadas a fijar su domicilio en España (art. 9.2º LSC); y, precisamente por ello, serán consideradas españolas (art. 8).

constituido o “debieran” tener su domicilio social en España, es decir, a las que estaban obligadas a domiciliarse o constituirse en España y no lo han hecho²⁹.

En segundo lugar, esta interpretación también se ve reforzada al observar que la Ley del impuesto sobre sociedades sí contempla conexiones parecidas al principal establecimiento respecto de entidades radicadas en países de nula tributación o considerados paraísos fiscales³⁰. Si la Ley del impuesto sobre sociedades ha querido establecer conexiones específicas para entidades radicadas en países de nula tributación o paraísos fiscales, es que esas conexiones específicas no jugarían para el resto de sociedades, radicadas en otros Estados³¹.

Un tercer argumento, éste de carácter sistemático, confirmaría que la presencia en España de la principal explotación no es motivo suficiente para considerar residente a la sociedad. En este sentido, la Ley del impuesto sobre la renta de los no residentes³² tiene normas específicas sobre “establecimientos permanentes” en España y el principal establecimiento es uno de ellos³³. Una sociedad extranjera con principal establecimiento en España sería una entidad no residente con un establecimiento permanente en España³⁴, sometido a la Ley del impuesto

²⁹ Vid. R. Arenas García, “Sociedades”, *loc. cit.*, p. 205.

³⁰ Tales serían los casos de sociedades cuyos activos principales o cuya actividad principal se localice en territorio español. Sin ser exactamente lo mismo que el principal establecimiento, existirá cierta coincidencia entre estas conexiones Vid. C. Palao Taboada, *loc. cit.*, pp. 1101–1103.

³¹ Es más, incluso respecto de entidades radicadas en paraísos fiscales o en países de nula tributación, la presunción de residencia fiscal en España por desarrollar aquí su principal actividad cede si dicha entidad demuestra: primero, que su dirección y gestión efectiva se halla en el paraíso fiscal o en el país de nula tributación; y, segundo, que la constitución y operativa de la entidad responde a “motivos económicos válidos” y “razones empresariales sustantivas distintas de la simple gestión de valores u otros activos” (art. 8.1º *in fine* LIS). Vid., al respecto, B. García Carretero, “La presunción de residencia fiscal introducida por la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal con relación a entidades radicadas en países o territorios de nula tributación o considerados como paraísos fiscales”, *Quincena Fiscal*, nº 12, 2008, pp. 13–33, esp. pp. 19–21.

³² Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes (BOE, 12–III–2004).

³³ Conviene recordar que, en el ámbito de la Unión Europea, estos establecimientos permanentes deben recibir el mismo tratamiento fiscal, independientemente de que la sociedad a la que pertenecen tenga su domicilio en el mismo Estado miembro que el establecimiento permanente o en otro Estado miembro, *vid. la STJ 21 de septiembre de 1999, as. C–307/97: Saint Gobain c. Finanzamt Aachen*.

³⁴ Vid. C. Lete Achirica, *Las entidades no residentes en el impuesto sobre sociedades*, Barcelona, Cedecs, 1997, pp. 42–43, recalando que, según el Convenio modelo de la OCDE, a través de un establecimiento permanente se puede realizar íntegramente toda la actividad societaria, en cuyo caso, estaremos ante una noción muy cercana a la de establecimiento principal. En el mismo sentido, la Propuesta europea COM(2011) 121/4, *cit.*, de creación de una base imponible común consolidada sobre las sociedades (CCCTB) considera que a través de un establecimiento permanente se puede realizar “toda” la actividad empresarial de la sociedad, *cf.* el art. 5 de la Propuesta, *cit.* Bien es verdad que, a la hora de establecer una enumeración ejemplificativa de establecimientos permanentes, no se menciona al establecimiento principal sino a un centro de gestión, una oficina, una fábrica, un taller, una mina o un centro de extracción de recursos energéticos.

sobre la renta de los no residentes y a la tributación por las rentas obtenidas en España³⁵.

Para concluir, cabría referirse a un cuarto argumento, éste de carácter práctico, como es que una interpretación amplia de los criterios de residencia fiscal aumenta los riesgos de doble imposición internacional y, con ellos, los obstáculos a la actividad empresarial internacional³⁶. Ciertamente, cuantos más criterios de residencia se incorporen, más posibilidades existen de que varios Estados consideren a una misma sociedad residente en su territorio y la obliguen a tributar por las mismas rentas.

2. *Tributación por las rentas mundiales*

6. La segunda interpretación, contraria a la anterior, sería entender que son residentes fiscales en España las sociedades de capital extranjeras cuyo establecimiento o explotación principal se halle en España. Se asumiría, por tanto, que la Ley del impuesto sobre sociedades entiende como residente, además de a las sociedades que “se hubieran constituido”, a las que “debieran” haberse constituido conforme a la ley española. Al tiempo, serían residentes, además de las sociedades que “tengan” su domicilio social en territorio español, las que “debieran” tenerlo³⁷.

En mi opinión, aun admitiendo la falta de una normativa y una jurisprudencia claras al respecto, ha de estarse a esta segunda interpretación relativa a que son residentes las sociedades que se hubieran domiciliado o constituido en España o que estuvieran obligadas a ello por una norma española. Parece lógico pensar que la Ley del impuesto sobre sociedades se formula presumiendo el cumplimiento de las leyes. Cuando dicha Ley alude a la constitución y domiciliación en España, se está refiriendo a todas las sociedades que están obligadas a ello. No debe permitirse que el incumplimiento de una norma societaria, la obligada domiciliación y constitución en España encontrándose aquí el principal establecimiento, se “premie” con una ventaja fiscal para el infractor, como es eludir la tributación en España por la renta mundial. Precisamente si la obligación de constituirse y domiciliarse en España presente aquí su principal es-

³⁵ Téngase en cuenta, además, que, como ha destacado F. Sánchez Calero (*loc. cit.*, pp. 52–54), puede ocurrir que la sociedad extranjera haya inscrito erróneamente su principal establecimiento en España como una mera sucursal. En tal caso, no debe olvidarse que el contenido del Registro Mercantil se presume exacto y válido mientras que no se inscriba la declaración de inexactitud o de nulidad de sus asientos.

³⁶ *Vid.* R. Couzin, *op. cit.*, pp. 68 ss; R. Arenas García, “Sociedades”, *loc. cit.*, p. 205. En el ámbito europeo, la coordinación de las políticas tributarias para evitar la doble imposición se antoja clave, *cf.* F. J. Magraner, *op. cit.*, pp. 175–189.

³⁷ En este sentido, C. Palao Taboada destaca que el criterio del domicilio social recogido por la Ley del impuesto sobre sociedades se toma del Derecho societario y que, por tanto, incorpora la sede real de la sociedad, *cf. loc. cit.* p. 1100. *Vid.*, en el mismo sentido, B. García Carretero, *loc. cit.*, pp. 16–17.

tablecimiento (art. 9 LSC) tiene una finalidad anti-elusiva del Derecho español³⁸, dicha finalidad será predicable tanto de la normativa societaria como de la tributaria.

7. En todo caso, la consideración como residentes fiscales de las sociedades con principal establecimiento en España no implica “crear” un nuevo criterio de residencia fiscal, sino interpretar los ya existentes conforme a Derecho y, en particular, los relativos a la domiciliación y constitución [art. 8.1º.a) y b) LIS]. Así, la presencia en España del principal establecimiento o explotación únicamente conlleva la residencia fiscal en territorio español si incorpora la obligación de domiciliación y constitución en España, como ocurre en el caso de las sociedades de capital (art. 9 LSC). Al contrario, el principal establecimiento no juega como criterio de residencia fiscal en España si no incorpora una obligación de constituirse y domiciliarse en España. Esto es lo que sucede precisamente respecto de las sociedades que, en el ámbito de la Unión Europea, se benefician de la libertad de establecimiento. En efecto, la obligación de domiciliarse y constituirse en España cuando aquí se halle la principal explotación no puede exigirse en el espacio europeo. En consecuencia, las sociedades domiciliadas o constituidas en un Estado miembro de la Unión pero con su principal explotación en España no serán consideradas residentes fiscales en territorio español ya que no han incumplido ninguna norma societaria. Como es sabido, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁹, una sociedad válidamente constituida conforme al ordenamiento de un Estado miembro no tiene obligación jurídica alguna de constituirse conforme a la ley del Estado miembro donde tiene su principal explotación, como tampoco de domiciliarse en tal Estado. Si no tiene tal obligación, la Ley del impuesto sobre sociedades no puede considerar a la sociedad residente en España.

Algo similar ocurre con las personas jurídicas europeas, en particular, con la sociedad anónima europea, regidas por el Derecho europeo. Dado que su norma europea de constitución no establece la obligación de domiciliarse allí donde está el principal establecimiento, y que la obligación recogida por la LSC (art. 9.2º) no le es exigible, las sociedades anónimas europeas no serán consideradas residentes fiscales en España por el mero hecho de tener su explotación o establecimiento principal en España.

³⁸ Vid. F. Sánchez Calero, *loc. cit.*, pp. 51–54.

³⁹ STJCE 9 de marzo de 1999, as. C-212/97: *Centros*; 5 de noviembre de 2002, as. C-208/00: *Überseering*; y 30 de septiembre de 2003, as. C-167/01: *Inspire Art*. En la doctrina, *vid.*, por todos, F.J. Garcimartín Alférez, “La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE. Algunas cuestiones del Derecho internacional iluminadas por la Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1999”, *RDM*, nº 232, 1999, pp. 645–686; S. Sánchez Lorenzo, “El Derecho europeo de sociedades y la Sentencia «Centros»”, *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 115–157.

3. Problemas de aplicación

8. Así las cosas, cabe considerar como residente fiscal en España a la sociedad constituida y domiciliada en un tercer Estado no miembro de la Unión pero con su principal explotación en España. Sin embargo, esta conclusión plantea tres problemas de aplicación práctica: primero, el riesgo de calificaciones contradictorias de una sociedad; segundo, el riesgo de aplicar normas societarias y tributarias contradictorias entre sí –aunque se parta de una misma calificación–; y, tercero, un posible aumento de los casos de doble imposición internacional.

En efecto, un primer riesgo es que la sociedad sea objeto de una doble calificación, siendo considerada como una sociedad española irregular desde la perspectiva societaria y como una sociedad de capital extranjera desde la perspectiva tributaria. Ello se debe a que la práctica fiscal no suele recurrir al expediente del reconocimiento de la personalidad jurídica, para determinar el régimen tributario de las rentas de la sociedad. De hecho, son mínimas las alusiones de la jurisprudencia a tal expediente. Más bien se acostumbra a tomar como un “dato” la existencia de una persona jurídica constituida conforme al Derecho extranjero y analizar si puede considerarse o no residente fiscal en España⁴⁰.

Esta práctica fiscal de no plantearse el reconocimiento de la personalidad jurídica extranjera choca con el planteamiento mercantil, de acuerdo con el cual, la personalidad jurídica extranjera no será plenamente reconocida si la sociedad estaba obligada a constituirse conforme al Derecho español. Existirá, pues, una doble calificación de una misma sociedad, que será considerada como una sociedad española irregular desde la perspectiva societaria⁴¹ y como una sociedad

⁴⁰ Probablemente en ello influyan condicionantes prácticos de la administración tributaria, ya que es mucho más fácil probar el carácter irregular de una sociedad española que el de una sociedad constituida conforme al Derecho extranjero. Así, en supuestos internos se puede verificar la irregularidad de la sociedad cuando se constata que no hay inscripción en el Registro. Sin embargo, en el orden internacional, la irregularidad de la sociedad plantea problemas importantes de prueba, porque se debe demostrar que, habiéndose constituido conforme a un Derecho extranjero y estando probablemente inscrita en el extranjero, debería haberse constituido conforme al Derecho español por tener en España su principal explotación.

⁴¹ Cf. M. Olivencia Ruiz y P. L. Núñez Lozano, *loc. cit.*, p. 412; F. Esteban de la Rosa, “Nacionalidad de las sociedades...”, *loc. cit.*, p. 226; *id.*, “El nuevo régimen de la transferencia internacional de la sede social en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, vol. 54, 2010, pp. 73–106, esp. p. 76, nota 2. Es verdad, no obstante, que la Ley de sociedades de capital de 2010, probablemente por proceder a la mera refundición de textos, sigue sin establecer cuáles son las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de domiciliación y constitución de la sociedad en España cuando el principal establecimiento o explotación se halle en territorio español. Pero también es cierto que sociedades infractoras y sociedades irregulares comparten ciertos rasgos, como es que ha existido un defecto en la constitución de la sociedad. Por tanto, parece adecuado equipararlas y someterlas al régimen de las sociedades civiles y colectivas. *Vid.*, no obstante, F. Sánchez Calero, *loc. cit.*, p. 53, destacando que quizá esta equiparación sea excesiva.

extranjera de capital desde la perspectiva fiscal. A pesar de la autonomía normativa del sector tributario y societario, no parece adecuado que existan calificaciones contradictorias respecto de una misma persona jurídica. Una cosa es que las normas fiscales tengan un régimen jurídico específico respecto de las sociedades irregulares, y otra distinta es que partan de un concepto de sociedad irregular distinto al previsto por el Derecho societario. Mejor sería que el Derecho fiscal asumiera el concepto de sociedad irregular del Derecho societario, como presupuesto de aplicación de sus normas.

9. Incluso si se superase este primer riesgo y se procediera a una calificación única de la sociedad, existe un segundo riesgo derivado de la aplicación de un régimen fiscal contradictorio con el societario. Desde la perspectiva societaria, una sociedad española irregular será equiparada a la sociedad española civil o colectiva (art. 39 LSC); sin embargo, desde la perspectiva tributaria, tal equiparación no se produce debido a una jurisprudencia criticable. En efecto, la Audiencia Nacional ha señalado que las sociedades irregulares no son sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades⁴², dado que no tienen personalidad jurídica⁴³. La afirmación no es correcta, ya que las sociedades irregulares sí que tienen cierto grado de personificación⁴⁴, equiparable al de la sociedad civil o colectiva. Son pues, sociedades, esto es, personas jurídicas, pero no de capital. Por tanto, deberían recibir el mismo trato que las sociedades civiles y las colectivas y éstas últimas sí son sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades (art. 7.1º LIS).

10. Cabría aludir, para concluir, a un tercer problema de aplicación del régimen fiscal de una sociedad domiciliada y constituida en un tercer Estado pero con su principal establecimiento en España. Éste no es otro que el aumento de los casos de doble imposición internacional, pues tanto el Estado de constitución y domiciliación de la sociedad como España, en calidad de Estado donde se halla el principal establecimiento, podrían considerar a la sociedad residente en su territorio y, por tanto, obligarla a tributar por sus rentas mundiales. En estos

⁴² Quedarían sometidas al régimen de atribución de rentas previsto por los arts. 86 ss Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto de la renta de las personas físicas (BOE, 29-XI-2006, rect. *ibid.* 7-III-2007) y por los arts. 35 ss Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes (*cit.*).

⁴³ *Vid.*, en este sentido, las SSAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 27 de julio de 2009 (*JUR* 2009\407766) y 21 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009\416383), que consideran que tanto las sociedades en formación como las sociedades devenidas irregulares carecen de personalidad jurídica y no están sometidas al impuesto sobre sociedades. Así se ha entendido también en la práctica administrativa, *vid.* Consultas AEAT de 28 de mayo de 1996 (NFC 003308), de 16 de febrero de 2001 (NFC012674) y de 17 de mayo de 2004 (NFC019112), así como la Resolución del TEAC de 25 de octubre de 2007 (NFJ027836).

⁴⁴ *Cf.* M. Olivencia Ruiz y P. L. Núñez Lozano, *loc. cit.*, p. 346; C. Paz-Ares, "La sociedad mercantil: mercantilidad e irregularidad", en R. Uría y A. Menéndez (dirs.), *op. cit.*, pp. 531-565, esp. pp. 555-556.

casos, es de desear una acción más contundente del Derecho europeo⁴⁵; hasta entonces, cabe destacar cómo el Convenio Modelo de la OCDE y muchos de los convenios firmados por España dan preferencia al ordenamiento del Estado en cuyo territorio se halle la sede de dirección efectiva⁴⁶.

III. Cambio de nacionalidad y residencia fiscal en España

1. De la *lex societatis española* a una *ley extranjera*

11. El cambio de nacionalidad de la sociedad también puede influir en la residencia fiscal. La emigración⁴⁷ societaria está admitida por la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles⁴⁸ y supone que una sociedad constituida y domiciliada en España pasa a regirse por un Derecho extranjero⁴⁹, que admite el mantenimiento de su personalidad jurídica⁵⁰. A este respecto, conviene distinguir los cambios de nacionalidad en función de que impliquen o no un traslado de la residencia fiscal.

⁴⁵ Vid. la Propuesta COM(2011) 121/4, de la Comisión Europea, *cit.*, p. 4, aludiendo a que una red de convenios de doble imposición no es la solución más apropiada en espacios de integración.

⁴⁶ Aunque no han faltado preferencias por el Estado del que la sociedad es nacional, *vid.* R. Couzin, *op. cit.*, pp. 171 ss.

⁴⁷ Utilizaré tanto este término como el de “inmigración” por su carácter ilustrativo, aunque técnicamente son cuestionables.

⁴⁸ Ley 3/2009, de 3 de abril, *BOE*, 4-IV-2009. Sobre su incidencia en el Derecho internacional privado societario, *vid.* M. Gardeñes Santiago, D. Sancho Villa y C. Upegui Villegas, “La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y el Derecho internacional privado de sociedades”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 595-624.

⁴⁹ Para ello, de acuerdo con un importante sector doctrinal, es necesario que, salvo convenio internacional, la sociedad traslade al extranjero su domicilio social y su principal explotación o establecimiento, porque, en otro caso la sociedad seguirá siendo española *de facto* (*ex art. 9.2º LSC*). Esta emigración puede, pero no debe necesariamente, acompañarse del traslado de la sede de dirección efectiva. *Vid.* M. Olivencia Ruiz y P. L. Núñez Lozano, *loc. cit.*, p. 377; F. Esteban de la Rosa, “El nuevo régimen de la transferencia...”, *loc. cit.*, p. 93.

⁵⁰ En particular, el art. 93 Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles establece que, en defecto de tratado internacional, el traslado al extranjero del domicilio de una sociedad inscrita constituida conforme a la ley española sólo podrá realizarse si el Estado de destino permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Sin embargo, no podrán trasladar el domicilio al extranjero las sociedades en liquidación ni aquellas que se encuentren en concurso de acreedores. *Vid.*, al respecto, F. Esteban de la Rosa, “El nuevo régimen de la transferencia...”, *loc. cit.*, pp. 90 ss. Recuérdese, en este sentido, que, en el marco de la Unión Europea, el Estado miembro de origen está obligado a conservar la personalidad jurídica de la sociedad emigrante, sin poder obligarla a disolverse, *vid.* STJ 16 de diciembre de 2008, as. C-210/06: *Cartesio*. En este sentido, ya en su día D. Sancho Villa destacó que el Estado de origen no debía gravar el traslado del domicilio como si se tratara de una disolución, *cf. La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Madrid, Eurolex, 2001, pp. 246-247. En parecido sentido, *vid.* S. Rammello, *Corporations in Private International Law*, Universidad de Oxford, 2000, pp. 309-311.

Cambios de nacionalidad que implican traslado de la residencia fiscal: será necesario que la sociedad transfiera el domicilio social al extranjero⁵¹, desactivando esta conexión como criterio de residencia fiscal⁵². Además, deberá transferir al extranjero sus conexiones reales más relevantes⁵³, es decir, la sede de dirección efectiva y el principal establecimiento o explotación⁵⁴.

Prima facie podría pensarse que la sociedad será considerada residente en España, incluso después de la emigración de todos sus elementos formales y fácticos. No en vano, se ha constituido inicialmente en España [art. 8.1º.a) LIS] y no existe una nueva constitución conforme a la ley extranjera, sino el reconocimiento de la personalidad jurídica inicialmente creada⁵⁵. Sin embargo, debe considerarse que, una vez transferidos todos los elementos formales y fácticos de la sociedad, ésta ya no reside en España a efectos fiscales. Para ello, el tenor literal de la Ley del impuesto sobre sociedades debe entenderse en el sentido de que son residentes las sociedades que se “hubieran constituido” *ab initio* conforme a la ley española, siempre que sigan rigiéndose por dicha ley, es decir, que la ley española sea el Derecho rector de la sociedad durante el período impositivo en curso⁵⁶.

Cambios de nacionalidad que no afectan a la residencia fiscal en España: todo traslado del domicilio social al extranjero, pasando la sociedad a regirse por una *lex societatis* extranjera, no afectará a la residencia fiscal en España si la sociedad conserva en territorio español cualquiera de sus conexiones reales más relevantes, a saber: el principal establecimiento o la sede de dirección efectiva.

⁵¹ Ello parece pacífico, ya se parta de un modelo de constitución o de un modelo basado en la sede real, *cf.* F.J. Garcimartín Alférez, “El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora”, *RdS*, nº 16, 2001–I, pp. 107–140, esp. pp. 107–108.

⁵² *Vid.* F. Sánchez Calero, *loc. cit.*, pp. 56–57.

⁵³ Esta obligación podría jugar incluso en el ámbito de la Unión Europea, desde el momento en el que viene impuesta por el Estado de constitución de la sociedad, *vid.* SSTJ 27 de septiembre de 1988, as. 81/87; *Daily Mail* y 16 de diciembre de 2008, as. C–210/06: *Cartesio*, *cit.*, y mi opinión en la nota a esta última Sentencia, publicada en *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1147–1149. Más crítico con esta decisión es S. Leible en “El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento”, en R. Arenas García, C. Górriz López y J. Miquel Rodríguez (coords.), *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 103–128, esp. pp. 112 ss.

⁵⁴ El traslado de la residencia fiscal al extranjero obliga a incluir en la base imponible del impuesto sobre sociedades la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor contable de los elementos patrimoniales de la sociedad, salvo que éstos queden vinculados a un establecimiento permanente que continúe su actividad en España [art. 17.1.a) LIS].

⁵⁵ *Vid.* A. Sequeira Martín, “Traslado internacional del domicilio”, *RdS*, nº 31, 2008–2, pp. 83–91, esp. pp. 84–86; M. Gardeñes Santiago, D. Sancho Villa y C. Upegui Villegas, *loc. cit.*, pp. 613–614. Respecto de la anterior normativa, *vid.* P. Blanco–Morales Limones, *La transferencia internacional de sede social*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 132–138.

⁵⁶ De hecho, el traslado de la residencia fiscal al extranjero supone la conclusión del período impositivo [art. 26.2.b) LIS]. *Vid.*, en este sentido, las Consultas vinculantes de la DGT de 13 de junio de 2007 (NFC033492) y de 9 de junio de 2009 (NFC033693).

En efecto, por un lado, si la sociedad conserva en España su principal establecimiento, será considerada residente fiscal en España porque persiste la obligación de que se domicilie en España y se rija por la ley española [art. 8.1º.a) y b) LIS]⁵⁷. De hecho, en estos casos no debería autorizarse la transferencia del domicilio, de acuerdo con la LSC y con la Ley de modificaciones estructurales⁵⁸. Por otro lado, si la sociedad traslada su domicilio social al extranjero y conserva en España su sede de dirección efectiva, seguirá siendo considerada residente fiscal en España [*ex art.* 8.1º.c)]⁵⁹. Y ello aunque este cambio de nacionalidad sea legalmente válido, dado que no existe obligación alguna de domiciliarse o constituirse en España cuando la dirección efectiva se halla en territorio español (*a sensu contrario* del art. 9.2º LSC)⁶⁰. Es más, en casos de doble residencia, es decir, en los que el Estado de destino de la sociedad considere a ésta residente fiscal en su territorio, primará la residencia fiscal en España, según el Convenio modelo de la OCDE⁶¹.

12. Al margen de los cambios de nacionalidad con o sin alteración de la residencia fiscal, conviene recordar que el Reglamento del Registro Mercantil⁶² prevé que, mediante tratado internacional⁶³, se permita el traslado del domicilio social al extranjero manteniendo la nacionalidad española (art. 20.2º)⁶⁴. En tal caso, será el mismo convenio el que establezca las consecuencias fiscales del traslado y, si nada previese, podría decirse que la sociedad seguiría siendo considerada residente fiscal en España. En efecto, si la sociedad “mantiene” la nacionalidad española, es que sigue tratándose de una sociedad constituida y regida por el Derecho español a pesar del traslado del domicilio social, lo que automáticamente la convierte en residente fiscal en España, de conformidad con la Ley del impuesto sobre sociedades [art. 8.1º.a)]. La misma conclusión cabe predicar

⁵⁷ *Vid. supra* epígrafe II.2.

⁵⁸ *Vid.* F. Sánchez Calero, *loc. cit.*, pp. 56–57; M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, París, LGDJ, 1997, esp. pp. 25–26. Para F.J. Garcimartín Alférez sí sería posible ese cambio de nacionalidad, al partir el ordenamiento español de un modelo de constitución, *cf.* “El traslado del domicilio...”, *loc. cit.*, p. 126.

⁵⁹ *Vid.* la Consulta vinculante de la DGT de 13 de junio de 2007, *cit.*

⁶⁰ Recuérdese que esta obligación sólo se predica de sociedades que tengan su principal establecimiento o explotación en España (art. 9.2º).

⁶¹ *Vid.* D. Sancho Villa, *op. cit.*, pp. 255–256.

⁶² Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE, 31–VII–1996).

⁶³ *Vid.* F. Sánchez Calero, *loc. cit.*, pp. 56–58, sobre la importancia de que exista o no un tratado internacional de por medio. *Vid.*, de forma más matizada, P. Blanco–Morales Limones, *op. cit.*, pp. 130–132.

⁶⁴ Sobre la escasa relevancia práctica de este precepto, *vid.* R. Arenas García, *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, p. 261. Recuérdese, asimismo, que la STJ 16 de diciembre de 2008, as. *Cartesio*, *cit.*, ha destacado que, en la Unión Europea, el Estado conforme al cual se ha constituido una sociedad puede oponerse al traslado del domicilio social sin cambio de *lex societatis*.

del caso en el que, en defecto de convenio, la sociedad española constituida y domiciliada en España traslada su sede real al extranjero⁶⁵. En tales casos la sociedad será residente en España ya que conserva su domicilio social en España y continúa rigiéndose por la ley española [*ex arts. 8.1º.a) y b) LIS*]⁶⁶.

2. De una *lex societatis* extranjera a la ley española

13. De acuerdo con la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la lógica expuesta anteriormente respecto de emigración de sociedades puede aplicarse al caso de la inmigración a España de sociedades extranjeras⁶⁷. Para que el ordenamiento español admita la transferencia del domicilio social a España, es preciso trasladar el domicilio social a España y, junto con éste, o el principal establecimiento o la sede de dirección efectiva o ambos. Sólo así se respetará el Derecho societario español⁶⁸ y, en particular, los dos preceptos clave en la materia: el art. 8 LSC, que establece que son españolas y se rigen por la ley española todas las sociedades con domicilio en territorio español; y el art. 9.1º del mismo instrumento, que exige que el domicilio social se fije donde se halle el principal establecimiento o la sede de dirección⁶⁹, por lo que, al menos una de ellas ha de hallarse en territorio español⁷⁰.

A partir de aquí, la sociedad será considerada automáticamente como residente fiscal en España. Así se deduce de la Ley del impuesto sobre sociedades cuando considera residente a toda sociedad que se haya constituido conforme a la ley española [art. 8.1º.a)]. Es verdad que la sociedad inmigrante se ha constituido conforme a una ley extranjera, pero no es menos cierto que ya no se rige

⁶⁵ Sobre esta operación empresarial, *vid.* P. Blanco-Morales Limones, *op. cit.*, pp. 130–131. En mi opinión, la Ley de sociedades de capital permite o bien el traslado de la sede de dirección o bien el del principal establecimiento. Sin embargo, no admite el traslado de ambos elementos de forma conjunta, ya que la sociedad no tendría dónde fijar el domicilio social en España de conformidad con el art. 9.1 de dicha Ley y, por tanto, ya no podría regirse por la ley española (art. 8).

⁶⁶ *Vid.* esta misma conclusión, aunque en relación con la anterior normativa, en D. Sancho Villa, *op. cit.*, pp. 255–256.

⁶⁷ En particular, su art. 94 establece que, en defecto de tratado internacional, el traslado del domicilio a España no afectará a la personalidad jurídica de las sociedades constituidas en otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo. En otro caso, el mantenimiento de la personalidad jurídica dependerá de la ley personal de la sociedad. *Vid.* F. Esteban de la Rosa, “El nuevo régimen de la transferencia...”, *loc. cit.*, pp. 84 ss.

⁶⁸ Como exige el art. 94 de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, *vid.* M. Gardeñes Santiago, D. Sancho Villa y C. Upegui Villegas, *loc. cit.*, p. 616; F. Esteban de la Rosa, “El nuevo régimen de la transferencia...”, *loc. cit.*, pp. 87–88.

⁶⁹ Es importante destacar al respecto que la adquisición de la españolidad por cambio de nacionalidad no precisa necesariamente del traslado de la sede de dirección y administración efectiva. La sociedad podrá trasladarla a España, pero no está obligada a ello.

⁷⁰ No han faltado interpretaciones que consideran que el Derecho societario español parte de un modelo de constitución, sin que, por tanto, sea necesario el traslado de la sede real a España para pasar a regirse por la ley española, *cf.* F. J. Garcimartín Alférez, “El traslado del domicilio...”, *loc. cit.*, p. 126.

por ésta sino por el Derecho español. Al igual que en casos de emigración cabía entender que la residencia fiscal precisaba que la sociedad se hubiera constituido conforme a la ley española y siguiera rigiéndose por ella durante el período impositivo, a la inversa, habrá que entender que la sociedad constituida conforme a una ley extranjera es residente en España si ha pasado a regirse por la ley española.

14. De todas formas, pueden existir supuestos de doble residencia fiscal, si, a pesar de la inmigración de la sociedad, el Estado de origen todavía la considera residente fiscal en su territorio. Por ejemplo, aun adquiriendo la nacionalidad española, la sociedad podría mantener ciertas conexiones reales en el Estado de origen⁷¹. Recuérdese, en este sentido, que la sociedad ha de trasladar o la sede de dirección o el principal establecimiento a España, pero no necesariamente ambas conexiones. De darse esta situación de doble residencia, el Convenio modelo de la OCDE daría preferencia a la tributación en el Estado de origen, si allí mantiene la sede de dirección efectiva⁷² y ello a pesar de que la sociedad haya adquirido la nacionalidad española, se rija por el Derecho español y tenga su domicilio social en territorio español.

IV. Conclusiones

En términos generales, puede afirmarse cierta correspondencia entre las normas de Derecho internacional privado societario y las de Derecho fiscal. Así, la LSC parte de la españolidad de éstas en función de que fijen su domicilio social en España y se rijan por la ley española. Cualquiera de estas dos conexiones – domiciliación y constitución– convierte automáticamente a la sociedad en residente fiscal en España, de acuerdo con la Ley sobre el impuesto sobre sociedades.

Esta coherencia general entre Derecho societario y tributario no exime de la presencia de ciertos supuestos particulares que ponen en entredicho tal correspondencia. En el caso de cambio de nacionalidad de la sociedad, las contradicciones son fácilmente subsanables reinterpretando el tenor literal de la Ley del impuesto sobre sociedades y entendiendo que son residentes en España: a) las sociedades que se hubieran constituido *ab initio* conforme a la ley española, siempre que sigan rigiéndose por dicha ley; y b) las sociedades que se hubieran constituido *ab initio* conforme a una ley extranjera, siempre que hayan pasado a regirse por la ley española.

Las contradicciones entre el régimen societario y el tributario son más graves en supuestos de “doble nacionalidad” y especialmente en el caso de una socie-

⁷¹ De hecho, como ha apuntado F. Sánchez Calero (*loc. cit.*, pp. 55–56), es posible que la sociedad sea todavía considerada nacional por el Estado de origen.

⁷² *Vid.* C. Palao Taboada, *loc. cit.* p. 1103, destacando, además, que los convenios de doble imposición más recientes firmados por España recogen la misma solución.

dad domiciliada y constituida en un tercer Estado, no miembro de la Unión Europea, que tenga su principal establecimiento o explotación en España. Respecto de ésta, la LSC establece la obligación de que toda sociedad con su principal establecimiento en España fije aquí su domicilio (art. 9.2º); en cambio, la Ley del impuesto sobre sociedades guarda silencio sobre si esta sociedad sería considerada residente fiscal en España.

Ante este silencio, si las sociedades domiciliadas y constituidas en un tercer Estado hallándose su principal establecimiento en España son consideradas sociedades españolas irregulares, su régimen fiscal debería asimilarse, según su objeto social, al de las sociedades españolas civiles o colectivas. En caso de equiparación a las sociedades colectivas, deberían tributar conforme al impuesto sobre sociedades, a pesar de una discutible jurisprudencia en el ámbito fiscal que niega esa forma de tributación. No habría inconveniente en considerar a estas sociedades residentes fiscales en España y sujetos pasivos por sus rentas mundiales. No en vano, dado que la Ley del impuesto sobre sociedades considera residentes a aquéllas que se “hubieran constituido” o que “tengan” su domicilio en España, parece lógico incluir a las que “debieran haberse constituido” y “debieran tener” su domicilio social en territorio español. De este modo, el incumplimiento de una obligación societaria no implicaría una ventaja fiscal para el infractor.

De lege ferenda, para lograr una mejor coordinación entre Derecho tributario y societario, quizá debería revisarse la previsión que obliga a la sociedad a domiciliarse y constituirse en España cuando aquí se halla su principal establecimiento (art. 9.2º LSC). No conviene olvidar que la conexión administración central está ganando protagonismo en detrimento del principal establecimiento, tanto en el ámbito societario como tributario, en sus vertientes europea, internacional y comparada.

INVERSIONES EXTRANJERAS Y SOSTENIBILIDAD

Miguel–Ángel MICHINEL ÁLVAREZ*

Profesor titular de Derecho internacional privado
Universidad de Vigo

SUMARIO: I. Introducción. II. Tensión de intereses entre inversores y Estados receptores de inversión: 1. El Derecho internacional de inversiones como garante de los derechos de los inversores. 2. La legitimidad del interés de los Estados en el desarrollo sostenible. III. Algunas claves para la conciliación de los intereses contrapuestos: 1. El fomento de inversiones de calidad, como objetivo del Derecho internacional de inversiones. 2. Aspectos materiales. 3. Aspectos procesales.

RESUMEN: Observando el modelo actual que sigue el Derecho internacional de inversiones, basado fundamentalmente en la amplia red de tratados bilaterales, aplicados e interpretados por tribunales arbitrales, se aprecia una cierta descompensación hacia los intereses de los inversores, en detrimento de aquéllos de los Estados tradicionalmente más necesitados de inversión, en particular, los países en desarrollo. Tal desequilibrio, presente tanto en la propia redacción de los textos legales como en la forma en que son utilizados, puede provocar tensiones con determinadas políticas que pretendan implementar los gobiernos de tales Estados, tendentes hacia un desarrollo económico más armónico con la protección del medio ambiente y el bienestar social, lo que se ha dado en llamar el desarrollo sostenible. En este artículo, se expone dichas tensiones y se exploran las vías a través de las cuales el Derecho internacional de inversiones puede encontrar un equilibrio entre los intereses de protección de las inversiones extranjeras y el interés de los Estados en promocionar el desarrollo sostenible.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES – ARBITRAJE INTERNACIONAL – DESARROLLO SOSTENIBLE – ACUERDOS BILATERALES

ABSTRACT: *International investment Law have been generally drawn upon a model which largely assume first the need to solve the problem about protection of investors, in despite of the interests of the host States, in particular the developing countries, whose needs for foreign investments are much more intense. That situation is shown not just by the text of the agreements itself, but also when they are applied in the arbitration proceedings. However, a number of significant problems have emerged, considering the tension between the policies oriented towards the sustainable development of host States – regarding basically environmental protection and social welfare– and the protection of foreign invest-*

* Miembro del Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela (IDIUS).

ments. This kind of problems must be solved through a new International Investment Law. This paper highlights those tensions and focuses on the ways to find the proper balance.

KEYWORDS: INTERNATIONAL INVESTMENTS LAW — INTERNATIONAL ARBITRATION — SUSTAINABLE DEVELOPMENT — BILATERAL AGREEMENTS.

I. Introducción.

La recientemente aprobada Ley 2/2011, de 4 de marzo, publicada en el *BOE* del pasado día 5, hace referencia en su preámbulo a la necesidad de reformas económicas destinadas a servir a un nuevo crecimiento, un crecimiento equilibrado, duradero. Es decir, en sus propias palabras, sostenible. Sostenible en tres sentidos: económicamente, esto es, cada vez más sólido, asentado en la mejora de la competitividad, en la innovación y en la formación; medioambientalmente, que haga de la imprescindible gestión racional de los medios naturales también una oportunidad para impulsar nuevas actividades y nuevos empleos; y sostenible socialmente, en cuanto promotor y garante de la igualdad de oportunidades y de la cohesión social. En realidad, esta ley recoge el testigo de la sostenibilidad como paradigma del crecimiento económico, que había cristalizado ya, como veremos seguidamente, en el denominado “Informe Brundtland” o “Nuestro Futuro Común”, presentado por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente en el marco de las Naciones Unidas, en 1987.

En todo caso, habiendo alcanzado lo sostenible el rango de paradigma prácticamente universal, cabe preguntarse en qué medida quedan bajo su influencia los problemas a los que debe atender el Derecho internacional privado y, por tanto, sus normas. En este sentido, encontramos al menos un sector de situaciones en donde se aprecia claramente la relevancia que adquiere la cultura de la sostenibilidad. Se trata de las inversiones extranjeras. Por un lado, el desarrollo sostenible requiere cambios económicos estructurales que sólo pueden introducirse mediante inversiones: en el caso de países poco desarrollados, tales inversiones sólo pueden venir del exterior¹. Por otro lado, las inversiones extranjeras ya establecidas o por establecer, pueden acarrear una tensión con el interés del Estado receptor en adecuar su crecimiento a los nuevos parámetros que exige la sostenibilidad, ya citados: una combinación adecuada del desarrollo económico con la protección del medio ambiente y la cohesión social. Como resultado, para muchos países, la promoción del desarrollo sostenible implica, en último término, como veremos,

¹ J.C. Fernández Rozas, en su penetrante prólogo a la monografía de I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Barcelona, Bosch, 2010, pp. 13–27, traza las líneas maestras del Derecho internacional de inversiones, con especial referencia al arbitraje, abordando en concreto, y entre otras muchas cuestiones, la trascendente contribución de los instrumentos jurídicos para convertir a la inversión extranjera en el esencial mecanismo de internacionalización del capital que ha llegado a ser en la actualidad.

fomentar inversiones que mejoren la sostenibilidad o, en otras palabras, “inversiones de calidad”². El Derecho internacional de inversiones reviste entonces una nueva dimensión, resultante de su examen a la luz de la sostenibilidad.

II. Tensión de intereses entre inversores y Estados receptores de inversión

1. El Derecho internacional de inversiones como garante de los derechos de los inversores

En el Derecho internacional de inversiones, el año 1917 marca un antes y un después³, ya que la revolución bolchevique en Rusia cambió las reglas de juego existentes hasta la fecha, al menos en lo relativo a la cuestión crucial sobre la compensación adecuada en casos de expropiaciones que afectaban a inversores extranjeros⁴. Al hilo de éste y de otros acontecimientos políticos semejantes, fue cuajando además la denominada “doctrina Calvo”, según la cual los inversores extranjeros no gozan de derechos superiores a los de los ciudadanos del Estado receptor de la inversión. Frente a ello, en los países tradicionalmente inversores (particularmente, en EE.UU.) se fueron desarrollando otras alternativas, como la llamada “fórmula Hull”, según la cual los Estados no pueden expropiar la propiedad privada sin que medie una compensación adecuada, por imperativo del Derecho internacional. Tras el paréntesis regulador que supuso la Segunda Guerra Mundial, a finales de la década de los cuarenta se retoma el tratamiento jurídico de las inversiones extranjeras en diversos foros, como la ONU, la OEA y las reuniones en el marco del GATT, aunque la costumbre internacional reviste todavía gran importancia en ese momento inicial⁵. El primer gran impulso legislativo vendrá dado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, al aprobar en 1962 la “Declaración de Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”, donde se preveía la compensación adecuada en casos de expropiación de propiedades de ciudadanos extranjeros. Tras ella, llegaría en 1973 la declaración del Grupo de los 77 sobre Derechos y Deberes Económicos de los Estados, o en 1974 la resolución 3281 de Naciones Unidas, que se vieron como una reducción de los derechos que se venían concediendo a los inversores extranjeros; aunque

² Tomamos esta expresión de A. Cosbey y otros, *Inversiones y desarrollo sustentable*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2004, p. 1, introducida en España por K. Fach Gómez, “Construyendo un nuevo Derecho internacional de las inversiones: las propuestas del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible”, *REEI*, nº 18, 2009, www.reei.org.

³ Para este breve apunte histórico, seguimos esencialmente a J.P. Bohoslavsky, *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Santiago de Chile, ONU-CEPAL, 2010, pp. 11–14.

⁴ Vid., al respecto, R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008. En España, es lectura imprescindible en este punto el ya citado trabajo de I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje...*, *op. cit. supra*, nota 1.

⁵ Vid. A. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford University Press, 2008.

los Estados tradicionalmente inversores ya habían comenzado a tejer en los años 60 lo que después se convertiría en la tupida red de acuerdos bilaterales⁶ que constituye hoy día el núcleo duro del Derecho internacional de inversiones, a falta de un tratado multilateral viable⁷.

Sin lugar a duda, el crecimiento exponencial de este tipo de tratado lo ha convertido en la figura regulatoria por antonomasia de las inversiones extranjeras⁸, acompañándose en general de la remisión al arbitraje como método paradigmático para la resolución de controversias en este sector. A fin de exponer su régimen general de funcionamiento (necesario para abordar en la segunda parte del trabajo su adecuación hacia los parámetros de la sostenibilidad) nos serviremos como modelo de un texto concreto, el TBI hispano-cubano⁹, que presenta como características principales (por otra parte, típicas) las siguientes:

i) En primer lugar, se establecen una serie de definiciones importantes para el correcto funcionamiento del acuerdo, destacando especialmente las que se refieren a los términos de “inversor”, “inversión” y “territorio de la inversión” (art. I). Junto a ellas, se incorporan también preceptos que aluden a la protección y a la promoción y admisión de inversiones como objetivos generales del acuerdo (arts. II y III). Éstas se conciben como obligaciones de cumplimiento genérico, pues los mecanismos concretos para llevarlas a cabo constituyen el cuerpo del propio tratado, junto con la regulación de los medios de resolución de controversias, como veremos seguidamente.

ii) Consecuentemente, en segundo lugar, se detalla la serie de obligaciones a las que se compromete el Estado receptor de la inversión sin que, en general, figure ningún tipo de contrapartida para el inversor extranjero o su Estado de origen. El TBI hispano-cubano incluye las siguientes (aunque pueden variar en cantidad y contenido según el acuerdo): A) En cuanto al tratamiento del inversor, se recogen las cláusulas de trato justo y equitativo, de trato nacional, y de nación más favorecida –con la excepción de los supuestos de integración regional– (art. IV). B) Además, la expropiación se llevará a cabo únicamente por razones de utilidad pública y en ningún caso será discriminatoria, mediando la

⁶ Conocidos por las siglas APPRI (acuerdo de protección y promoción recíproca de inversiones) o TBI (tratado bilateral de inversiones). Se considera que el primer acuerdo bilateral de la era moderna es el germano-paquistaní, de 1965.

⁷ Un breve aunque esclarecedor panorama del fracaso del multilateralismo en este ámbito lo ofrece J.C. Fernández Rozas, en su prólogo citado en nota 1, pp.17–20. *Vid.* asimismo A. Crespo Hernández, *El Acuerdo Multilateral de Inversiones: ¿crisis de un modelo globalizado?*, Madrid, Eurolex, 2000, *passim*.

⁸ A principios de 2010, la cifra de acuerdos bilaterales rondaba los 2700. Explicaciones acerca de este boom regulatorio en P. Juillard, “Bilateral Investment Treaties in the Context of Investment Law”, *Investment Compact Regional Roundtable on Bilateral Investment Treaties for the Protection and Promotion of Foreign Investment in South East Europe*, OCDE, Croatia, 28–29 de mayo de 2001, pp. 1–6.

⁹ Acuerdo de 27 de mayo de 1994 (BOE, 18-XI-95).

indemnización adecuada, equivalente al valor efectivo de mercado de la inversión (art. V). C) Se contempla la compensación en caso de estado de necesidad, equiparable a la de los inversores nacionales o de terceros Estados (art. VI). D) Existe libre transferencia de las rentas de inversión, facilitándose los procedimientos necesarios y la obtención de las divisas oportunas para hacerla efectiva (art. VII). E) En último lugar, cabe señalar que el TBI no afecta a condiciones más favorables que pueda convenir una de las partes contratantes con inversores nacionales de la otra parte (art. VIII).

3. El TBI hispano-cubano concluye estableciendo los mecanismos de resolución de controversias. En este sentido, distingue entre dos casos: A) Controversias entre las partes contratantes, esto es, el Estado de origen del inversor y el Estado que recibe la inversión, que se refieren a la interpretación o aplicación del Acuerdo (art. X). B) Controversias entre una parte contratante e inversores de la otra parte contratante, que se refieran a las inversiones, *respecto de cuestiones reguladas por el Acuerdo*¹⁰ (art. XI), siendo éstas las que presentan mayor interés, al menos a los efectos del presente trabajo. En ambos casos, el método previsto es el arbitraje. En este punto, los acuerdos presentan un abanico de variaciones, tanto respecto de la remisión a un concreto sistema arbitral, con la exigencia o no de agotamiento previo de los remedios locales (aunque la regla general es excluirlo), como respecto de las diferentes cláusulas que pueden incidir en el arbitraje. Respecto de la primera cuestión, el acuerdo que hemos tomado como ejemplo, en lo relativo a las controversias inversor-Estado, se distancia de la mayor parte de los acuerdos bilaterales, que atribuyen competencia al CIADI¹¹. En relación con las cláusulas que afectan al procedimiento arbitral, las más frecuentes en los acuerdos bilaterales son dos: los plazos de espera y aquéllas que determinan la elección entre arbitraje y jurisdicción. En este sentido, el acuerdo hispano cubano abre un plazo de 6 meses previo al recurso a arbitraje para una resolución amigable, en ambos tipos de controversias expuestos (Estado-Estado / Estado-inversor); de no alcanzarse acuerdo, el recurso a arbitraje es la única solución que se recoge para las controversias Estado-Estado, mientras que, para las del segundo tipo, a elección del inversor se puede acudir a la jurisdicción ordinaria.

¹⁰ Énfasis nuestro, para remarcar que esta expresión vendría a excluir la presencia de una “cláusula paraguas” en el TBI, esto es, la utilizada para incluir todo tipo de compromisos relativos a las inversiones, incluso aunque su vulneración no implicara la del TBI.

¹¹ Cuba no es parte del CIADI, por lo que, en este caso, el acuerdo remite o bien al tribunal de arbitraje *ad hoc* establecido por el Reglamento de arbitraje de la Uncitral, o bien al tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, a elección del inversor. Sobre la importancia de este organismo en el arbitraje de inversiones la literatura es muy amplia. A modo de referencia general, *vid.* E. Fernández Masiá, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

2. La legitimidad, a través del marco jurídico, del interés de los Estados en el desarrollo sostenible

A) El marco jurídico internacional

En octubre de 1984, se reunió por primera vez la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Sus trabajos quedaron reflejados finalmente en 1987 en el ya mencionado documento “Nuestro Futuro Común”, conocido también como Informe Brundtland¹², donde se propuso por primera vez a escala mundial la adopción de un programa para posibilitar un desarrollo sostenible¹³, conceptuándolo como alternativa para garantizar mejor calidad de vida a la población actual y futura, siendo por tanto su idea central la noción de equidad intergeneracional¹⁴. Denominador común de su filosofía es la preservación y/o recuperación de los activos o recursos naturales, como elementos básicos para garantizar la continuidad de los llamados “servicios ecológicos”¹⁵ a poblaciones en expansión. En suma, el desarrollo sostenible entraña dos ideas principales sobre las que existe un amplio consenso mundial: a) la triple dimensión económica, social y ambiental del desarrollo, que sólo será sostenible si logra el equilibrio entre los distintos factores que influyen en la calidad de vida; y b) la obligación para la generación actual de dejar suficientes recursos sociales, ambientales y económicos para que las generaciones futuras puedan disfrutar, al menos, del mismo grado de bienestar.

A raíz del Informe Brundtland, diversos hitos marcan el avance del Derecho ambiental a nivel internacional, y su transformación e integración progresiva en el marco más amplio del desarrollo sostenible. Así, en marzo de 1985, se celebró en París la Conferencia Mundial sobre la Deforestación, convocada por el PNUMA, que alertó sobre los procesos de desertización provocados por la ac-

¹² La Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo fue creada por la Asamblea General de la ONU en 1983, bajo la presidencia de la primera ministra noruega Gro Harlem Brundtland. *Vid.* G. H. Brundtland, *Our Common Future*, Oxford, Oxford University Press, 1987 (traducido al castellano, *Nuestro futuro común*, Madrid, Alianza Editorial, 1988)

¹³ Ya la Reunión de Estocolmo, de 1972, había constituido un momento importante en el análisis de los problemas del medio ambiente a nivel planetario, estableciendo una serie de principios encaminados a su gestión, sobre bases ecológicamente racionales, incorporándolos a planes y programas mundiales; y la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) había servido de herramienta previa para tales empeños. Además, ciertamente, la Declaración de Estocolmo, dentro de las Resoluciones de las Naciones Unidas sobre el Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) en 1974, así como la Estrategia Mundial para la Conservación de la Naturaleza mencionaban el desarrollo sostenible.

¹⁴ Esto es, la necesidad de garantizar a las generaciones futuras iguales activos naturales a los heredados por la generación presente. Sobre este concepto, *vid.* más ampliamente R.A. Velázquez Pérez, *Claves para una regulación integral del desarrollo sostenible en Cuba*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 38-49.

¹⁵ *Vid.* B. Real López, *Ecología para líderes*, Quito, FESO, 1993, pp. 72-73.

ción humana. En ese mismo año tuvo lugar la trascendente Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, que ha tenido también un intenso seguimiento¹⁶. Es oportuno también recordar, a este respecto, que el 4 de Diciembre de 1986 se aprobó la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (DDD), menguada durante su negociación, para lograr el consenso, incluso frente a otros documentos anteriores como la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, considerada uno de sus antecedentes más importantes. El final de esta década clave para el nacimiento de la cultura de la sostenibilidad estuvo marcado por los resultados cosechados en diversos foros, entre los más destacados la Segunda Conferencia Mundial sobre el Clima, en Ginebra, Suiza, en noviembre de 1990, la Cumbre Mundial en favor de la Infancia celebrada en Nueva York, en el año 1990 y por la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos (Jomtien, Tailandia)¹⁷.

Paso crucial siguiente fue la celebración de la Conferencia de la Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, conocida también como Cumbre de la Tierra (Brasil, junio de 1992)¹⁸. Entre los resultados fundamentales obtenidos se encuentra la Agenda 21, que reafirmó la Declaración de Estocolmo y se trazó como objetivo establecer una alianza mundial nueva y equitativa, mediante la creación de niveles novedosos de cooperación entre Estados, sectores clave y las distintas sociedades¹⁹. Pero el mayor hito conocido hasta la fecha en el ámbito

¹⁶ Ejemplo de ello ha sido el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 1987, ajustado y enmendado el 29 de junio de 1990.

¹⁷ La década siguiente se abre en este ámbito con la Conferencia para la aprobación del texto acordado del Convenio sobre la Diversidad Biológica, celebrada el 22 de mayo de 1992 en la sede del PNUMA, en Nairobi, con el apoyo del Gobierno de Kenya. En este mismo contexto, se suscribió también el Convenio sobre la Diversidad Biológica, que establece la conservación de la diversidad biológica como de interés común general, e intenta persuadir sobre la considerable reducción de la diversidad biológica a nivel mundial, como consecuencia de determinadas actividades humanas, y por la ignorancia sobre sus verdaderos valores. El Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992, fue suscrito por la mayoría de los países del mundo, y en él se establecieron compromisos, obligaciones y responsabilidades para las partes a efectos de abordar las causas y los efectos del cambio climático.

¹⁸ Adoptada en 1986 por la Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 49/228 (Doc. A44746/add.7), y celebrada en Junio de 1992, con la participación de representantes de 176 Estados, de ellos 114 Jefes de Estado y de Gobierno y 1400 Organizaciones Intergubernamentales y ONGs. Una amplia labor precedió a la Cumbre, con trabajos en comisiones y grupos para supervisar los preparativos. Uno de los grupos definidos se dedicó a los asuntos jurídicos y a los acuerdos institucionales dentro y fuera de las Naciones Unidas. En los análisis se abordaron aspectos básicos para la vida del planeta, la atmósfera, los océanos y mares, el mejoramiento de la calidad de vida, y la salud humana. La conservación de la biodiversidad constituyó un punto central del análisis y, dentro de éste, la deforestación fue uno de los aspectos más ampliamente tratados.

¹⁹ Otro de los acuerdos de la Cumbre se refirió al análisis diferenciado de los pequeños Estados insulares, lo que se consumó, en una primera etapa, con el desarrollo de la Conferencia Mundial Sobre el Desarrollo Sostenible de las Pequeñas Islas. Tuvo lugar en Barbados, en abril 1994, centrandose sus análisis en las áreas más deprimidas de la región, identificando sus aportes al mundo de hoy, sus problemas cardinales en las esferas económica, social y ambiental, y valorando también las alternativas viables para

que nos ocupa tuvo sus orígenes el 11 de diciembre de 1997, en la ciudad de Kyoto, Japón. En este encuentro, los países industrializados se comprometieron a ejecutar un conjunto de medidas para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero en un promedio de 5 % entre los años 2008 y 2012, con relación a las emisiones registradas en 1990²⁰.

Ante los inconvenientes y el poco avance de las negociaciones, se siguió intentando alcanzar un consenso a nivel internacional. En Noviembre de 1998, tuvo lugar la Cumbre de Buenos Aires y el IV Congreso de las Partes del UNFCCC, Buenos Aires (Argentina). Allí se comenzaron a negociar aspectos clave, como los mecanismos de desarrollo limpio, el comercio de emisiones o la transferencia de tecnología, y se estableció una fecha límite para decidir las reglas aprobadas en Kyoto. La Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, celebrada en septiembre de 2000, alumbró los llamados Objetivos de Desarrollo para el Milenio (ODM), siendo su intención primaria que fuera adoptada por la totalidad de los 189 Estados Miembros (147 de ellos representados por sus jefes de Estado o de gobierno, en la magna cita). Dichas metas se fijaron para el año 2015, con obligada referencia a la situación mundial de los pasados años 90.

La década actual se abre con la celebración en julio de 2001 en Bonn de la VI Conferencia de las partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre

un desarrollo sostenible. Además, en el año 1993 se celebró en Viena la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, reafirmando la interrelación entre desarrollo y medio ambiente y ratificando el carácter universal e inalienable del Derecho al Desarrollo, evocado por vez primera en la Cumbre de la Tierra el año anterior. Siguiendo este orden cronológico, no podemos pasar por alto la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994) o la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres Naturales (Yokohama, 1994). En marzo del mismo año entraron en vigor las Resoluciones adoptadas en la Cumbre de Río y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, aprobada en París, quedó abierta a la firma los días 14 y 15 de octubre de 1994, entrando en vigor en diciembre de 1996. En dicho año también entró en vigor la Convención Contra la Desertificación y la Sequía, después de su ratificación por más de 50 países, y tuvo lugar en el mes de julio la Cumbre de Ginebra, así como la II Conferencia de las Partes del UNFCCC, donde comienza a hablarse de “comercio de emisiones”. Mención especial merece la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), celebrada en Estambul del 3 al 14 de Junio de 1996, donde se elaboró un Plan de Acción Mundial – el Programa Hábitat – en el que se identificaron las directrices para la creación de los asentamientos humanos sostenibles durante el siglo XXI, teniendo en cuenta su relación con el medio ambiente, los derechos humanos, el desarrollo social, los derechos de la mujer, la población y otros temas interrelacionados. En ese mismo año 1996 se aprobó la norma ISO 14001:96, con un ámbito de aplicación mundial, que significó el respaldo internacional como modelo de sistema de gestión medioambiental.

²⁰ La entrada en vigor del Protocolo de Kyoto fue compleja, pues se requería la ratificación de al menos 55 países que sumasen el 55 % de las emisiones mundiales. EE UU se negó, junto con los países del denominado grupo paraguas (Japón, Nueva Zelanda, Australia y Canadá). Se trataba de un gran revés, teniendo en cuenta que EE UU produce el 25 % de las emisiones mundiales, el 36 % de las emisiones de los países desarrollados, y que cuenta con el mayor índice per cápita de producción de gases nocivos. También se acordó que los países desarrollados firmantes del protocolo cooperasen con los países pobres, mediante ayuda financiera y tecnológica, para dotarles de tecnologías modernas y poder así limitar sus emisiones de gases y lograr la sostenibilidad de sus economías.

Cambio Climático (II parte)²¹. Entre los últimos intentos –la mayoría, frustrados y frustrantes– para conseguir el necesario consenso internacional, destacan diversas cumbres, como la celebrada en Copenhague en diciembre de 2009, donde no hubo acuerdo, al menos bajo una forma jurídicamente vinculante. Tan sólo una mera declaración de intenciones, reiterativa de objetivos incumplidos desde Kyoto, incumpléndose una de las principales metas de la lucha ambiental, que había sido acordada en la hoja de ruta de Bali (Indonesia) en 2007. No obstante, respecto del Protocolo de Kyoto (vinculante para sus 37 signatarios) el acuerdo de mínimos de Copenhague supuso un pequeño avance, pues incluyó a EE.UU. y a los países emergentes, como China, India, y Brasil²².

B) El marco jurídico europeo

A nivel europeo, la Unión ha venido desarrollando una línea de trabajo en varias direcciones complementarias, como son: a) introducir el concepto del desarrollo sostenible entre los principios fundamentales comunitarios inspiradores de todas las políticas; b) asumir el compromiso de elaborar una estrategia conjunta de desarrollo sostenible que implique a todos los niveles y a todos los miembros por igual; c) impulsar la definición de estrategias de desarrollo sostenible en los países miembros; y d) contribuir a la exploración en programas e instrumentos de carácter sectorial, incluyendo su seguimiento a través de sistemas de indicadores, en estrecha colaboración con la Agencia Europea de Medio Ambiente²³.

²¹ Un total de 180 países firmaron el acuerdo final, entre ellos Rusia, Australia, Canadá y Japón, aunque el grupo “paraguas”, (formado por dichos países más EE UU) se fragmentó, quedando aislado del acuerdo el país con mayor responsabilidad en la contaminación. El 22 de marzo de 2002, la Unión Europea firmó unánimemente protocolo de Kyoto y ese mismo mes se celebró en Monterrey, México, la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo con la que se trata de hacer frente a los problemas de financiación para el desarrollo y se señala nuevamente como meta internacional la erradicación de la pobreza, el crecimiento económico sostenido y promover el desarrollo sostenible. El 16 de febrero de 2005, Rusia se adhirió al Protocolo de Kyoto. Un total de 180 países firmaron el acuerdo final, entre ellos Rusia, Australia, Canadá y Japón, aunque el grupo “paraguas” (formado por dichos países más EE UU), se fragmentó, quedando aislado del acuerdo el país con mayor responsabilidad en la contaminación. El 22 de marzo de 2002, la Unión Europea firmó unánimemente protocolo de Kyoto y ese mismo mes se celebró en Monterrey, México, la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo con la que se trata de hacer frente a los problemas de financiación para el desarrollo y se señala nuevamente como meta internacional la erradicación de la pobreza, el crecimiento económico sostenido y promover el desarrollo sostenible. El 16 de febrero de 2005, Rusia se adhirió al Protocolo de Kyoto. Con esta adhesión, que emite el 17,4 % de dichos gases, queda superado el mínimo inicialmente exigido, ya que los 126 países que lo han aprobado (que representan el 80 % de la población mundial) suman un 44,2 % de la emisión global.

²² *Vid.*, para mayores detalles, R.A. Velázquez Pérez, *Claves... op. cit.*, pp. 127–128. Sobre las consecuencias de la Cumbre de Copenhague, un análisis reciente en J. Borrel, “La Unión Europea ante el cambio climático”, *Política Exterior*, 2011, pp. 104–120, pp. 117–120.

²³ En Europa, se inicia el proceso de desarrollo sostenible con la presentación en 1992 del V Programa Comunitario de Política y Acción para el Medio Ambiente, (PACMA), titulado “Hacia el Desarrollo

En todo este proceso cabe destacar la introducción del desarrollo sostenible en los tratados comunitarios a partir del Tratado de Ámsterdam, en 1997, incluyéndolo entre los principios fundamentales de la Unión, tendencia que ha continuado el Tratado de Lisboa. La Estrategia de la UE en esta materia ha estado precedida de una importante tarea de reflexión y de integración del concepto de desarrollo sostenible en las políticas y en los instrumentos comunitarios, y de numerosos estímulos para su puesta en práctica, a través de diversas iniciativas²⁴. Cabe subrayar, a este respecto, la contribución al análisis de las repercusiones de la dimensión ambiental en otras políticas (sucesivos Programas Comunitarios en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible); la consideración de la dimensión territorial de las políticas y del papel del desarrollo territorial y de la dimensión urbana y la escala local. A todo esto debe sumarse la colaboración con la Agencia Europea de Medio Ambiente en materia de informes periódicos y diseño de indicadores²⁵.

En este mismo campo, el Consejo de Europa, ha centrado su actividad en subrayar la dimensión del conjunto del continente europeo como gran espacio político y económico, sirviendo de conexión entre la UE y el resto de Europa, también en materia de medio ambiente. A su trayectoria, en reconocidos Convenios en relación con la protección de la naturaleza (Convenio de Berna, del paisaje, de hábitats, etc.) cabe añadir la tarea para el impulso de la cohesión social y el desarrollo sostenible. Asimismo, la adopción de los Principios Directores para el Desarrollo Territorial Sostenible del Continente Europeo subraya la dimensión territorial de los derechos humanos y de la democracia, e identifica las medidas

Sostenible” (1992–2000). A finales del año 2000 evaluaron los resultados de los 8 años de programa, así como las debilidades para la continuación, y se definieron las bases para el VI PACMA, documento estratégico en el que figuran las prioridades y objetivos de medio ambiente para el periodo 2001–2011, mediante planes temáticos de acción, incluyendo, además, calendarios e indicadores de seguimiento.

²⁴ Otro fiel exponente de la herencia de Río a nivel europeo fue la Carta de Aalborg, que se contextualiza en el marco de las Agendas Locales 21, firmada en la Conferencia Europea sobre Ciudades y Villas Sostenibles, por representantes mayormente municipales, reunidos en Aalborg (Dinamarca) en el mes de Mayo de 1994. En este documento, los municipios europeos se comprometieron a realizar estrategias locales, siguiendo los principios de la Agenda Local 21, encaminadas a lograr que la sostenibilidad se convierta en parte fundamental de su acción. Estos planes sirvieron de base a la implantación del V programa de acción ambiental “Hacia la sostenibilidad” de la Unión Europea. Posteriormente, el Consejo Europeo de Lisboa, en el año 2000, estableció como nuevo objetivo estratégico para la Unión el convertirse en la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de un crecimiento económico sostenible con más y mejor empleo y una mayor cohesión social. De todos modos, la crisis económica de Alemania en los últimos años y algunos desastres políticos ralentizan su extensión. El Consejo Europeo de Estocolmo, de 2001, acordó que la estrategia a presentar por la Unión debía reforzar el compromiso político incluida la dimensión ambiental.

²⁵ Además, en el año 2001 se revisó el Reglamento europeo 1836/93, aprobándose el Sistema de Gestión y Auditoría Medioambiental Europeo (EMAS II) que implicó una apertura a las organizaciones de servicios diversos y un acercamiento de este esquema a la norma internacional ISO 14001:96, referida previamente.

de ordenación territorial para el logro de un nivel de vida aceptable en todos los Estados. Pese a tratarse de un documento no vinculante, aspira a constituir una directriz para el desarrollo sostenible, dirigida a órganos políticos y sociales, con especial mención a su puesta en práctica en las políticas y proyectos de cooperación entre países.

Por último, es preciso hacer una mención especial a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que, a partir del acuerdo adoptado en la reunión Ministerial de 1998, ha aprobado también una estrategia concebida con el doble propósito de proporcionar orientaciones claras para políticas ambientalmente sostenibles a los Estados y guiar el futuro trabajo de la OCDE en materia ambiental. A diferencia de las estrategias establecidas en el marco de la UE, ésta se planteó con un objetivo pragmático y a corto plazo, de modo que fuese revisable mediante un programa de indicadores previsto para su seguimiento. Desde el punto de vista de su contenido, la estrategia de la OCDE asumió la necesidad de desligar el crecimiento económico de la degradación ambiental y de promover un modelo de desarrollo “ambientalmente sostenible”. Este amplio conjunto de iniciativas, realizadas desde organismos muy relevantes a escala internacional, ofrece un marco de referencia obligatoria en el que se debe articular cualquier estrategia de sostenibilidad.

C) El marco jurídico interno: especial referencia a la Ley española 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible

El desarrollo sostenible, como nueva manifestación del pensamiento económico contemporáneo, se proyecta entonces como el tránsito hacia una economía ambiental donde debe primar un crecimiento cualitativo y la eficiencia en la utilización de los recursos, como principales objetivos económicos; en lo sociocultural, se plantea frenar la pobreza creciente, conservar y rescatar los diferentes sistemas socio-culturales y la equidad social; y, en lo ecológico, se prima la conservación y/o el uso racional de los recursos naturales en los cuales se sustenta la vida. A la hora de traducir estos objetivos desde el punto de vista jurídico, lógicamente aparecen difíciles retos²⁶. La evolución desde la mera protección del medio ambiente hacia el más poliédrico concepto del desarrollo sostenible es una prueba de la complejidad del problema: se trata en ambos casos de expresiones de contenido integral, que intentan abarcar todas las dimensiones en las que se desenvuelve el ser humano, aunque el medio ambiente lo hace desde una perspectiva más primaria, lo que consideramos (o cada uno considera) la “naturaleza”; el

²⁶ Vid. algunos de ellos en A. Fernández-Rubio Legrá, *El Derecho ambiental internacional en el mundo contemporáneo*, La Habana, AFR ediciones, 1998, pp. 17-21.

desarrollo sostenible, en cambio, pretende ser el vehículo de aspiraciones más trascendentes, que incluyen el bienestar de las generaciones futuras²⁷.

Sobre esta base, La ley 2/2011 de 4 de marzo aborda la compleja tarea de adecuar la economía española a los parámetros de la sostenibilidad²⁸. Obviamente, no es ésta la sede adecuada para un análisis en profundidad de dicha normativa, por lo que nos limitaremos a exponer sus líneas básicas, entresacando así los principios generales que dirigen el nuevo régimen jurídico del desarrollo sostenible en España. Esto nos permitirá, en el apartado siguiente, poder tenerlos en cuenta a la hora de examinar el régimen de las inversiones extranjeras a la luz de la sostenibilidad y desde la perspectiva española.

En este sentido, cabe señalar ante todo que el legislador español sigue el concepto trinitario del desarrollo sostenible que hemos venido exponiendo, lo que se refleja tanto en el preámbulo, como ya se indicó al comienzo de este trabajo, como en el art. 2: “a los efectos de la presente Ley, se entiende por economía sostenible un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”. A este respecto, hay que subrayar la alusión al concepto de equidad intergeneracional, que es propio del nuevo paradigma, como ya quedó indicado en párrafos anteriores. Pero, sin duda, en relación con nuestro objeto de estudio, el artículo más revelador es el tercero, donde se detallan los principios generales que persigue el legislador español con el resto de la regulación. Así, según el citado precepto, el impulso de la sostenibilidad en la economía española estará guiado por nueve principios, que deberán ser tenidos en cuenta por las administraciones públicas:

i) Mejora de la competitividad. Se refiere al incremento de la competitividad de las empresas, mediante la creación de marcos regulatorios que favorezcan la

²⁷ Vid. R. A. Velázquez Pérez, *Claves... op. cit.*, p. 29.

²⁸ Como bien se aclara en el preámbulo de la Ley, ésta es la pieza fundamental de la Estrategia para una Economía Sostenible, aprobada en noviembre de 2009, que articula un ambicioso y exigente programa de reformas, como la prioridad otorgada al incremento en la inversión en investigación, desarrollo e innovación, o al fomento de las actividades relacionadas con las energías limpias y el ahorro energético; la Estrategia incluye un variado elenco de iniciativas legislativas, reglamentarias y administrativas, así como la promoción de reformas en ámbitos específicos de la economía española como el laboral o el de la Comisión del Pacto de Toledo. La Ley aborda así, transversalmente y con alcance estructural, muchos de los cambios necesarios para incentivar y acelerar el desarrollo de una economía más competitiva, más innovadora, capaz tanto de renovar los sectores productivos tradicionales como de abrirse decididamente a las nuevas actividades demandantes de empleos estables y de calidad.

competencia y la eficiencia en los mercados de bienes y servicios, faciliten la asignación de los recursos productivos y la mejora de la productividad, en particular a través de la formación, la investigación, la innovación y el uso de nuevas tecnologías, e incrementen la capacidad para competir en los mercados internacionales.

ii) Estabilidad de las finanzas públicas, para contribuir al mejor desenvolvimiento de la actividad económica y al adecuado funcionamiento del Estado.

iii) Racionalización de las Administraciones Públicas, adoptando medidas de simplificación y sostenibilidad de la estructura administrativa y de acceso directo de los ciudadanos a los servicios y prestaciones públicas garantizando una actuación ética, eficaz, eficiente y transparente.

iv) Fomento de la capacidad innovadora de las empresas a través de una política de apoyo a la investigación y a la innovación, que favorezca tanto a las empresas e industrias innovadoras, como la renovación de los sectores tradicionales, con el fin de aumentar su competitividad.

v) Ahorro y eficiencia energética, que deben contribuir a la sostenibilidad propiciando la reducción de costes, atenuando la dependencia energética y preservando los recursos naturales.

vi) Promoción de las energías limpias, reducción de emisiones y eficaz tratamiento de residuos, para compatibilizar así el desarrollo económico con la minimización del coste social de las emisiones y de los residuos producidos y sus tratamientos.

vii) Racionalización de la construcción residencial, para conciliar la atención a las necesidades de la población, la rehabilitación de las viviendas y de los núcleos urbanos, la protección al medio ambiente y el uso racional de los recursos económicos.

viii) Extensión y mejora de la calidad de la educación, e impulso de la formación continua, como instrumentos para la mejora de la cohesión social y el desarrollo personal de los ciudadanos.

ix) Fortalecimiento y garantía del Estado social, conciliando el avance paralelo y armonizado del progreso económico con la mejora de las prestaciones sociales, así como la sostenibilidad de su financiación.

A partir de estos nueve principios, la citada Ley 2/2011 pretende orientar la economía española hacia los parámetros del nuevo paradigma. El texto final se estructura así en un Título preliminar, y en cuatro Títulos restantes (mejora del entorno económico, competitividad, sostenibilidad ambiental e instrumentos

para la aplicación y evaluación de la Ley) que contienen el conjunto de reformas de impulso de la sostenibilidad de la economía española²⁹. No obstante, en el propio preámbulo se reconoce que las reformas correspondientes a la sostenibilidad social, esencialmente en materia de empleo y de seguridad social, quedan al margen del contenido de la Ley, lo que supondría dejar fuera uno de los pilares básicos de la sostenibilidad (la cohesión social). Esta laguna parece querer cubrirse con la recientemente aprobada Ley 5/2001, de 29 de marzo, de economía social³⁰.

III. Algunas claves para la conciliación de los intereses contrapuestos

1. El fomento de inversiones de calidad, como objetivo del Derecho internacional de inversiones

Como se ha indicado al comienzo de la exposición, la relación entre inversiones extranjeras y desarrollo sostenible no escapa de cierta paradoja: en una mayoría de países, el desarrollo sostenible exige potentes inversiones, que sólo pueden venir del extranjero. Pero los inversores, en general, pretenderán ante todo rentabilizar su inversión, muchas veces precisamente en detrimento de las prácticas más sostenibles. El Derecho de las inversiones extranjeras debería servir entonces como instrumento capaz de encontrar el equilibrio adecuado entre el interés económico de los inversores en la rentabilidad y el interés del Estado receptor de inversiones en su objetivo de alcanzar un desarrollo sostenible. La fórmula es una cabeza de Jano: por un lado, contribuir al fomento de inversiones sostenibles o “de calidad”; por otra, facilitar que se proscriba aquellas que no lo son. El instrumento jurídico de que disponemos esencialmente para conseguir este fin, a falta de un (inviabile) tratado multilateral, es la tupida red de tratados bilaterales de inversiones y su interpretación a través de la consolidada práctica arbitral.

Ahora bien, no es clara la función de fomento del Derecho internacional de inversiones. No existe evidencia empírica que proporcione datos sobre la medida en que los acuerdos bilaterales (o el Derecho en general) ayudan realmente a atraer las inversiones extranjeras (de cualquier tipo, sostenibles o no). Como aclara J.C. Fernández Rozas, un marco jurídico beneficioso no es más que uno entre los múltiples vectores a considerar por los inversores, entre el conjunto de ventajas que puede presentar un Estado necesitado de inversiones para

²⁹ Desde un punto de vista formal, no deja de llamar la atención la elevada cantidad de disposiciones finales que acompañan a la Ley –hasta un número de 60 (!)– que, en realidad vienen a constituir una reforma “en paralelo”, donde se abordan cuestiones tan dispersas como, por ejemplo, las descargas ilegales en Internet, a través de la denominada “Ley Sinde”.

³⁰ BOE, 30-III-01.

atraer los flujos de capital, y no necesariamente será la más significativa o valorada³¹. Pero donde sí tiene una misión clara el Derecho internacional de inversiones es en su función de policía, pudiendo ser orientado hacia la sostenibilidad tanto para dificultar o impedir determinadas prácticas de los inversores como, desde otro punto de vista, para facilitar a los Estados su interés en la promoción de pautas de desarrollo sostenible.

Con este fin, cabría apelar tanto a la labor de los legisladores, a la hora de redactar los textos destinados a integrar el corpus normativo del Derecho internacional de inversiones, como a la función de los árbitros, en el momento de interpretar los mismos. No obstante, nuestro objeto de estudio se alargaría más allá de lo debido si no operásemos una reducción oportuna de su ámbito, considerando los razonables límites que exige una publicación del tipo de la presente³². Por este motivo, considerando que hemos partido de un modelo como referencia (el acuerdo bilateral hispano-cubano), parece razonable limitarnos a examinar su contenido a la luz de la sostenibilidad. Ciertamente, ello excluirá, por tanto, el análisis de aquellas cuestiones no incluidas en el texto de dicho convenio. Propondremos entonces únicamente, a continuación, una relectura del texto del mencionado acuerdo en clave sostenible. Con este fin, examinaremos aspectos relativos tanto a cuestiones materiales (esto es, obligaciones del Estado inversor, excepto la transferencia de rentas) como procesales (esto es, arbitraje) presentes en el mencionado instrumento. En la medida en que, como se ha dicho, este clausulado está presente, con matices, en la multitud de acuerdos bilaterales, los resultados que obtengamos son extrapolables con carácter general.

³¹ *Loc. cit.* en nota 1, p. 14. Así, el autor mencionado cita, entre otras, el tamaño y crecimiento del mercado, la estabilidad macroeconómica, el desarrollo de las infraestructuras, el precio del suelo, trámites para la compra o creación de empresas, salarios, regulación laboral, etc...).

³² Abordar todos los problemas que plantea la adecuación del Derecho internacional de inversiones a la sostenibilidad, sólo puede ser objeto de tratamiento adecuado en formato monografía. De hecho, este trabajo se enmarca en el conjunto de recientes investigaciones llevadas a cabo en la Universidad de Vigo sobre Derecho de la sostenibilidad, dentro del proyecto de investigación SEJ2007-61137, “El Derecho económico internacional ante la globalización”, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Para un mayor ahondamiento sobre las mismas, nos remitimos esencialmente a M. A. Michinel Álvarez, y R.A. Velázquez Pérez, “La sostenibilidad en los países en vías de desarrollo (PVD), con especial referencia a América Latina y el Caribe (ALC)”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, nº 18, 2010, pp. 137-240; *id.*, “La cultura de la sostenibilidad en la era de la globalización: caracterización general de un nuevo paradigma socioeconómico”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 2009-2010 (en prensa). El autor quiere hacer constar su agradecimiento al Dr. Velázquez Pérez por sus observaciones sobre el tratamiento jurídico de la sostenibilidad en este ámbito, que serán plasmadas con mayor detalle en un futuro trabajo más amplio, y que son aquí meramente apuntadas.

2. Aspectos materiales

A) Tratamiento del inversor

Como vimos, el acuerdo hispano-cubano incluye las cláusulas de trato justo y equitativo, de trato nacional, y de nación más favorecida. Por lo que se refiere al primero de ellos, las interpretaciones del principio son variadas, desde la más favorable a los intereses de los inversores (rechazada la idea de “protección absoluta”³³, sería aquella según la cual se exige una actitud activa por parte del Estado receptor para fomentar la inversión realizada, antes que simplemente evitar perjuicios al inversor) a la más favorable para el interés de los Estados (subrayando su conexión con el principio de buena fe). La expansión de esta segunda interpretación, minoritaria, permitiría evitar condenas de Estados por vulneración del acuerdo de inversiones cuando, sin haber actuado deliberadamente o de mala fe, hubiesen podido adoptar determinadas medidas, favorables al desarrollo sostenible, pero desfavorables para algún inversor, que quisiera ampararse en esta cláusula. En todo caso, una noción intermedia incluiría determinados standards como la exigencia de una diligencia mínima al Estado receptor, la protección frente a la coerción y el acoso, o la garantía de un proceso debido. Por lo que se refiere, en segundo lugar, al trato de nación más favorecida y al trato nacional, se trata de dos versiones del mismo principio: no se puede tratar peor a un inversor extranjero que a otros inversores, tanto nacionales como de terceros Estados. Cuestión clave en relación con el trato de nación más favorecida, es su utilización para “importar” disposiciones procedentes de otros acuerdos bilaterales que, en principio, no serían aplicables³⁴, vulnerando así las intenciones inicialmente manifestadas por los Estados al firmar su tratado. Problema particularmente espinoso es su utilización respecto de las disposiciones procesales contenidas en otros tratados³⁵. En aras de la sostenibilidad, es oportuno operar una reducción teleológica de la cláusula, que impida estos comportamientos oportunistas de los inversores (lo que se ha dado en llamar *treaty shopping*³⁶).

³³ Caso *Elettronica Sicula (ELSI)* ante el CIJ, en 1987.

³⁴ Vid. A. Cosbey, y otros, *loc. cit.*, p. 33

³⁵ Vid. a este respecto, E. Fernández Masiá, “Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras”, *REEI*, vol. 13, 2007 (www.reei.org).

³⁶ Vid. B. Legum, “Defining Investment and Investor: Who is Entitled to Claim?”, *Symposium on Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*, París, 12 de diciembre de 2005, p. 5.

B) Expropiación

Se trata probablemente de la cuestión más compleja³⁷. Particularmente relevante, desde el prisma aquí utilizado (la sostenibilidad), es la denominada “expropiación indirecta”, esto es, la que no afecta formalmente al título de propiedad del inversor, pero le pone en condiciones de recibir escaso o nulo beneficio de la misma, normalmente debido a cambios legislativos que le afectan (de ahí que también se la denomine “expropiación regulatoria”). Se ha venido abriendo paso de la mano de textos que aluden a la expropiación o medidas equivalentes³⁸. La clave se encuentra en que, mientras que una regulación legítima por parte del Estado en uso de su potestad soberana, sin ánimo de limitar el beneficio del inversor, no generaría derecho a la reparación, en cambio, si se considera que se trata de una auténtica expropiación (aunque fuese indirecta), sí debe ser compensada económicamente. Un supuesto típico, íntimamente relacionado con el desarrollo sostenible, es el incremento de los standards de protección ambientales por parte de los Estados receptores, que puedan derivar en obligaciones de difícil o imposible cumplimiento para el inversor. En este sentido, preocupa la tendencia hacia una interpretación expansiva favorable a los inversores, lo que podría provocar el denominado “enfriamiento regulatorio”³⁹, especialmente nocivo si se pretende garantizar un futuro adecuado al desarrollo sostenible. Se trata entonces de encontrar un equilibrio adecuado entre las expectativas legítimas de los inversores y el interés general estatal focalizado en la sostenibilidad. Las interpretaciones más favorables a los primeros se concentrarán en aceptar la mera afectación de la inversión para entender que existe expropiación; en cambio, en pro del interés estatal, al menos si está focalizado hacia el desarrollo sostenible, debería exigirse además la concurrencia de intencionalidad. En todo caso, será determinante el impacto que produzca la medida sobre la inversión a la hora de decidir si nos encontramos ante una expropiación indirecta⁴⁰.

C) Ausencia de compensación en caso de estado de necesidad

Se contempla además, como vimos, en el acuerdo hispano cubano, la compensación en caso de actuaciones en el marco de estado de necesidad, sujeta al principio de igualdad de trato nacional. En realidad, con carácter general se suele

³⁷ Sobre este asunto concreto, en nuestra doctrina ha dicho la última palabra, según quedó ya indicado, I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *op. cit.*, *passim*.

³⁸ El TBI hispano-cubano habla de “la nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares” (cursivas nuestras, art. V.1º). También contempla el derecho de readquisición, si el bien expropiado no recibió el destino previsto (art. V.3º).

³⁹ *Vid.* J. P. Bohoslavsky, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁰ *Vid.* I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *op. cit.*, p. 250.

acudir aquí a la costumbre internacional que exonera de responsabilidad al Estado en situaciones de fuerza mayor, siempre que no haya habido negligencia por su parte (aunque la prueba recaerá sobre el reclamante) o hubiera provocado la situación el propio Estado⁴¹. Particularmente sensible en relación con una visión como la que defendemos, a partir de los fundamentos de la sostenibilidad, es la situación de estado de necesidad referida a crisis económicas, problema de gran actualidad en el contexto de insolvencias soberanas en que nos movemos últimamente. Diversos problemas se entrecruzan aquí, como la propia noción de imposibilidad material de cumplimiento o su naturaleza temporal o definitiva. En todo caso, la fuerza mayor debería servir de defensa para exonerar la responsabilidad, de modo genérico pero únicamente, respecto de actuaciones que quedan más allá del control de los Estados, en situaciones extremas, y no simplemente porque el cumplimiento de las obligaciones a las que el Estado se comprometió haya devenido más dificultoso⁴². Así, el Estado no podría invocarla salvo que se tratase de la única vía disponible para proteger sus intereses básicos contra un grave e inminente peligro, y siempre que no se afectasen los intereses esenciales de otros Estados o de la comunidad internacional. Además, el Estado no podría parapetarse en estado de necesidad para extinguir su responsabilidad si existiese expresamente una obligación internacional que se lo impidiera⁴³.

3. Aspectos procesales

Además de influir en las cuestiones materiales, la traducción del acuerdo a la sostenibilidad se proyecta también sobre los aspectos relativos a la solución de controversias. Para no alargarnos en exceso, aquí nos centraremos exclusivamente en la resolución de controversias entre inversores y Estados (esto es, dejaremos fuera el sistema de controversias entre Estados). Y, dentro de aquella, examinaremos únicamente las cláusulas que afectan al procedimiento arbitral que aparecen recogidas en el ejemplo del que nos hemos servido hasta ahora, el TBI hispano-cubano; esto es, las relativas a períodos de espera y a la elección entre arbitraje y jurisdicción⁴⁴.

⁴¹ Vid. J. P. Bohoslavsky, *op. cit.*, p. 49.

⁴² Vid. R. Boed, "State of necessity as a justification for internationally wrongful conduct", *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 3, 2006.

⁴³ Art. 25 del Proyecto sobre responsabilidad de los Estados por los actos ilícitos internacionales aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en 2001.

⁴⁴ Una visión general crítica del arbitraje de inversiones se ofrece en I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *op. cit.*, pp. 355-375; asimismo, sobre un aspecto concreto que aquí tampoco abordaremos, entra en detalle J. C. Fernández Rozas, "Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 2, nº 2, 2009, pp. 335-378, donde el autor subraya las particularidades que en este punto presenta el arbitraje de inversiones.

A) Plazos de espera

El TBI hispano–cubano abre un plazo de 6 meses previo al recurso a arbitraje para una resolución amigable (tanto en las controversias Estado–Estado como Estado–inversor). Este tipo de cláusula puede englobarse con carácter general dentro de aquéllas que exigen el transcurso de un cierto período de tiempo, a la espera de una decisión de la jurisdicción ordinaria interna; aunque, ciertamente, el texto del TBI hispano–cubano alude a la consecución de un “acuerdo amistoso”, el espíritu es semejante: se trata de imponer un lapso de tiempo (variable según los instrumentos, entre 3 y 18 meses) para impedir el recurso inmediato al arbitraje. La medida se basa así en la importancia del elemento temporal en un ámbito tan sensible a este respecto como son las inversiones. El período previsto en este caso (6 meses) podría verse alterado no obstante si se acepta la posibilidad de “importar” un plazo más ventajoso para el inversor presente en otros TBIs, a través de la cláusula de nación más favorecida (lo cual, como ya vimos, plantea dudas respecto del clausulado de tipo procesal). Desde la perspectiva de la protección y fomento de prácticas sostenibles que aquí hemos adoptado como punto de partida, este tipo de cláusula podría funcionar como mecanismo de presión tanto en perjuicio del inversor como del Estado receptor, aunque parece más probable que lo haga en el primer sentido. Así, cuanto mayor sea el plazo establecido sin que el inversor pueda acudir al arbitraje, mayores pérdidas podrá ocasionarle el transcurso del tiempo si su inversión está resultando perjudicada. De esta forma, se podrá ver más presionado para alcanzar un acuerdo amistoso, más favorable para los intereses del Estado receptor de la inversión, y con menos riesgos para éste de arriesgarse a un laudo arbitral poco ajustada a los parámetros de la sostenibilidad. Es en este sentido que algún autor ha reputado a este tipo de cláusulas como “nietas” de la doctrina Calvo⁴⁵ que, recordemos, favorecía los intereses de los Estados receptores de inversión frente a los correspondientes a los inversores.

B) La elección entre arbitraje y jurisdicción.

Finalmente, el texto del TBI hispano–cubano establece la posibilidad (en caso no haberse alcanzado el acuerdo amistoso) de acudir a la jurisdicción ordinaria o a arbitraje, a elección del inversor⁴⁶. En primer lugar, cuestión polémica en este

⁴⁵ La expresión es de C. Schreuer, “Calvo’s Grandchildren: the Return of Local Remedies in Investment Arbitration”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2005, pp. 1–17.

⁴⁶ *Vid.* en relación con este problema y en el marco general del arbitraje internacional J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho privado y Constitución*, n° 19, 2005, pp. 55–91. En el sector específico de las inversiones, E. Fernández

punto es si una cláusula contractual de elección de foro entre inversor y Estado receptor se puede ver afectada por el régimen de opción entre arbitraje y jurisdicción establecido en un TBI. En general, se debe distinguir aquí entre acciones contractuales y acciones convencionales⁴⁷. Cuando la reclamación tiene como base la vulneración de obligaciones derivadas del propio tratado, una cláusula contractual no podrá anular el mecanismo de resolución de controversias previsto en aquél; y, a la inversa, cuando la base de la reclamación resulte ser esencialmente el contrato entre Estado e inversor, el acuerdo de competencia, especialmente si la atribuye en exclusiva, debería respetarse⁴⁸. Particularmente complejo aquí sería el juego añadido de una “cláusula paraguas” que pudiera estar presente en un TBI, en la medida en que se considerase que las obligaciones contractuales quedan también bajo el amparo de la protección del acuerdo (y, por extensión, de su sistema de resolución de controversias). En segundo lugar, desde la perspectiva aquí adoptada, para concluir, parece más acorde con la defensa de los intereses del Estado receptor, en casos que involucren problemas relacionados con la sostenibilidad, especificar que, una vez hecha la opción entre arbitraje o jurisdicción, ésta devenga irrevocable. Este tipo de cláusula, que se conoce como “*fork in the road*”⁴⁹, tiene como finalidad evitar el riesgo de procedimientos múltiples, y, por extensión, que un inversor pueda obtener una doble compensación por una única infracción, acudiendo a arbitraje y a la jurisdicción (v.gr., basando el inversor su reclamación sobre la infracción del TBI, en el procedimiento arbitral, y sobre el contrato concluido con el Estado receptor, en el procedimiento ordinario).

Masiá, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*, Madrid, Marcial Pons, 2008, especialmente pp. 88–95.

⁴⁷ Vid. I. Fadlallah, I., “La distinction *Treaty claims* – *Contract claims* et la compétence de l’arbitre CIRDI: faisons-nous fausse route?”, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement* (Leben, C., dir.), Lovain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 205–218. Asimismo, E. Fernández Masiá, *Tribunales nacionales...*, *op. cit.*, pp. 40–50.

⁴⁸ Aunque, ciertamente, pueda surgir duda si los mismos hechos puedan dar lugar a una reclamación de base convencional y otra contractual (vid. I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *op. cit.*, p. 407).

⁴⁹ A este respecto, vid. C. Schreuer, “Travelling the BIT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, n° 2, 2004, pp. 231–256, pp. 239–249.

EFFECTOS EN ESPAÑA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN LLEVADA A CABO EN EL EXTRANJERO

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. Introducción. II. Recientes supuestos en la práctica en los países de nuestro entorno. III. La situación en España: hitos recientes del reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero. 1. La Resolución DGRN 18 de febrero de 2009. 2. La Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia 17 de septiembre de 2010. 3. La Instrucción de la DGRN 5 de octubre de 2010. IV. Los tópicos protagonistas y su papel en nuestro sistema: el orden público, el fraude a la ley española. V. La gestación por sustitución en los supuestos internacionales más allá de la actual regulación positiva. 1. Planteamiento. 2. Ley aplicable *versus* reconocimiento. 3. Ponderación de intereses: admisión o rechazo de los efectos de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero. 4. La estabilidad de la filiación reconocida: coordinación entre reconocimiento, ley aplicable y Derecho sustantivo. VI. Conclusiones.

RESUMEN: El presente trabajo estudia la situación creada en España tras los recientes y sucesivos acontecimientos ligados al reconocimiento de situaciones de gestación por subrogación generadas en el extranjero. Tras una primera Resolución de la DGRN, admitiendo la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida de una gestación por subrogación llevada a cabo en California, su posterior revocación por parte de un Juzgado de Primera instancia y la respuesta del Órgano Directivo dictando una Instrucción *ad hoc* sobre el tema, el panorama jurídico despierta a un nuevo tópico de innegable actualidad. El autor pone de manifiesto que lo dispuesto en la Instrucción o no es tan nuevo o es meramente ilegal y, en todo caso, insuficiente para ofrecer una respuesta adecuada a la multitud de problemas derivados de la maternidad subrogada. El hecho de que la gestación por subrogación no altere el régimen ordinario de la filiación en Derecho material español no es razón suficiente para considerar contrario al orden público el reconocimiento de las llevadas a cabo en el extranjero; al menos no en todos los casos; no con carácter general y absoluto. Por lo tanto, sería posible hoy en día reconocer la filiación derivada de algunas situaciones de maternidad subrogada, con los efectos propios del país de origen. La cuestión principal es establecer la vía o vías apropiadas para el reconocimiento y sus concretas condiciones o presupuestos, así como coordinarlos con el resto del sistema para proporcionar un grado adecuado de estabilidad en los supuestos reconocidos.

En este contexto, el autor considera necesario también un cambio en la legislación sustantiva: la admisión de la maternidad subrogada con las condiciones y requisitos que salvaguarden todos los derechos implicados. El reconocimiento bajo determinadas condiciones de supuestos de gestación por subrogación llevados a cabo en el extranjero junto con el manteniendo de su desconocimiento en la legislación

sustantiva española trae como consecuencia una discriminación elitista entre las personas que pueden y las que no pueden permitirse acudir a estas técnicas en el extranjero.

Desde una perspectiva metodológica, el autor aborda la delimitación recíproca de los ámbitos regulativos del método conflictual y del método de reconocimiento y, en relación a este segundo, presta especial atención a las nociones de orden público (relativizando la fuerza argumental del “interés superior del niño”) y de fraude a la ley.

PALABRAS CLAVE: MATERNIDAD SUBROGADA – RECONOCIMIENTO – ORDEN PÚBLICO – FRAUDE A LA LEY – INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

ABSTRACT: *This paper points out the current situation that arises in Spain after some recent events related to surrogacy. Two contradictory statements triggered new rules to be enacted at a civil registry level. The first one, delivered by the DGRN (administrative body depending on the Ministry of Justice), recognizes Californian surrogacy in order to register it on the Spanish civil register. This statement (resolución) was revoked by a Court of Justice, that ruled the statement of the DGRN was unlawful. The author deals with the new situation and points out that these new rules are clearly unsatisfactory to offer an adequate and proper answer to the wide constellation of problems arising from surrogacy. According to him, the fact that surrogacy is banned by the Spanish civil law is not enough reason to consider surrogacy as opposite to Spanish international public policy. So it would be possible nowadays to recognise some situations of foreign surrogacy. The main question is to determine the precise conditions to admit foreign surrogacy and to act in order to provide an adequate degree of stability for the recognized cases.*

In this context, the author also proposes a change at civil level: the admission of surrogacy in Spanish civil law. The admission under certain conditions of foreign surrogacy jointly with the maintenance of its ban in Spanish law brings as unsatisfactory outcome the promotion of a undesirable discrimination between people that can afford a foreign surrogacy and those who can not.

From a methodological perspective, the author deals with the delimitation between conflict of laws and recognition method and, related to this second issue, with the scope of public policy and the question of fraud legis.

KEYWORDS: SURROGACY – RECOGNITION – PUBLIC POLICY – FRAUS LEGIS – BEST INTERESTS OF THE CHILD.

I. Introducción

1. Hace algunos años, quienes nos dedicábamos al Derecho internacional privado estudiábamos un arcaico y heterogéneo conjunto de normas y lo exprimíamos en términos sistemáticos con ciertas dosis de esoterismo, a decir de quienes cultivaban otras disciplinas jurídicas. La ausencia de una práctica judicial y administrativa relevante fomentaba esta visión metodológica y sistemática en detrimento de otra más problemática y cercana a los particulares. Se hacía de la necesidad virtud y se envidiaba a la jurisprudencia extranjera, mucho más rica y ejemplificativa. Hoy la situación ha cambiado radicalmente. La cantidad y calidad (en términos jurídicos) de las situaciones privadas internacionales que llegan a la valoración de nuestras autoridades (en ocasiones previo o post paso por los medios de comunicación) desborda la capacidad de asimilación del especialista medio. Mientras que en el pasado el coordinador de una crónica de jurisprudencia

cia había de salir con un candil a la búsqueda de la sentencia o la resolución relevante, hoy se ve obligado a realizar una selección cruel, descartando decisiones de indudable interés en beneficio de otras igualmente interesantes. La gran mayoría de este nuevo caldo de cultivo internacional–privatista muestra que los órganos judiciales y administrativos españoles están cada vez más capacitados para abordar con solvencia los a veces intrincados problemas que cada situación plantea. Sin embargo, tampoco escasean los casos en los que el sistema y el método para implementarlo están ausentes en el discurso en beneficio, en el mejor de los casos, de una bienintencionada finalidad de asegurar la justicia (¿cuál?) en el caso concreto; o casos nuevos en los que se requiere al sistema para que evolucione, sin que el legislador esté a la altura de las circunstancias.

A las dos últimas descripciones creo que se acomodan algunos de los hitos jurídicos vinculados al muy conocido supuesto de la solicitud de inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de dos gemelos que había tenido lugar en San Diego, California, mediante “gestación por sustitución”¹. Recordando brevemente los acontecimientos, un matrimonio de hombres españoles recurrió a esta técnica en los Estados Unidos de Norteamérica y solicitó en el Registro Civil Consular de Los Ángeles la inscripción del nacimiento de los gemelos como hijos de ambos, presentando al efecto certificados de nacimiento de los menores expedidos por los registros americanos, certificado de nacimiento de los promotores y su libro de familia². El Encargado del Registro consular denegó la inscripción solicitada, invocando la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuyo art. 10, en lo que ahora nos interesa, señala que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. El recurso de los promotores (el matrimonio de varones españoles) fue estimado por la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) por su también ampliamente conocida Resolución de 18 de febrero de 2009³ (en adelante la Resolución), que acordó la práctica de la inscripción en los

¹ Eludo en el presente estudio tanto las cuestiones terminológicas, cuanto las estrictamente técnicas. Respecto de las primeras, utilizaré preferentemente la expresión legal de nuestra Ley (gestación por sustitución), siendo consciente de las diferencias existentes tanto en términos genéticos como en términos ideológicos entre las alternativas (fundamentalmente “maternidad por sustitución” *versus* “gestación por sustitución”, pero también “madre de alquiler”). En consecuencia, también eludo diferenciar los supuestos en función del aporte de material genético, por más que en los casos analizados de la práctica comparada haya sido un elemento (implícita o explícitamente) relevante.

² Un estado de la cuestión en California nos lo proporciona el reciente trabajo de E. Farnós Amorós, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, 1/2010, pp. 7–12.

³ Al margen del abundante eco en los medios de comunicación, esta Resolución ha sido objeto de señalados comentarios técnicos, entre los que hay encontradas valoraciones: resulta una Resolución impecable y sin tacha alguna para A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho transnacional* (octubre

términos solicitados. La Sentencia del Juzgado nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 (en adelante la Sentencia) ordenó la cancelación de la inscripción y, último paso hasta el momento, la DGRN reaccionó prontamente dictando para supuestos similares la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁴.

2. Las presentes reflexiones tienen como modesta finalidad poner de manifiesto cuál es el estado actual de la cuestión, evaluar la corrección de los pasos andados en términos de Derecho positivo y hacer una propuesta de futuro. Para ello, seguiré la secuencia temporal de los tres momentos hasta ahora relevantes: Resolución de la DGRN, Sentencia del Juzgado de Valencia e Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El propio supuesto de partida marcará también los tópicos tratados, por lo que no tendré en cuenta los aspectos estrictamente contractuales entre la madre gestante y los comitentes, ni las cuestiones vinculadas a la nacionalidad de los nacidos. Por último, la tipicidad del supuesto y el

2009), vol. 1, nº 2, pp. 294–319; mayor objetividad es la que muestran A. Quiñones Escámez, *REDI*, 2009–1, pp. 215–217; *id.*, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la Res. DGRN 18 de febrero de 2009”, *Indret*, 3/2009 (trabajo que conjuga una visión metodológica con un tratamiento problemático y realiza una equilibrada ponderación de todos los intereses en presencia –no sólo del “interés superior del niño”); P. Orejudo Prieto de los Mozos, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1249–1252, se muestra crítica en términos de técnica jurídica; *id.*, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, (trabajo al que he tenido acceso por gentileza de la autora y que será citado por la numeración de sus párrafos). M. Atienza, “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 27, 2009, pp. 52–56; Directamente crítico, aunque sin desarrollar su posición, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil* nº 3/2009 (*Tribuna*); crítico también con argumentos de distinta índole, L. Muñoz de Dios, “El Registro Civil admite el alquiler de vientres”, *El Notario del Siglo XXI*, *cit.*, pp. 57–61. Desde una perspectiva más trascendente para el Derecho sustantivo, E. Farnós Amorós, *cit.*

⁴ *BOE*, 7–X–10. Instrucción que ha tenido distintas valoraciones: no parecen ser muy partidarios de su contenido A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, (marzo 2011), pp. 247–262; entre descriptivos y ambiguos (aunque entre líneas creo que puede entenderse su desaprobación), E. Rubio Torrano, “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil*, nº 9/2011 parte *Tribuna*; A. Salas Carceller, “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil* nº 10/2011 parte *Tribuna*. En términos de fondo (morales) también contrario, L.F. Muñoz de Dios Sáez, “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 34, pp. 45–50. Se muestra favorable en términos técnicos, M. Guzmán Zapater, “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 34, pp. 51–55. Intuyo que favorable (pues la toma como punto de partida para una construcción sustantiva favorable a la gestación por sustitución), A.J. Vela Sánchez, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 7608, Doctrina, de 11 de abril de 2011. Con una valoración muy similar a la que haré en más adelante, *vid.* el comentario de P. Orejudo Prieto de los Mozos, *REDI*, 2010–29–Pr.

enfoque tanto de la Resolución cuanto de las primeras opiniones publicadas sobre la misma hacen que dedique algunos desarrollos metodológicos a la proyección de la idea de reconocimiento *versus* norma de conflicto y sus implicaciones. A pesar de la recurrente apelación de la DGRN y de sus comentaristas más entregados a la jurisprudencia comunitaria en materia de nombre para extrapolar sus efectos intracomunitarios sobre el reconocimiento de la gestación por sustitución en el caso resuelto (recordemos, procedente de California), dejaré al margen de mi exposición esta dimensión⁵. Tampoco abordaré aspectos vinculados a una eventual regulación de los aspectos internacionales de una eventual y futura gestación por subrogación *llevada a cabo en España* en el caso de que se produjese una deseable modificación legislativa.

Aunque el discurso sea predominantemente doméstico, la coincidencia en el tiempo de otros supuestos análogos al que nos sirve de referencia y el interés despertado por ellos serán también tenidos muy en cuenta en mis desarrollos, siendo objeto de una somera exposición antes de abordar la situación española.

II. Recientes supuestos en la práctica en los países de nuestro entorno

3. En Francia sobresale el asunto *Mennesson*. En un primer momento, la Sentencia *Cas. Civ.*, de 17 de diciembre de 2008⁶ no entró en el fondo del asunto, pues tan solo se pronunció sobre la admisibilidad de la acción del Ministerio Público, remitiendo el caso al tribunal competente. Como auguraba A. Quiñones Escámez⁷, la Sentencia *Cour d'Appel* de París de 18 de marzo de 2010 estimó la acción del Ministerio Público y anuló la inscripción del nacimiento

⁵ Muy emparentada con el tema del reconocimiento globalmente considerado, pero que creo que no puede trasladarse en todos los casos a los supuestos extracomunitarios. *Vid.* N. Bouza Vidal, "La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado", *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), Madrid, 2010, pp. 283–306, pp. 299–301, para el desarrollo del tema y p. 301 sobre la inexistencia de un fundamento similar en situaciones intracomunitarias y situaciones extracomunitarias. Más matizado, con cita de opiniones diversas, P. Lagarde, "La reconnaissance. Mode d'emploi", *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum, Hélène Gaudemet-Tallon*, París, 2008, pp. 481–501, p. 482. El tema es tratado de forma sintética e interesante en el seno del GEDIP por A. Bucher, "De la reconnaissance mutuelle au droit à l'identité", *Rapport soumis à la discussion lors de la réunion de padoue*, 18–20 septiembre 2009, consultado en su página web (<http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-19-fr.htm>). Contradiendo en parte esta visión C. Campiglio, "Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2009, pp. 589–604, realiza un estudio genérico de la Sentencia *Trib. App.* de Bari de 19 de febrero de 2009, sin incorporar la clave comunitaria a pesar de que la gestación había tenido lugar en el Reino Unido (tan solo en pp. 596–597 se introduce esta clave comunitaria, pero sin un peso suficiente en la argumentación).

⁶ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2009, pp. 320–331, con nota de P. Lagarde; *Journ. dr. int.*, 2009, pp. 577–586, con nota de S. Bollée. *Vid.* G. Cuniberti sobre la precedente Sentencia *Cour d'Appel* de París, *1ère Ch. secc. C.*, de 25 de octubre de 2007, *ibid.*, 2008, 145–153.

⁷ *Indret*, p. 11.

de los dos menores nacidos en California mediante gestación por sustitución, por considerar que la Sentencia de la Corte Suprema de California en la que se basaban los certificados de estado civil americanos era contraria al orden público internacional francés⁸. Esta sentencia ha sido recientemente confirmada por la Sentencia *Cas. Civ.*, nº 370, de 6 de abril de 2011⁹. Con anterioridad, la Sentencia *Cour d'Appel* de París de 26 de febrero de 2009, consideró que la gestación por sustitución contemplada en otro supuesto (cónyuges franceses, madre gestante en Minnesota, dos sentencias norteamericanas pronunciando, una, el abandono del menor y, la otra, la adopción del mismo) era contraria al orden público francés, sin que ello supusiera atentado al interés superior del niño o al art. 8 CEDH que se alegaban a favor del reconocimiento¹⁰. Esta sentencia también ha sido confirmada por la Sentencia *Cas. Civ.*, nº 369, de 6 de abril de 2011. En esta misma fecha, la *Cour de Cassation* dictó una tercera Sentencia (la nº 371) reproduciendo en esencia los mismos argumentos contrarios a la transcripción en el registro civil francés de un “acta de notoriedad” en este caso emitida por un juez francés pronunciándose sobre la posesión de estado de hijo del nacido en Minnesota mediante gestación por sustitución¹¹. Las tres sentencias dictadas por la *Cour de Cassation* el 6 de abril de 2011 utilizan los mismos argumentos en términos de contrariedad del reconocimiento con el orden público francés, aunque cada uno de los casos se habían recurrido de una forma legal distinta: solicitud de transcripción de actas extranjeras en el caso *Mennesson*; reconocimiento de una subsiguiente adopción del nacido en el segundo de los casos¹² y acta de notoriedad expedida por un juez francés sobre la posesión de estado de filiación en el tercero. Un último supuesto sumamente interesante es el resuelto también recientemente por la Sen-

⁸ El texto de la sentencia lo he consultado en www.avocats.fr, blog de Caroline Mecary, el 10 de noviembre de 2010.

⁹ El texto de esta decisión y de las otras dos del mismo día a las que me referiré a continuación se puede ver en la web oficial de la Cour: www.courdecassation.fr/.

¹⁰ *Vid. post* de G. Cuniberti, en www.conflictoflaws.net, de 30 de junio de 2009; el texto también puede consultarse en www.avocats.fr, blog de Caroline Mecary.

¹¹ La *Cour* confirma la Sentencia *Cour d'Appel* de Douai, de 14 de septiembre de 2009 que había considerado que dicha posesión de estado estaba viciada como consecuencia del contrato ilícito de gestación por sustitución.

¹² La *Cour* contaba ya con un viejo precedente en la Sentencia *Cour Cas.* de 31 de mayo de 1991, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 716–717, y nota de C. Riou–Labrusse, pp. 717–731. En ella se casó la Sentencia *Cour d'Appel* de París de 15 de junio de 1990, que había considerado la adopción tras la práctica de una gestación por sustitución como plenamente legítima y había señalado expresa y argumentadamente que la maternidad subrogada no vulneraba el orden público francés (pp. 713–716). La *Cour de Cassation* consideró que se trataba de un fraude a la institución de la adopción, puesto que ésta no era sino el último paso de un proceso global atentatorio contra los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil.

tencia *Trib. Grande Instance* de Nantes de 10 de febrero de 2011¹³. En este caso parece abrirse una vía de reconocimiento que entiendo basada en una inacción siquiera parcial del orden público al estar el supuesto desconectado en origen del ordenamiento jurídico francés. Se trataba de dos varones americanos (del texto de la sentencia sólo deriva que eran extranjeros) que recurrieron en 2001 a la técnica de gestación por sustitución en California. Posteriormente al menos uno de ellos (no es taxativo el texto de la sentencia respecto del otro) adquirió la nacionalidad francesa que se extiende a su hija. Como francesa, la hija tendría derecho a disponer de un acta de nacimiento francesa inscrita en el registro civil francés, con mención marginal de la adquisición de la nacionalidad francesa. Los efectos futuros de la sentencia no son claros, puesto que, por un lado, ordena la inscripción alejando el supuesto del orden público francés: “... debe subrayarse –se lee– que los acuerdos judicialmente aprobados por la jurisdicción [extranjera], que podrían ser contrarios a la ley francesa, no han sido celebrados en territorio francés, en 2001, entre nacionales extranjeros no vinculados por la legislación francesa y que no podemos considerar aplicar las consecuencias de una ley de policía francesa interna a sus actos pasados y sobre todo a un niño nacido en el extranjero antes de la adquisición de la nacionalidad francesa”. El orden público, sin embargo, reaparece al admitir la inscripción con una única mención de la paternidad; paternidad que, se dice, no ha sido impugnada, pero sin constancia de la paternidad del segundo “padre”.

4. En Bélgica, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Huy, de 22 de marzo de 2010, denegó la transcripción en los registros belgas del nacimiento de dos gemelas a favor de un matrimonio de varones casados en Bélgica. El nacimiento de las niñas había tenido lugar en California mediante la técnica de gestación por sustitución. Esta sentencia fue parcialmente revocada por la de la Corte de Apelación de Lieja, *1^{ère} Ch.*, 6 de septiembre de 2010, que aunque consideró contrario al orden público belga los contratos sobre seres humanos y sobre el cuerpo humano, introdujo el “interés del niño” como elemento de flexibilidad para aceptar el recurso, aunque sólo respecto del varón que era padre biológico¹⁴. En esta sentencia el punto de partida fue la aplicación de la ley belga, según la cual el padre biológico sí podría mediante reconocimiento establecer la paternidad si la madre gestante no estaba casada. El supuesto resulta sumamente significativo si tenemos en cuenta que Bélgica es

¹³ El texto puede consultarse en www.avocats.fr, blog de Caroline Mecary (última consulta 13 de abril de 2011).

¹⁴ Información obtenida a partir de los *posts* P. Wautelet en www.conflictoflaws.net, de 27 de abril de 2010 y de 2 de noviembre de 2010.

uno de los países de la UE en los que la gestación por sustitución se admite *de facto*¹⁵.

5. La Sentencia Trib. App. de Bari de 19 de febrero de 2009¹⁶, un día después de la resolución de nuestra DGRN, reconoció en Italia un supuesto de gestación por sustitución llevado a cabo en el Reino Unido. Los hermanos, nacidos en el Reino Unido en 1997 y 2000, respectivamente, constaban en el registro italiano como hijos de la madre subrogada y el padre biológico. Solo en 2007, como consecuencia de un proceso de separación matrimonial en Italia, se suscitó la rectificación de las actas del registro italiano. El tribunal accedió a la rectificación. Los argumentos sumarios fueron que la maternidad subrogada no era contraria al orden público internacional (parece que en su interpretación del orden público internacional italiano influyó decisivamente que la maternidad subrogada estuviese admitida en algunos países de la Unión Europea); que el orden público debe valorarse no en abstracto, sino en el caso concreto, valorando los efectos derivados del rechazo de la demanda de rectificación en contraste con los derivados de su aceptación; y que, en el caso, tres de los cuatro interesados eran extranjeros¹⁷.

6. En el Reino Unido es sumamente significativa la decisión de la *English High Court, Fam. Div.*, de 5 de noviembre y 9 de diciembre de 2008. El reconocimiento se concedió (realmente lo que se concedió fue una *parental order*, bajo la normativa inglesa), tras sopesar cuidadosamente las graves dudas suscitadas por el pago de dinero en el supuesto de gestación por sustitución (un matrimonio inglés había pagado 25000 Euros más 250 por mes de gestación a una madre subrogada en Ucrania); aspecto este claramente contrario a la emisión de la *order*. Es significativa esta decisión porque también en el Reino Unido la maternidad subrogada es posible, bajo los requerimientos legales establecidos por la legislación inglesa¹⁸, a pesar de lo cual la posibilidad de rechazo de los efectos de gestación por sustitución extranjeros es real¹⁹.

¹⁵ Vid. E. Farnós Amorós, pp. 21–22.

¹⁶ Vid. C. Campiglio, *loc. cit.*

¹⁷ Lectura entre líneas que hace de la sentencia C. Campiglio, *loc. cit.*, p. 594.

¹⁸ Los datos sumarios los he obtenido de A.V.M. Struycken, “Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New PIL Issue”, *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya y Zurich, 2010, 357–372, pp. 360–361 y 367.

¹⁹ Como lo es el de los llevados a cabo dentro del propio territorio, al exigir la normativa una determinada vinculación con el Reino Unido: “At the time of the application and of the making of the order (...) (b) the husband or the wife, of both of them, must be domiciled in a part of the United Kingdom or in the Channel Islands or the Isle of Man” (Sec. 30.3 de la Human Fertilisation and Embryology Act 1990).

III. La situación en España: hitos recientes del reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero

1. La Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009

7. La Res. DGRN de 18 de febrero de 2009 es el paradigma de cómo adaptar una argumentación a un resultado preconcebido. Ello no es en sí mismo rechazable si la argumentación resulta convincente conforme a los criterios generalmente utilizados para situaciones similares, o utilizables si es que el caso es una excepción que merece una argumentación también excepcional (pero, por ello, también generalizable para todos los casos –excepciones– similares). A mi juicio, sin embargo, la argumentación no fue convincente. Simplificando enormemente el discurso, aunque siendo fiel a su esencia, la DGRN vino a decir que la Ley 14/2006 no era aplicable al caso concreto. De serlo, la inscripción no cabría en los términos solicitados. No porque la gestación por sustitución esté prohibida en sentido estricto en nuestro Derecho, como se repite en la Resolución y en buena parte de sus comentaristas y comentaristas de la propia Ley²⁰, sino porque, en opinión de la DGRN, la forma de dar respuesta a la solicitud de los promotores no es indagando qué ley es aplicable a lo que piden, sino planteando si los certificados que presentan son bastante para practicar dicha inscripción: se trataría de una cuestión de *reconocimiento* y no de ley aplicable. La DGRN sienta su estructura argumental en el segundo Fundamento de Derecho, cuando distingue entre la inscripción practicada a partir de declaración y la practicada a partir de una certificación registral extranjera, y deriva que sólo en el primer caso existe un control de legalidad que puede exigir la intervención de la ley española o extranjera (en función de lo que diga una norma de conflicto); en el segundo, siempre a juicio de la DGRN, habría que ceñir el control a lo dispuesto en el art. 81 RRC y no entraría ningún control de ley aplicable. La Resolución insiste (hasta cuatro veces) en que la certificación extranjera es una “decisión” (FD Segundo y más adelante en FD Cuarto), probablemente como recurso de autoconvencimiento de que no deben aplicarse ni las normas de conflicto españolas ni el Derecho sustantivo español para decidir si se estima o no el recurso. Sorprendentemente no se hace referencia alguna a la, esta sí, *decisión* judicial cali-

²⁰ No es el caso de M. Atienza, “Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 14, 2008, pp. 4–9, p. 6 y, más contundente, refiriéndose ya a la Resolución DGRN, “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *cit.*, pp. 52 ó 56. J. Delgado Echeverría, “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado (Notas de teoría y de dogmática)”, *ADC*, 2005, pp. 9–74, p. 55, respecto del precedente art. 10 Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (de tenor idéntico al actual). La prohibición formal, junto con una llamada al establecimiento de sanciones, se encontraba en la Disposición Adicional segunda de la Proposición de ley que dio origen a la primitiva ley y que no llegó a texto definitivo.

forniana en virtud de la cual se practicaron las inscripciones en el registro extranjero, cuyo reconocimiento podría requerir el *exequatur* en los términos del art. 83 RRC²¹, a salvo lo que diré más adelante en torno a las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria.

8. Llegados a este punto y antes de continuar con el análisis de la Resolución, creo que se impone adelantar que parte de lo dicho por la DGRN es cierto; pero sólo parte. Es verdad que si se pide que se practique una inscripción en virtud de certificación registral extranjera, uno de los preceptos de referencia es el art. 81 RRC, en donde nada se dice sobre aplicación de un Derecho sustantivo u otro. También lo es el art. 85 RRC, que se refiere específicamente a la práctica de inscripción en virtud de certificación registral extranjera. Y, por último, y esto se omite de forma un tanto burda en la Resolución, también lo es el art. 23 LRC, a cuyo tenor: “También podrán practicarse [las inscripciones], sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”. Como se aprecia, en este último caso, sí existe una mención expresa a la conformidad con la Ley española que más adelante analizaré²². Baste ahora quedarnos con el tenor de la norma; con el que se podrá estar de acuerdo o no en términos de adecuación de sus exigencias a la idea de “reconocimiento”, pero que es el requisito que, mientras no cambie la norma, ha de respetarse²³.

²¹ Para A. Quiñones Escámez el reconocimiento de las certificaciones debe ir intrínsecamente unido al de la resolución judicial que las justifica por lo que se plantea la eventual necesidad de *exequatur* (REDI, p. 215; *Indret*, pp. 13). Taxativa sobre esta exigencia P. Orejudo Prieto de los Mozos, *AEDIPr*, 2009, p. 1250; *id.*, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, n° 13 en el contexto de la nota 57. Referida al muy conocido y más atrás citado caso *Mennesson*, la lectura atenta de la nota de G. Cuniberti a la Sentencia *Cour d'Appel* de París, *I^{ère} Ch. secc. C.*, de 25 de octubre de 2007, *Journ. dr. int.*, 2008, 145–153, es enormemente significativa de dónde está este interés (en p. 149, afirma contundentemente que el “certificado de nacimiento era una decisión, cuando no, la decisión”). Los desarrollos del profesor francés se corresponden sorprendentemente, aunque en versión coherente, con los de la Resolución DGRN, y se dirigían –como la Resolución– a forzar el régimen jurídico más favorable al reconocimiento.

²² *Infra*, n° 15.

²³ Es verdad que en términos de reconocimiento de una *resolución* extranjera, una verificación como la que plantea el art. 23 LRC puede considerarse anacrónica. El problema es que la certificación no es una decisión en los términos típicos del reconocimiento (*vid.* distinguiendo en función del objeto del reconocimiento, P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, n°s 12 y 13). Y además, se trata de un requisito que sigue siendo plenamente eficaz (en términos de aplicación actual) tanto en la práctica de la DGRN como en la del TS en cuanto al reconocimiento de actos de jurisdicción voluntaria. Debe subrayarse que no estando presente en la primera versión del frustrado Proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria (BOCG, *Congreso de los Diputados*, n° A–109–1 de 27 de octubre de 2006) se introdujo durante su tramitación un apartado 4° al art. 11 con el siguiente contenido: “Cuando los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras deban surtir efectos en un proceso principal abierto en España, dichos actos deberán ajustarse a la ley que rija dicho proceso a tenor de las normas españolas de Derecho internacional privado” (BOCG, *Senado*, n° II–115–a de 24 de

A primera vista, puede resultar llamativo que la obtención de un mismo objetivo (práctica de la inscripción de nacimiento con, en su caso, las menciones de filiación, en los términos del art. 170.4º RRC) utilizando dos vías ofertadas por el mismo sistema registral pueda conducir a resultados tan opuestos como la denegación o la admisión de la inscripción. Denegación de inscripción, si los padres deciden ir al Registro con el parte de nacimiento de los gemelos y, por ejemplo, el contrato de gestación por sustitución; admisión de la inscripción si primero pasan por el Registro civil extranjero. La DGRN nos intenta convencer de la razón: en el primer caso, el control de legalidad pasa por la aplicación de la ley que sea (en el supuesto enjuiciado, al parecer, la española por mor del art. 9.4º Cc y la nacionalidad española de los menores, que no se discute en ningún momento²⁴); en el segundo, dicho control asumiría el método del reconocimiento, por el que la decisión extranjera habría de superar una serie de condiciones impuestas por el Derecho español. Se trataría en este último caso de un control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras que la DGRN circunscribe²⁵ a la constancia de que se trate de un documento público (que no se discute), que la autoridad registral extranjera desempeñe funciones equivalentes a las autoridades registrales españolas (que tampoco se discute); que dicha autoridad fuese competente; que se hubieran respetado los “derechos de defensa” de los interesados y, por último, que la certificación extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español. De estos cinco requisitos, la DGRN da por cumplimentados sin discusión los dos primeros y sobre los dos siguientes (competencia de las autoridades americanas y respeto de los “derechos de defensa”) estima que “no cabe dudar en el presente caso”, por lo que la argumentación se vuelca en el análisis de la posible contrariedad con el orden público español.

julio de 2007). Es verdad que la condición se refiere a la ley que rija dicho *proceso* y no el fondo del asunto, pero no sé si Sus Señorías estaban hilando tan fino o estaban sin más introduciendo el requisito de marras. Por otro lado, soluciones relativamente recientes en países de nuestro entorno siguen proponiéndola: el art. 27 del Código belga de Derecho internacional privado de 2004, aplicado para rechazar el reconocimiento en la citada Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Huy 22 de marzo de 2010, dispone que “Un documento público extranjero será reconocido en Bélgica por cualquier autoridad sin recurrir a ningún tipo de procedimiento si su validez está establecido *conforme a la ley aplicable en virtud de la presente ley*, teniendo especialmente en consideración los arts. 18 [fraude a la ley] y 21 [orden público]”; en Italia, se prescinde de este control directo de la ley aplicable, pero se da juego a la norma de conflicto italiana para identificar la autoridad competente o el ordenamiento competente (arts. 65 y 66 Ley de 31 de mayo de 1995). Sobre nuestro Proyecto de Ley de Registro Civil, *vid. infra*, nº 25.

²⁴ Curiosamente, esta aproximación fue la que intentaron en primera instancia los solicitantes en el supuesto resuelto por la citada Sentencia *Cour d'Appel* de París, *1^{ère} Ch, secc. C*, de 25 de octubre de 2007; solo que ellos partían de la aplicación de la ley americana de la nacionalidad de los hijos (estadounidenses por haber nacido en territorio de los EE UU).

²⁵ Resulta, cuando menos, llamativo que la DGRN pueda derivar todas las condiciones analizadas del art. 81 RRC, donde, sin más, no aparecen. Se pregunta por qué tipo de control está haciendo la DGRN A. Quiñones Escámez, *Indret*, pp. 13–14 y p. 37.

9. La debilidad de esta propuesta tiene dos dimensiones distintas: por un lado, la distinción entre inscripción por declaración e inscripción a partir de certificaciones extranjeras es real, teórica y prácticamente defendible, pero no en los términos expuestos por la DGRN; este órgano venía aplicando en los dos casos un control de legalidad análogo, amparándose en el art. 23 LRC. El art. 23 LRC y el art. 85 RRC han venido de la mano en toda la práctica anterior de la DGRN y en este caso no se ha hecho ningún tipo de esfuerzo en justificar por qué ahora no; por qué ahora es diferente; sencillamente se ha silenciado la existencia del art. 23 LRC (que establece claras condiciones para el reconocimiento) y se ha sustituido por una serie de condiciones, que pueden ser aceptables o no, pero que aparecen como esencialmente voluntaristas: ¿por qué estas condiciones y no otras?²⁶ Si obviamos el discurso formal de la DGRN, empeñado en decir que está valorando la eficacia en España de una decisión (certificación) registral extranjera, lo cierto es que está aplicando las condiciones de reconocimiento de resoluciones extranjeras²⁷. Por otro lado, ya entrando en el análisis que la propia DGRN plantea, creo que existe una interesada omisión de los problemas planteados por el control de la competencia de las autoridades americanas y un desafortunado planteamiento del orden público internacional que enturbia la fortaleza de la propuesta final (no habría contrariedad con el orden público) que, a mi juicio, es correcta. Paso a ocuparme de ambos aspectos.

10. En cuanto al primero, si hablamos exclusivamente de competencia de las autoridades registrales, malamente podemos estar en desacuerdo con la DGRN. ¿Cómo negarles a las autoridades americanas la competencia para practicar inscripciones de los nacimientos acaecidos en su territorio? Es un criterio absolutamente razonable. El art. 15 LRC lo consagra para nuestro Registro Civil²⁸. Si,

²⁶ Es interesante destacar que el art. 98 del actual Proyecto de Ley del Registro Civil, que se está tramitando en el Parlamento español cuando escribo estas líneas (*BOCG, Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, Serie A, nº 90-1, de 8 de septiembre de 2010), establece un control similar al actual con un control de la competencia de la autoridad extranjera conforme a sus propias normas, la exigencia de que tal autoridad desarrolle funciones similares a las correspondientes autoridades españolas (equivalente al art. 85 del actual RRC), que no haya contrariedad con el orden público español y que *el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado* (actual art. 23 LRC, en la interpretación que considero más correcta: *infra*, nº 15)

²⁷ Sin que ello sea en absoluto criticable en términos teóricos si se tratase de un verdadero reconocimiento de decisión y siempre que fuese posible su reconocimiento incidental por el órgano registral. Es, creo, lo que propugna P. De Miguel Asensio, "La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre gestación por sustitución", entrada de 8 de octubre de 2010, consultada en su blog: *pedrodemiguelasensio.blogspot.com*; a pesar de que este Profesor achaca que la Resolución de 18 de febrero de 2009 no aplicara en absoluto el régimen propio del reconocimiento de decisiones.

²⁸ Este tipo de control de competencia, que se haría conforme a las normas extranjeras (previsto en el Proyecto de Ley del Registro civil tanto para los documentos extranjeros extrajudiciales, cuanto para la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros) es de tipo formal y está relacionado princi-

por el contrario, como indica la elección de las condiciones, medimos la competencia de la autoridad judicial cuya decisión motivó la inscripción en el registro californiano, la respuesta es mucho más dudosa y discutible en función de la perspectiva que asumamos. Si partimos de un control, llamémosle, de vinculación o de proximidad (como parece recoger la Instrucción que más adelante analizaré y el propio Proyecto de Ley de Registro civil) nos encontramos con que en función de dónde pongamos el énfasis, los promotores y/o los nacidos y/o la madre gestante, la solución puede ser distinta. Son aleccionadoras, a este respecto, las opiniones vertidas por ilustres colegas franceses sobre el paralelo supuesto de los cónyuges *Mennesson*. P. Lagarde recuerda que si bien puede discutirse la vinculación del matrimonio con California, no puede decirse lo mismo de los hijos: concebidos, *portés* y nacidos en California²⁹. Más formalista, y quizá por ello, parece que menos convencido, Gilles Cuniberti pone el énfasis en que la pareja viajaba por motivos profesionales a EE UU, por lo que la elección de ese país no fue totalmente fortuita³⁰. Resulta interesante destacar que estos comentarios se realizan en el marco del *control del fraude* como condición de reconocimiento en Francia.

Volviendo a nuestro caso, partiendo del hecho verosímil de poder considerar a la decisión norteamericana como equivalente a una decisión española, al menos, de jurisdicción voluntaria, el control de la competencia se desplaza también hacia una especie de control de la “busca fraudulenta de un foro de conveniencia” al que el TS viene aparejando el control de la competencia del juez de origen, con base en los arts. 6.4º Cc y 11.2º LOPJ³¹, y que emparenta con la búsqueda de una ley más conveniente a los objetivos de los interesados, como cuestión indisolublemente unida a la anterior³². ¿Alguien duda que las partes buscaron específicamente el concurso de la ley californiana y de las autoridades de aquel Estado para obtener un resultado que de otra manera les estaría vetado? Con independencia de que quepa hacer otro análisis más formal³³, creo con A.

palmente con la validez de dichos documentos o certificaciones conforme al ordenamiento del que provienen. El control de competencia de las Resoluciones judiciales es distinto y obedece a otros intereses (*vid.* la diferente redacción del art. 96 del citado Proyecto).

²⁹ Nota *cit.*, pp. 330–331. Podría añadirse, además, la nacionalidad y la residencia habitual de la madre gestante.

³⁰ Nota *cit.*, p. 151. ¿Cambiaría la valoración si no viajaran a menudo a California? ¿Si hubiesen ido a Ucrania o a la India?

³¹ A 19 de junio de 2007, RJ 2007\6793; A 17 de octubre de 2006, JUR 2006\250609, entre otros muchos.

³² A 8 de marzo de 2005, RJ 2005\2684. La idea genérica de fraude a la ley entre la competencia y la ley aplicable está presente en numerosas resoluciones: ATS 8 de febrero de 2000, RJ 2000\765; ATS 5 de octubre de 1999, RJ 1999\8021; ATS 8 de junio de 1999, RJ 1999\4346; ATS 9 de febrero de 1999, RJ 1999\999; ATS 20 de octubre de 1998, RJ 1998\7380, entre otros.

³³ Por ejemplo, una bilateralización de los criterios de competencia del art. 22.3º LOPJ en materia de filiación, con incierto resultado: el tribunal californiano no sería ni el de la nacionalidad ni residencia

Quiñones que el método del reconocimiento (utilizado por la DGRN en su Resolución) exige un cierto alejamiento de la situación con el foro y una correspondiente proximidad con el ordenamiento jurídico en el que se consagra el objeto del reconocimiento. En caso contrario no habría *legítimas expectativas* que reconocer³⁴. Que este control vinculado a la idea de *fraude* pueda tener la cobertura del más formal y consolidado control de la competencia de la autoridad de origen o no es algo discutible³⁵. Baste señalar que en el sistema español de reconocimiento de origen interno el control de la competencia de la autoridad de origen es una creación eminentemente jurisprudencial, con igual origen que la idea de fraude a ella vinculada³⁶. En todo caso, no creo que pueda hacerse, ni hago, cuestión de honor de este aspecto, sobre el que volveré con carácter más general³⁷.

11. El tratamiento que la Resolución hace en su FD Quinto del orden público es, contrariamente al del control de la competencia judicial internacional, extenso; muy extenso, diría yo; pero terriblemente formalista en algunos supuestos y evidentemente naïf en otros. El mismo tipo de acercamiento al problema ya es indicativo de un cierto punto de partida débil. Los siete “argumentos” esgrimidos muestran un conglomerado heterogéneo de razones para negar la existencia de contrariedad con el orden público. Unos se esfuerzan en describir supuestos en los que aparentemente el ordenamiento jurídico español posee mecanismos para llegar a similares resultados (argumento primero y quinto), sin que, a mi juicio, exista la similitud que pretende la Resolución. Otro, el segundo, da la vuelta al mecanismo del orden público (que como es bien sabido –al menos hasta ahora– es una condición que eventualmente bloquea el reconocimiento y no al revés) para señalar que no practicar la inscripción vulneraría el principio de igualdad de sexos, lo cual sí sería contrario al orden público español; aunque la realidad es que no hay vulneración posible puesto que las situaciones que la Resolución compara para defender su postura son, sencillamente, distintas. Otro, el sexto, se esfuerza en señalar que no hay fraude en los términos del art. 12.4º Cc; algo que es verdad, pero que tampoco es determinante, ni siquiera condicio-

habitual del demandante, ni el de la residencia habitual de los hijos al tiempo de presentar la demanda (*vid.* art. 22.3º LOPJ).

³⁴ A. Quiñones Escámez, *Indret*, pp. 27–29. Ni siquiera, diría yo, meras expectativas o previsiones de las partes, sobre las que G. Cuniberti construye su comentario (pp. 148–149, especialmente). Es más, en las circunstancias del caso, las expectativas del sujeto medio deberían ser las de considerar el no reconocimiento de la filiación en España. Volveré más adelante (*infra*, nº 22) sobre este dato.

³⁵ Claramente lo niega P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, nº 16 y 17; *id.*, *AEDIPr*, pp. 1250–1251.

³⁶ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 5ª, Cizur Menor, 2009, pp. 230–231.

³⁷ *Infra*, nº 22 y 23.

nante, de la vulneración o no del orden público español³⁸. En el resto del razonamiento el peso fundamental y categórico es “el interés superior del menor” o “interés superior del niño”. Dos aspectos me parecen especialmente significativos de la utilización de este interés superior del niño: en primer lugar, que, de nuevo, se invierte el proceso lógico al no verificar si la inscripción de las certificaciones vulnera o no este interés superior, sino todo lo contrario: si su no inscripción vulnera dicho principio³⁹. En segundo lugar, que se claudica en términos de discurso poniendo en solfa todo el resto de argumentos cuando se señala que “el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación... así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores *que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones*”⁴⁰. Otra vez, la falta de cuidado y el trazo grueso del argumento hacen que la DGRN sea totalmente inconsistente con su anterior práctica en la que, en la mayoría de sus *denegaciones* de inscripción con base en certificaciones extranjeras relativas a menores, se produjo lo que ahora se dice que es muy contrario al interés superior del hijo: una falta de continuidad de la filiación y, eventualmente, una ausencia de identidad única. Sin duda, tales aspectos podrán estar llamados a desempeñar un papel importante en la ponderación de la contrariedad con el orden público español en aquellos casos concretos en los que existan, realmente, razones de orden público contrarias al reconocimiento; mas no en los términos utilizados por la Resolución⁴¹.

12. Frente a toda esta verborrea de la Resolución bastaría con haber afirmado la inexistencia de un principio superior o superior valor contrario al reconocimiento. A mi juicio, no lo hay, o *no en todo tipo de gestación por sustitución*. Es más, mañana podría cambiarse la Ley 14/2006 en el sentido de admitir y regular la gestación por sustitución sin ningún menoscabo para ningún principio superior de nuestro ordenamiento jurídico. La actual regulación no fue fruto de la

³⁸ Y que no exista fraude en los estrictos y limitados términos del art. 12.4º Cc no significa que no haya habido un comportamiento fraudulento a la luz de todas las circunstancias del caso contempladas en su conjunto (A. Quiñones Escámez, *Indret.*, pp. 29, 35–36, 38–39, entre otras).

³⁹ Descarto que la Resolución esté procediendo en este punto a una ponderación entre principios contradictorios, puesto que en ningún caso ha planteado el principio antagónico al del interés superior del niño. *Vid.* este proceder descrito como última fase del test de aplicación del orden público material o sustantivo en relación con el reconocimiento de resoluciones extranjeras en M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, 2007, pp. 645–647.

⁴⁰ La cursiva es mía. Muy gráfica es la *relectura* de M. Atienza: “...es posible que una inscripción registral extranjera que recoja un supuesto de gestación por sustitución vaya contra el orden público español pero, en todo caso, el valor ‘interés superior del menor’ tiene en el caso una mayor fuerza”. Yo lo diría con menos matices: “no sé si la inscripción vulnera o no el orden público español, pero el interés superior del menor me evita tener que planteármelo”.

⁴¹ *Vid. infra*, nº 21.

indefectibilidad valorativa de nuestro sistema, sino una mera opción de conveniencia⁴². Volveré también sobre este aspecto⁴³.

2. La Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 17 de septiembre de 2010

13. Una de las cuestiones que con mayor frecuencia se olvida en toda la materia relativa al estado civil, al Registro Civil y a la interpretación que del sistema hace la DGRN es su subordinación a los tribunales de justicia. La vía judicial, que planteé como plenamente posible aunque altamente improbable para combatir la doctrina de la DGRN en materia de celebración del matrimonio⁴⁴, fue activada en este supuesto por el Ministerio Fiscal y determinó la citada SJPI nº 15 de Valencia 17 de septiembre de 2010. Esta sentencia estima íntegramente el recurso del Ministerio Fiscal y deja sin efecto las inscripciones de nacimiento en el Registro Civil español de los gemelos, ordenando la cancelación de las mismas.

En honor a la Resolución hay que señalar que en sus idas y venidas argumentales ya planteaba esta posibilidad. Especialmente, el séptimo argumento (FD Quinto), en el que se defiende que no practicar la inscripción solicitada vulneraría el art. 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, realiza una muy correcta descripción de la situación: se trata "...de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español... a los solos efectos de acreditar la identidad de los nacidos, y establece una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial... por ello, cualquier parte legitimada puede

⁴² Así lo afirma M. Atienza, "De nuevo...", *loc. cit.*, p. 56, con remisión a las Actas de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida; igualmente E. Farnós Amorós, p. 16, nota 22, haciéndose eco de la opinión de otro miembro de dicha Comisión. De hecho, ya la Exposición de motivos de la citada Ley 35/1988 se refería a este asunto en términos no categóricos; en términos de debate y opinión: "III. En esta Ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de reproducción asistida, en nuestra nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del derecho de familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no solo en nuestra nación, como lo aprueban las informaciones foráneas. No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente."

⁴³ *Infra*, nº 21.

⁴⁴ A mi juicio, contraria a la ley; *vid.* mis últimas manifestaciones al respecto en "Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador no vio", *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 9-37, pp. 13-14.

impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria...”. El Juez de Valencia, llamado a pronunciarse sobre el tema (no en una acción de filiación, sino de cancelación de las inscripciones practicadas), ha preferido ver las reglas en vez de los principios y (si se me permite tomar prestado el modo de discurrir de la Resolución) no ha considerado que nuestras reglas vulneren el mencionado art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño. Su argumentación fue simple, pues no tuvo más que apoyarse en la constante práctica de la propia DGRN que ésta había omitido en su Resolución: la aplicación del art. 23 LRC⁴⁵. Aplicando este precepto al caso considerado, estima el Juez valenciano que existen evidentes dudas sobre el hecho inscrito (es más biológicamente, señala la sentencia, resulta imposible) y el control de legalidad conforme a la ley española no se supera, por aplicación de lo dispuesto en el art. 10 Ley 14/2006.

14. Aquí podría haber terminado la fundamentación jurídica de la Sentencia, pero el Juez se recrea también en “dar respuesta” a algunas de las apreciaciones de la Resolución sobre las consecuencias de no practicar la inscripción solicitada por los promotores. Dichas consideraciones son extravagantes a la *ratio decidendi*, puesto que ésta se centra en un control conforme a la ley española sobre el caso controvertido y dicha ley es meridianamente clara respecto de la imposibilidad de practicar la inscripción solicitada. No obstante, el Juez realiza una serie de valoraciones sobre la inexistencia de discriminación entre parejas de varones y parejas de mujeres, entre la situación de la filiación natural y la adoptiva a favor de dos personas del mismo sexo, sobre el interés del menor y sobre la ausencia de *forum shopping* fraudulento. A todas ellas me he referido al hilo del somero análisis de la Resolución. La Sentencia añade un dato respecto del interés de los menores que, a decir del Juez, puede verse igualmente respetado en su dimensión de mantenimiento de su identidad a través de “las vías que el derecho español establece”. Vías que algún autor identifica con la acción de filiación por parte del padre biológico y con la posterior adopción por parte de su cónyuge⁴⁶.

15. Siendo simple y formal en su razonamiento, tan sólo me gustaría hacer dos precisiones sobre el contenido de esta Sentencia: la primera es que incide, como es habitual, en el carácter prohibido de la gestación por sustitución. Es

⁴⁵ Si bien las Resoluciones citadas en la Sentencia de Valencia sobre aplicación del art. 23 LRC afectan, a mi juicio, más a la “realidad del hecho inscribible” que a la legalidad conforme a la Ley española, un caso paradigmático de sujeción a la Ley española, declarada expresamente aplicable por mediación del art. 9.4 °Cc, lo constituye, por ejemplo, la Res. DGRN 7 de noviembre de 1995 (RJ 1995\9809).

⁴⁶ J.R. de Verda y Beamonde, “Inscripción de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010), *Diario La Ley*, nº 7501, de 3 de noviembre de 2010. Propuesta que también parece realizar R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *loc. cit.*, y que, de acuerdo con informaciones periodísticas había propuesto el Ministerio Fiscal a los promotores (www.levante-emv.com, de viernes 10 de septiembre de 2010).

posible que este extremo pudiera ser irrelevante (podría serlo fundamentalmente a efectos de orden público⁴⁷), mas creo conveniente recordar, de nuevo, que no se trata, *propio sensu*, de una prohibición. Sencillamente, el contrato llamado de gestación por sustitución es nulo y la pretendida práctica no tendrá otro efecto jurídico que el que la ley prevé, que es que la filiación de los hijos nacidos será determinada por el parto⁴⁸. La segunda –probablemente deformación de especialización– es que el recurso a la Ley española que hace el art. 23 LRC ha de entenderse hecho a todo el ordenamiento jurídico, con inclusión de sus normas de conflicto, lo que, eventualmente, nos podría conducir a una ley extranjera⁴⁹. Aunque no es categórica, creo que la Sentencia entiende una remisión directa a la ley sustantiva española, algo que, por otro lado, es irrelevante en el caso actual, salvo que pongamos en tela de juicio una afirmación que se ha dado por verdad en todas las instancias y en todos los comentarios habidos y sobre la que no voy a entrar en este breve trabajo: que los menores son españoles⁵⁰.

3. La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010

16. Una de las mayores virtudes que ha exhibido la DGRN en los últimos tiempos frente a situaciones privadas internacionales es su rapidez para abordar problemas de cierta enjundia legal o, simplemente, controvertidos. Es lo que ha hecho en el caso presente. Apenas quince días después de conocerse la Sentencia referida en el apartado anterior se dictó una escueta y pacificadora Instrucción que, en lo que los medios de comunicación han reflejado, ha sido bien acogida por los colectivos favorables al reconocimiento en España de la filiación derivada de un proceso de gestación por sustitución realizado en el extranjero. Por no dilatar mi opinión al respecto, diré que las expectativas mediáticas (y algunas

⁴⁷ Así lo ve L. Muñoz de Dios, *loc. cit.*, p. 59.

⁴⁸ No contemplo que esto pueda estar condicionado o determinado por lo dispuesto en el art 221.2º del Código Penal. La norma dispone que “1. Los que, *mediando compensación económica*, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. [...] 2. *Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.*” Sin pretender emitir un juicio autorizado, para el que no estoy capacitado, creo que hay argumentos de distinta índole y nivel que descartan dicha aplicación en el caso tipo que analizamos: territorialidad de la ley penal (no se han eludido los procedimientos legales en el país de origen), interpretación estricta del tipo, el carácter subsidiario del Derecho penal...

⁴⁹ *Vid.* en este sentido la citada Res. DGRN 7 de noviembre de 1995 y, a título meramente indicativo, lo dispuesto en los también citados arts. 97 y 98 del Proyecto de Ley de Registro civil.

⁵⁰ Aunque es un tema sobre el que cabría discutir: *vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, nº 8 en el contexto de la nota 39.

aproximaciones técnicas) son, a mi juicio, muy superiores a lo que la Instrucción puede hacer y, realmente, hace.

La parte dispositiva de la Instrucción contiene dos directrices: la Primera que la inscripción de nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución *sólo podrá realizarse* presentando resolución judicial de tribunal competente en el que se determine la filiación del nacido. La resolución judicial debe ser objeto de *execuátur* salvo que otra cosa disponga un tratado internacional (puntos 1 y 2). Dentro de esta directriz Primera también se establece el régimen de reconocimiento de resoluciones extranjeras análogas a las de jurisdicción voluntaria españolas, fijando una serie de condiciones que verificará el Encargado del Registro Civil. La directriz Segunda excluye la admisión como título apto de la simple declaración más la presentación de certificación médica o de *certificaciones registrales extranjeras*.

17. Señalaré en primer lugar una obviedad: la Instrucción no varía ni un ápice el régimen jurídico aplicable a los efectos en España de los supuestos de gestación por sustitución que se desarrollen en el extranjero. Ni la LRC ni su Reglamento ni las eventuales normas de conflicto que, en su caso, pudieran tener algo que decir han sido alteradas por el legislador. La Instrucción, pues, dicta unas directrices en aplicación del sistema que vinculan a los Encargados del Registro Civil, donde lo novedoso es, por un lado, que considera que la vía de la inscripción a partir de certificados de registros extranjeros o de declaración del promotor más certificación médica de nacimiento es inaceptable; por otro, que establece unas condiciones de reconocimiento incidental para las resoluciones extranjeras análogas a las españolas de jurisdicción voluntaria. No es ninguna novedad la práctica de inscripción en función de sentencia extranjera reconocida en España conforme a convenio internacional o procedimiento de *execuátur* de la LEC. Es y era ya regla conocida en aplicación de los arts. 82 y 83 RRC. Es decir, ya con anterioridad, cualquier sentencia extranjera que resolviese sobre la filiación en un caso de gestación por sustitución era título suficiente para practicar inscripción, *una vez reconocida*. La clave, a nadie se le oculta, está en que ese reconocimiento se produjese. La adenda o novedad es ese carácter pretendidamente exclusivo que la Instrucción proclama (*sólo podrá realizarse*) y que, como intentaré demostrar, no cabe en el sistema⁵¹. Por otro lado, como ya ha puesto oportunamente de manifiesto P. de Miguel Asensio⁵², si el fundamento de esta exigencia se encuentra en el mencionado art. 10.3º Ley 14/2006 (algo que se deduce claramente de la introducción expositiva de la Instrucción) consecuencia lógica

⁵¹ De ilegal lo califican A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Notas críticas...", *loc. cit.*, p. 260.

⁵² P. de Miguel Asensio, *blog. cit., supra*, nota 27 que también se cuestiona el porqué de esta exigencia de la sentencia extranjera para este tipo de filiación y no para el resto.

sería que mediante esta sentencia sólo pudiera determinarse la (una) filiación paterna y para ese viaje no hacían falta tantas alforjas. Lo cierto es que, como dije, la sentencia extranjera que *haya sido objeto de executur* era y es título bastante, tanto si declara la paternidad de un varón, de una mujer distinta de la madre portadora, de dos varones, de dos mujeres o de un varón y una mujer, sean quienes sean.

18. En segundo lugar, y sin salirnos de lo obvio, creo que se impone hacer una matización sobre la directriz Segunda que elimina la posibilidad de practicar inscripción en virtud de certificación registral extranjera (es decir, supuesto similar al que desencadenó los acontecimientos que analizamos). La matización es que si la DGRN no tiene competencia para modificar el régimen de la inscripción en el Registro Civil de los casos que nos ocupan instaurando nuevas vías, tampoco la tiene para excluir vías existentes. Quiero decir con ello que no es descartable que hoy se pueda practicar inscripción en virtud, al menos (eludo razonar sobre la vía de la declaración de interesado), al menos, digo, sobre la base de certificaciones de registro extranjero. De nuevo recuerdo lo obvio: basta con cumplir los requisitos fijados por los tan citados arts. 23 LRC y 85 RRC. Se me podrá objetar inmediatamente que tales requisitos nunca se cumplirán, pues la ley española (en su estado actual) lo impediría, como puso de manifiesto la Sentencia de Valencia. No creo que sea esa una indefectible consecuencia. Basta con echar un vistazo a la tipología de los casos en los que la DGRN ha echado mano de los arts. 23 LRC y 85 RRC para percatarnos de que una gran parte de ellos corresponden a supuestos de expedientes sobre inscripción de nacimiento y opción a la nacionalidad española. Vamos con el supuesto posible: padre y madre californianos recurrieron a la gestación por sustitución cuando residían en su país de origen; se trasladaron posteriormente a España por motivos de trabajo y adquirieron la nacionalidad española durante la menor edad del hijo o hijos nacidos por dicha técnica; una vez españoles, incoan ante el Registro Civil un expediente sobre inscripción de nacimiento y opción a la nacionalidad española del hijo o hijos por estar sujetos a la patria potestad de un español (art. 20 Cc), a cuyos efectos aportan certificaciones registrales californianas. En mi opinión, la objeción principal de su posible no “legalidad conforme a la Ley española”, se diluye por la aplicación del art. 9.4º Cc (ley aplicable a la filiación) que nos conduciría a la ley americana permisiva (ley personal del hijo)⁵³. Como dije antes –y volveré sobre ello– no creo que haya razones de orden público que obstruyan este razonamiento. Mi conclusión es que sí puede, y en algunos casos debe, ad-

⁵³ Y si se quiere objetar, que en este caso no cabe esta vía de reconocimiento porque lo que procede es el reconocimiento de la sentencia californiana que dio origen a la inscripción... pues suprimase la sentencia. Traslademos el supuesto a Ucrania o a otro país en el que la inscripción no se vea intervenida de forma necesaria por una previa decisión judicial.

mitirse como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido una certificación registral extranjera⁵⁴.

19. Hecha referencia a la obviedad de la directriz Primera, puntos 1 y 2 (salvo en el extremo de la pretendida *exclusividad*, que a la postre no es tal), y de lo discutible, Derecho positivo en mano, de la directriz Segunda, nos queda abordar el alcance de la directriz Primera, punto 3, que es, por otro lado, la que más elementos novedosos presenta. Versa, recordemos, sobre la idoneidad de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, reconocidas incidentalmente por el Encargado del Registro Civil, tras un control en el que dicha resolución habrá de superar las cinco condiciones que la Instrucción establece.

Una primera y autorizada valoración doctrinal de estas condiciones ha sido positiva, al ver una traslación de las condiciones generales para el reconocimiento de resoluciones extranjeras⁵⁵. Llama la atención que nada se disponga sobre la ausencia de contrariedad con el orden público⁵⁶. Esta circunstancia podría entenderse como una exclusión de cualquier motivo no previsto en los puntos “c” (garantía de derechos procesales), “d” (interés superior del menor y de la madre gestante) y, quizá “e” (irrevocabilidad de los consentimientos)⁵⁷. En todo caso, considero que, en aras a cubrir todas las posibles situaciones que puedan presentarse la cláusula general de orden público, ésta suministra una cobertura más confortable y proporciona un mecanismo más flexible para dar una respuesta al caso concreto. Mas, por seguir con la línea discursiva que manejo en este epígrafe, se

⁵⁴ Salvando la objeción a la que me he referido en la nota anterior, reconozco que este razonamiento aplicado sin matices puede conducir a situaciones menos claras: como se pretendió por parte del matrimonio *Mennesson* en su primera solicitud ante las autoridades francesas, el matrimonio de varones españoles podría presentar las certificaciones registrales extranjeras y pedir la inscripción y opción a la nacionalidad española de los bebés *americanos* sobre los que, en virtud del art. 9.4º Cc y su remisión a la ley californiana (que como he señalado no vulneraría el orden público español), ostentan la patria potestad. A mi juicio, este resultado que, como señalaré más tarde, no considero admisible en todo caso (*infra*, nº 22 y 23), podría limitarse de dos maneras: la primera, excesivamente formalista, señalando que los bebés son españoles por ser “nacidos de padre o madre españoles”, con lo que el art. 9.4º Cc conduciría a la ley española e impediría la inscripción; la segunda, a través de un concepto de fraude a la ley, fundamentado no en el art. 12.4º, sino en el art. 6.4º Cc. *Vid.*, no obstante, P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, nº 11, en el contexto de la nota 52, que en términos de ley aplicable aplicaría la ley americana en función del *favor filii* (o de una determinada concepción del *favor filii*).

⁵⁵ P. de Miguel Asensio, *blog. cit.*; este autor ya había defendido la aplicación analógica de las condiciones de reconocimiento generales para cualquier sentencia extranjera a las resoluciones de jurisdicción voluntaria; P. de Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, 1997, pp. 134–136 entre otras.

⁵⁶ Destacan este hecho A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Notas críticas...”, *loc. cit.*, pp. 253–254.

⁵⁷ P. de Miguel Asensio, *blog. cit.*

hace preciso señalar cuánto de novedad y cuánto de indefectibilidad tiene esta nueva Directriz.

20. Como antes señalé, los arts. 82 y 83 RRC, entre otros que pueden complementar o matizar su campo regulativo, establecen la posibilidad de que sentencias extranjeras sean títulos para la inscripción. El art. 83 RRC señala que “No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere exequátur, deberá ser previamente obtenido”. Pues bien, dada la ausencia de reglamentación específica sobre los efectos en España de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, la jurisprudencia del TS viene negando para los actos extranjeros la vía del exequátur en beneficio de un “reconocimiento por vía incidental por el órgano o autoridad ante la cual quieran hacerse valer los particulares efectos que se deriven de él [ellos]”⁵⁸. Es decir, una resolución extranjera “análoga” a las españolas de jurisdicción voluntaria que establezca la filiación en un caso de gestación por sustitución podía ser título para la inscripción mediante el reconocimiento incidental por el Encargado del Registro Civil ya antes de la Instrucción, que nada cambia en este sentido⁵⁹. Sí son novedad las concretas condiciones, porque están concebidas de forma específica para los supuestos de gestación por sustitución, pero, lo que resulta más interesante aún, porque vienen a contradecir la jurisprudencia del TS que supedita la eficacia del acto extranjero de jurisdicción voluntaria no al cumplimiento de una serie de requisitos como los enumerados en la Instrucción (o con carácter general en el art. 954 LEC para el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras), sino a su adecuación a la ley aplicable según la norma de conflicto española⁶⁰. Esta forma de concebir las condiciones de eficacia de los actos extranjeros de jurisdicción voluntaria ha sido contundentemente criticada por la doctrina⁶¹ y queda por saber cómo se resolverá, en su caso, la discrepancia entre lo que establece en sede administrativa la Instrucción de la DGRN y lo que viene estableciendo en vía judicial el TS. Piénsese que en el estado actual de nuestra normativa, la directriz Primera, punto 3, de la Instruc-

⁵⁸ ATS (Sala de lo Civil, Sección Única) 31 de julio de 2003, RJ 2003\6266; ATS (Sala de lo Civil) 24 de septiembre de 2002, JUR 2002\238646; ATS (Sala de lo Civil) 18 de julio de 2000, RJ 2000\7140; TS (Sala de lo Civil), A 30 de noviembre de 1999, RJ 1999\9912, entre otras. *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 195–196, con más jurisprudencia.

⁵⁹ P. de Miguel Asensio, *Eficacia...*, *op. cit.*, pp. 243–244.

⁶⁰ Citado A 18 de julio de 2000 y A 30 de noviembre de 1999, RJ 1999\9914 (remisión a la ley determinada por el art. 9.4º Cc –en el primero figura 9.8º Cc por error– en sendos casos de determinación de derechos de guarda y custodia); citados AA 24 de septiembre de 2002 y 30 de noviembre de 1999 y 29 de septiembre de 1998, RJ 1998\9004, (remisión a ley determinada por el art. 9.8º Cc, en casos de declaración de herederos y adjudicación de legado).

⁶¹ P. de Miguel Asensio, *Eficacia...*, *op. cit.*, pp. 137–145, con matizaciones que no alcanzan al supuesto de gestación por sustitución que nos ocupa. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, 2007, pp. 713–714.

ción es *concesiva o posibilista* del reconocimiento, mientras que supeditar éste a lo dispuesto en la ley aplicable a la filiación (9.4º Cc) reintegraría el supuesto tipo (nacidos que se consideren españoles) al doméstico amparo de la Ley 14/2006, con su correlativo rechazo de efectos.

IV. Los tópicos protagonistas y su papel en nuestro sistema: el orden público, el fraude a la ley española

21. Como hemos visto, desde la Resolución que estimó el recurso de los dos varones españoles hasta la Instrucción que supone el penúltimo capítulo en este enredo jurídico que venimos analizando, el orden público se erige en un obstáculo a salvar para quienes pretenden hacer valer la filiación determinada en el extranjero mediante gestación por sustitución e insalvable para quienes opinan lo contrario⁶². En los casos francés y belga citados⁶³, tal fue el argumento utilizado por los tribunales de justicia. Ya adelanté que considero un desafortunado acercamiento al tema el planteado por la Resolución, que casi llegó a decir que sería contrario al orden público español no reconocer la “decisión” californiana. Algunos de los argumentos utilizados servirían igualmente para defender que la regulación positiva del art. 10 Ley 14/2006 vulneraría ese mismo orden público (fundamentalmente los vinculados a la presunta desigualdad de trato entre hombres y mujeres⁶⁴). Y ya adelanté también que en un primer acercamiento al tema hubiese bastado con señalar que no existía ese valor fundamental o principio superior de nuestro ordenamiento jurídico vulnerado, para alejar el obstáculo del orden público del reconocimiento (sin perjuicio de la existencia de otros). Quienes aseguran lo contrario aducen una batería de razones de las que retendré, por considerarla relevante a los efectos que ahora nos ocupan, la dignidad de la mujer y del nacido o nacidos. Estaría involucrado, pues, el art. 10.1º CE⁶⁵. No me parece, sin embargo, que exista un atentado contra la dignidad de nadie; o no en todos los casos de gestación por sustitución. Siguiendo en este punto a M. Atienza, la autonomía de las personas participantes en la gestación por sustitución no

⁶² Entre estos últimos, desde perspectivas distintas R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *loc. cit.*; J.R. de Verda y Beaumonde, *loc. cit.*; L. Muñoz de Dios, *loc. cit.* (ambos trabajos); P. Orejudo Prieto de los Mozos, *AEDIPr*, t. IX, 2009, p. 1251.

⁶³ *Supra*, nºs 3 y 4.

⁶⁴ Como bien apunta E. Farnós Amorós, p. 15. el razonamiento de la DGRN conduciría a considerar que dicho precepto es inconstitucional, y no lo es.

⁶⁵ Autores citados en nota 61. Recientemente, también, M. Pérez Monge, “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”, *RDP*, julio-agosto, 2010, pp. 41–64, aunque en el contexto de las causas de nulidad del contrato de gestación por sustitución. Como se sabe, el art. 10.1º CE da para mucho y muy contradictorio: a A.J. Vela Sánchez, *loc. cit.*, le da para defender todo lo contrario: el derecho fundamental a la paternidad y la necesidad de canalizarlo a través de la gestación por sustitución.

causa –no necesariamente– un daño a nadie, ni su ejercicio afecta o menoscaba la dignidad de nadie⁶⁶. La dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo parió y, en supuestos ordinarios, no se le causa ningún daño. La dignidad de los “comitentes” tampoco se ve afectada y, lo que parece más delicado, la dignidad de la madre gestante está tan salvaguardada cuando consciente y libremente decide prestar su cuerpo para gestar, como cuando consciente y libremente decide ingresar en un convento de clausura. La clave de la defensa de estos principios superiores que se consideran implicados es, cómo no, una regulación que impida su conculcación. Del mismo modo que la adopción ha podido, y puede de hecho, generar un tráfico ilegítimo que atente contra la dignidad de los niños y de sus madres, la gestación por sustitución puede generar un comercio ilegítimo que atente contra la dignidad, contra la autonomía, contra la propia libertad de las madres de sustitución. Pero del mismo modo que no se considera contraria al orden público español la adopción globalmente considerada, sino que se regula cuidadosamente para evitar aquellas consecuencias indeseadas, también puede (y, a mi juicio, *debe*⁶⁷) admitirse y regularse cuidadosamente la gestación por sustitución, y rechazar por motivos de orden público el reconocimiento de aquellos supuestos (que los habrá) en los que efectivamente exista afectación de los valores superiores (cualesquiera que sean) que consideramos irrenunciables.

22. La segunda cuestión a la que se refiere este epígrafe habla, de una manera deliberadamente amplia, de fraude a la ley española. El mensaje que espero haber lanzado en el párrafo anterior es que la gestación por sustitución, en sí misma considerada, no vulnera el orden público español: lo vulneraría, por ejemplo, la situación en la que se ha ejercido algún tipo de violencia contra la madre gestante para obligarla a acceder a esta técnica; lo vulneraría la situación en la que la concreta gestación por sustitución forma parte de un entramado generador –por emplear la misma terminología que usamos en materia de adopción internacional– de “beneficios materiales indebidos”⁶⁸. Sin embargo, que los efectos de la gestación por sustitución consistentes en la atribución de la filiación del nacido a los comitentes no sean contrarios al orden público español no determina automáticamente una aceptación de plano del reconocimiento de

⁶⁶ M. Atienza, “Sobre la nueva ley...”, *loc. cit.*

⁶⁷ Aunque aquí estoy emitiendo un juicio meramente moral. Que la gestación por sustitución no sea en sí misma contraria al orden público español no significa que deba necesariamente regularse y admitirse de una u otra manera. La actual regulación del art. 10 Ley 14/2007, es una de las constitucionalmente posibles, guste más o menos.

⁶⁸ Y admito aquí una amplia gama de posibilidades. Recuérdese, por ejemplo, que el tipo penal del art. 221 CP, habla de “mediando compensación económica”. La compra de un niño vulnera el orden público español. Y seguro que a partir de esta frase compartida probablemente con carácter general, la discusión se trasladaría a cuándo nos encontramos ante una tal compra.

cualquier situación, llamémosla, “limpia” de gestación por sustitución. Esto es especialmente claro ante una situación como la actual en la que la ley sustantiva española, como legítima *opción* legislativa, declara nulo el contrato de gestación por sustitución y establece la filiación materna de forma imperativa respecto de la madre gestante (aunque la regla valdría también si en España estuviese admitida y regulada la figura que nos ocupa⁶⁹). En otras palabras, no todo lo que no vulnera el orden público es admisible en todo caso. El legislador nacional opta por una de las variadas posibilidades que tiene dentro de los parámetros constitucionales y lo hace por alguna razón que considera mejor que las rechazadas. Esta valoración determina que el resto de las valoraciones eventualmente distintas que puedan haber hecho otros legisladores (por ejemplo, admitiendo y regulando la gestación por sustitución) no aparezca como una oferta libre e incondicionada para que los particulares opten sin más en una especie de libre mercado legislativo⁷⁰. Para estos supuestos, el DIPr sigue siendo tributario de una idea de vinculación razonable (al ordenamiento que crea la situación) que, en el supuesto que nos ocupa, es la que realmente fundamenta unas *expectativas legítimas*⁷¹. Es lo que convierte en admisible la inscripción de una filiación derivada de una gestación por sustitución en el ejemplo anteriormente descrito de los americanos que trasladan su residencia a España, y en no admisible (o no aún, o dudosamente admisible) la inscripción en el caso que generó la Resolución, la Sentencia de Valencia y la Instrucción. Resulta sumamente significativo a estos efectos el mensaje de Patrick Kinsch: en primer lugar, efectúa una muy ponderada defensa de la obligación de reconocer un *status* (un estado civil) válidamente adquirido desde el punto de vista de un sistema de DIPr extranjero, sobre la base de las exigencias de los derechos humanos consagrados, al menos, por la CEDH (esencialmente su art. 8, pero eventualmente, también su art. 6); y, en segundo lugar, establece la condición de que “el *status* ha debido ser adquirido de buena fe por las partes... y las expectativas de las partes sobre la estabilidad de su *status* tienen que haber sido expectativas legítimas. La legitimidad dependerá normalmente de la intensidad de los vínculos de la situación con el sistema extranjero bajo el que se adquirió el *status*”⁷².

⁶⁹ Como vale que no se reconozca necesariamente todo tipo de matrimonio celebrado en el extranjero, o toda adopción, por más que ambas realidades estén perfectamente admitidas en nuestro ordenamiento jurídico.

⁷⁰ De nuevo, esto es una opinión personal que choca con la práctica de una globalización que desdibuja la vieja vinculación entre legislador, sociedad que trata de ordenar y ley. *Vid.* cómo desarrolla y matiza esta afirmación G.P. Romano, “La bilatéralité éclipsée par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006, pp. 457–519, pp. 512–515.

⁷¹ De nuevo se impone la cita de A. Quiñones Escámez, *Indret*, 24, y 27–29, entre otras.

⁷² P. Kinsch, “Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad— Private International Law Rules and European Human Rights Law”, *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya y Zurich, 2010, pp. 259–275, pp. 272–273, pero ya antes de forma

23. La idea de fraude en sentido lato aparece como un obstáculo intuitivo en el que podríamos considerar supuesto tipo, similar al resuelto por la Resolución. No haber mediado fraude a la ley es una condición propia de reconocimiento de decisiones extranjeras en Francia y en Bélgica; la Sentencia del Tribunal de Primera instancia de Huy 22 de marzo de 2010 (Bélgica) le concedió –junto al orden público belga– un cierto papel argumental⁷³. En España, como hemos visto, esta idea de fraude a la ley está presente en la jurisprudencia del TS en materia de control de la competencia de las autoridades extranjeras⁷⁴. A estas alturas de la exposición, cuando he rechazado el orden público como criterio indefectible de oposición al reconocimiento⁷⁵, podría ser el denominado control de la competencia de la autoridad de origen el llamado a servir de filtro a esta idea de “fraude”. Pero, a la vista de las dificultades y dudas que pueden surgir sobre esta condición⁷⁶, la aplicación directa de los arts. 6.4º Cc y/o 11.2º LOPJ, también debe jugar una papel importante. No obstante, la peculiaridad de los intereses y de las circunstancias que rodean un supuesto de gestación por sustitución hacen que no sea fácil establecer los casos concretos en los que una expectativa jurídica no aceptada en el foro y expresamente buscada por las partes en un país extranjero puede considerarse legítima o, mejor, cuándo, con independencia de que la expectativa no sea totalmente legítima, existe un contrapeso que pueda avalar igualmente el reconocimiento. Trataré de ampliar esta idea hablando del futuro y volviendo, ya con carácter general, sobre algunos temas ineludibles que condicionan las soluciones al problema del reconocimiento de los efectos de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero.

V. La gestación por sustitución en los supuestos internacionales más allá de la actual regulación positiva

1. Planteamiento

24. En las páginas anteriores he tratado de poner de manifiesto mi visión de un estado de la cuestión sobre un caso típico de gestación por sustitución desde

igualmente gráfica, p. 266, en relación con la muy conocida –y, a mi juicio, de efectos aún no claramente determinables– STEDH 28 de junio de 2007 (*Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, demanda nº 76240/01). *Vid.*, P. Orejudo Prieto de los Mozos, *AEDIPr*, t. IX, 2009, p. 1152, sobre la idoneidad de esta sentencia para avalar el resultado buscado por la DGRN en su Resolución 18 de febrero de 2009.

⁷³ *Vid. supra*, nº 4. Curiosamente, los motivos de orden público que se barajaron se apoyaron en la interpretación del art. 7 de la Convención de Derechos del niño y en el art. 3 CEDH.

⁷⁴ *Vid. supra*, notas 31 y 32.

⁷⁵ Advierto que ello me ha llevado también a eludir un nivel de razonamiento muy común en este problema: el relativo a la gradación del orden público en función de la proximidad o lejanía del supuesto con el foro (*vid.*, en relación con el tema que nos ocupa, A. Quiñones Escámez, *Indret*, pp. 16).

⁷⁶ *Supra*, nº 10.

la perspectiva de nuestro actual Derecho positivo apoyándome en la secuencia administrativa y judicial del supuesto resuelto por la Resolución DGRN 18 de febrero de 2009. Típico, no por su gran frecuencia actual, sino por presentar unos caracteres que se repiten en otros países de nuestro entorno y que, sin duda alguna, se repetirán, sean conocidos o no, en la sociedad española en los próximos tiempos. Esta visión parte de las posibilidades ofrecidas por el Derecho vigente y de la confrontación de éste con la última Instrucción de la DGRN y con la jurisprudencia del TS sobre aspectos no regulados de manera positiva (esencialmente, el control de competencia de la autoridad extranjera y las condiciones de reconocimiento de actos extranjeros de jurisdicción voluntaria). El razonamiento ha sido (al menos ha pretendido ser) formal y predominantemente ortodoxo. En él no he excluido la posibilidad de reconocer la filiación determinada de una gestación por sustitución en determinados casos. He considerado que no contraría de plano el orden público español, pero que debe existir un filtro que evite el fraude a la ley, *lato sensu* considerado. Con todo, el balance se me antoja negativo desde diversos puntos de vista: desde una perspectiva metodológica –tan destacada en este caso por la propia Resolución y por los comentaristas de la misma–, aunque puede estar clara la diferencia entre abordar el tema desde la búsqueda de una ley que decida la filiación del nacido de gestación por sustitución o abordarlo en términos de reconocimiento de una decisión extranjera o (ahora añadido) de una situación de estado civil reconocida por una ley extranjera, resulta cuestionable cuándo tenemos que utilizar un método u otro. Y resulta cuestionable por qué habría tanta diferencia en cuanto al resultado utilizando uno u otro; también parece evidente, que en términos de especialización normativa, la aproximación *desde el reconocimiento* está huérfana de soluciones específicas y satisfactorias; por decirlo de alguna manera, la aproximación desde la ley aplicable parte de que durante años, muchos años, era la paradigmática, con lo que supuso de preeminencia y desarrollo normativo. En resumidas cuentas, al método del reconocimiento le falta el desarrollo y especialización que tiene el de la ley aplicable. Desde una perspectiva sustantiva, tanto la solución de reconocer la filiación del nacido de gestación por sustitución, cuanto rechazar dicho reconocimiento fomentan situaciones complejas y poco satisfactorias: que el interés del niño o la garantía de la continuidad de su estado civil no hayan sido manejados con habilidad en los supuestos analizados, no significa que no tengan un peso específico al que hay que conceder su justa importancia.

2. Ley aplicable versus reconocimiento

25. Comenzando por la primera de las cuestiones, resulta bien conocida entre los internacional–privatistas la actual revitalización del método del reconocimiento (bajo qué condiciones admito y recibo esta realidad –matrimonio, adopción, filiación constituida –¿”sentenciada”, declarada, consolidada?– bajo un

sistema jurídico extranjero) frente al método conflictual o de determinación de la ley aplicable (cuál es la ley que me dice si esta realidad es jurídicamente válida o no; existe jurídicamente hablando o no); es más, no es exagerado decir que se trata de uno de los tópicos estrella en el debate doctrinal de los últimos años⁷⁷. El ejemplo que nos ocupa es paradigmático de esta “confrontación metodológica”, pues tratado en términos de ley aplicable y siendo esta la española, la inscripción de la filiación de los gemelos resultaba imposible, mientras que tratándolo en términos de reconocimiento la inscripción resultaba posible, al menos a los ojos de la DGRN. Es obvio que esta confrontación sólo tiene sentido cuando de optar por una u otra vía las soluciones son distintas. De nuevo en el caso que nos ocupa, a los ojos de la Sentencia de Valencia (y del sistema positivo), la presencia de un requisito “conflictual” entre las condiciones del reconocimiento (art. 23 LRC tal cual lo hemos interpretado), nos sitúa ante un falso problema: si entre las condiciones del reconocimiento está verificar la situación a la luz de la ley española, da igual que optemos por un acercamiento *de ley aplicable* que optemos por uno *de reconocimiento*. Y esto no tiene por qué ser infrecuente, ni necesariamente criticable. Esta colaboración entre las dos dimensiones la vemos también en la proyectada regulación de la inscripción el Registro Civil en virtud de *documento extranjero extrajudicial* (art. 97 Proyecto de Ley de Registro Civil) o de *certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros* (art. 98 Proyecto de Ley de Registro Civil); puesto que ambos contemplan un control conforme a la ley aplicable. Mas también hemos visto que las condiciones de reconocimiento pueden no contener tal tipo de control: es la regla tanto en el régimen común de reconocimiento de resoluciones extranjeras (art. 954 LEC/1881), como en el régimen que la Instrucción describe para el reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria o el que prevé con carácter general el art. 96 del Proyecto de Ley del Registro Civil (*Resoluciones extranjeras*).

Enfrentar un caso de similares características al que analizamos desde la perspectiva del reconocimiento no sólo es lo correcto en términos técnicos, sino que también, con carácter general, vendría a ser más favorable a la eficacia en el foro de las realidades configuradas al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero que la creación o constatación (podríamos decir) *ex novo* a través de su sometimiento a una ley determinada. Es correcto porque en esos casos no existe realidad jurídica que constatar, crear o modificar, puesto que ya existe una relación jurídica concreta, existente y efectiva en el sentido de objetivada por un ordena-

⁷⁷ La bibliografía es apabullante: una buena descripción general del estado de la cuestión, que voy a utilizar a efectos argumentales, la ofrece Ch. Pamboukis, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, pp. 513–560, con abundantes referencias bibliográficas, a las que sin más me remito. Con posterioridad y con un ámbito problemático más amplio *vid.* el Cap. V del reciente curso general de A. Bucher, “La dimension sociale du droit international privé (Cours général)”, *R. des C.*, t. 341, 2009 (2010).

miento extranjero⁷⁸. Y es, por lo general, más favorable porque el test de reconocimiento se articula en términos más flexibles que la aplicación de una ley u otra; se suele articular en términos de proporcionalidad en la admisión o rechazo de la situación⁷⁹.

26. Dando por buena esta descripción surgen imperiosamente dos cuestiones a resolver: la primera se refiere a las condiciones del reconocimiento. La progresiva ocupación de espacios del *reconocimiento* como modelo para valorar la eficacia en el foro de realidades “extranjeras” plantea, a mi juicio, la necesidad de una especialización de estas condiciones, lo que, como he señalado, no acontece en el momento presente. No es satisfactorio aplicar un mismo régimen de condiciones para todos los casos, sea rústico y decimonónico como el de la LEC/1881, o moderno y sofisticado, pero general. Un ejemplo específico de esta necesaria especialización proyectado al caso que nos ocupa es el que muestran las condiciones exigidas por la Instrucción en su Directriz Primera, punto 3. Con independencia de la legitimación de la propia DGRN para hacer el papel de legislador (que no la tiene) y de que tales condiciones se puedan considerar más o menos satisfactorias, lo cierto es que son condiciones que se han concebido específicamente con vistas al reconocimiento de los efectos en España de los supuestos de gestación por sustitución. El convencimiento de que los supuestos internacionales de gestación por sustitución se van a convertir en un “tipo” específico de situación privada internacional (como, por ejemplo, la adopción internacional o el secuestro internacional de menores) exige, a mi juicio, una respuesta también específica. No considero que se den en estos momentos las condiciones en Derecho comparado para abordar una respuesta interestatal (un convenio internacional), debido, sobre todo, al mayoritario rechazo a la figura en los respectivos derechos estatales⁸⁰. Pero ello no excluye que, al menos dentro de cada sistema de DIPr y, en todo caso, en el nuestro, se proceda a una regulación específica de estas condiciones de reconocimiento⁸¹.

⁷⁸ Las concretas palabras las tomo de Ch. Pamboukis, *loc. cit.*, p. 540.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 530. Por supuesto, que ello depende de las concretas condiciones del reconocimiento que, como hemos visto, pueden contener reglas de ley aplicable que introducen la misma rigidez que se achaca al método conflictual.

⁸⁰ No obstante, esta opinión, lo cierto es que en nota de prensa de 7 de abril de 2011, el Consejo de Política y Asuntos Generales de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado ha invitado a la Oficina Permanente a intensificar su trabajo sobre los aspectos internacionales de la maternidad subrogada (información ampliada en www.hcch.net).

⁸¹ No me resisto a reproducir la petición que, con carácter general, hace N. Bouza Vidal, *loc. cit.*, p. 305, que parece pensada para el caso que nos ocupa: “Deben también concretarse mejor las condiciones del reconocimiento. En particular por lo que respecta a: la exigencia de un mínimo de contactos con el Estado donde la situación jurídica se ha constituido; la ausencia de fraude de ley por parte de los interesados; la obligación de respetar las leyes de policía y la posibilidad de invocar la excepción de orden público internacional”.

27. La segunda (aunque primera en un orden lógico) es más peliaguda y se refiere a cuándo podemos recurrir al método del reconocimiento y cuándo a la identificación y aplicación de una ley estatal determinada. De vuelta al ejemplo de la Resolución, el caso nos muestra, al menos, dos realidades jurídicas: la sentencia californiana y las certificaciones registrales; y ambas dan soporte a una tercera, que no es otra que el vínculo de filiación (al menos para EE UU) entre el matrimonio español y los gemelos nacidos de gestación por sustitución. Planteémonos, como meras hipótesis de trabajo, que la existencia del vínculo de filiación para un Derecho extranjero pudiese manifestarse con la siguiente intensidad: lo decidido por una sentencia firme dictada como consecuencia de un procedimiento contencioso resolviendo una acción de filiación, lo establecido por un acto equivalente a los de jurisdicción voluntaria, una constancia documental registral como consecuencia de una declaración de los promotores y una mera “situación” de posesión de estado de filiación, como tal reconocida y amparada por una norma positiva⁸². Reduciendo, siempre como hipótesis de trabajo, nuestro sistema de DIPr a una norma de conflicto como el actual art. 9.4º Cc y a un régimen de reconocimiento con, por ejemplo, las condiciones marcadas por la citada Directriz Primera, punto 3, de la Instrucción, ¿cuál sería el ámbito regulativo del reconocimiento y cuál el de la norma de conflicto respecto de las cuatro hipótesis señaladas? En un acercamiento a la cuestión que podríamos calificar como clásico, podríamos afirmar que la sentencia firme se sometería a las condiciones de reconocimiento mientras que la mera “situación” de filiación probablemente a su confrontación con la ley nacional del hijo. Nos moveríamos en la distinción trazada por la Resolución: los promotores presentarían la sentencia como título para practicar la inscripción en un caso y, en el otro, solicitarían la inscripción de una filiación que les reconoce un derecho extranjero mediante la declaración y la aportación de documentos –distintos de resolución judicial– en virtud de los que defienden su solicitud (por ejemplo, el parte médico y el contrato de subrogación). La idea que daría soporte a esta distinción es que el *privilegio* del reconocimiento parte de una situación ya existente y en cierta medida cristalizada por el carácter decisonal del *acto público extranjero*; no lo tendría la *situación* de la que meramente diera fe un acto público extranjero, ni la que no ha pasado filtro alguno.

28. Pues bien, esta descripción somera y muy simplificada está siendo revisada en la actualidad, reduciendo el juego de la ley aplicable y aumentando el del método del reconocimiento para proyectarse sobre actos en los que apenas exista

⁸² Sería esta última la regulación jurídica prevista por el Derecho de Ucrania, según C. Campiglio, *loc. cit.*, p. 591, nota 6.

una decisión de autoridad en sentido propio⁸³ e incluso sobre las meras *situaciones o status adquiridos conforme* a una ley extranjera⁸⁴. Dejemos constancia de que ni la Instrucción ni el Proyecto de Ley del Registro Civil acogen estos nuevos postulados. Probablemente tampoco sea algo relevante para las situaciones que analizamos, en las que la intervención de una autoridad, con mayor o menor intensidad, será frecuente. Sin embargo, el debate no se va a cerrar por ello, puesto que, en definitiva, esta cuestión de método determina en última instancia la admisión o rechazo (por reconocimiento o por declaración) de los efectos de la gestación por sustitución —que son efectos materiales—. Y determina la tutela de concretos derechos o intereses, como el inefable interés superior del niño o el derecho a conservar la identidad o el estado civil, que retroalimentan el debate metodológico y que, como señalé, en el momento actual no están suficientemente contemplados en nuestro sistema (ni en otros muchos), o no con la claridad necesaria, como, para finalizar, paso a exponer.

3. Ponderación de intereses: admisión o rechazo de los efectos de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero

29. Sea cual sea el acercamiento metodológico al supuesto que nos ocupa y cómo se repartan sus ámbitos respectivos las normas sobre ley aplicable y las normas sobre reconocimiento de decisiones extranjeras (o, yendo más allá, meras situaciones consolidadas en el extranjero), lo cierto es que la respuesta de cualquier sistema ante este tipo de situaciones puede ser su admisión o su rechazo. Probablemente pueda establecerse una gradación entre ambos polos, pero la eludo a los efectos explicativos que me animan en este momento. Sin perjuicio de que la vía del reconocimiento es la más apropiada para encarar los supuestos tipo como el que nos sirve de referencia, esta vía, como hemos visto, implica superar una serie de condiciones, más genéricas o más específicas (y vuelvo a reclamar que se especifiquen), que pueden determinar tanto un juicio positivo de reconocimiento, cuanto uno negativo. En este contexto, la actitud de la DGRN, claramente favorable al reconocimiento, hasta el punto de silenciar obscuramente la aplicación del art. 23 LRC, esta actitud favorable, digo, es también una constante en las aproximaciones que se hacen al tema fuera de nuestro país y

⁸³ Se trata ante todo de respetar las previsiones de las partes —dirá G. Cuniberti— por lo que el carácter decisonal del acto público debe depender más de los “efectos” en la concreción de los derechos de las partes que en la implicación de la autoridad (nota *cit.*, p. 149).

⁸⁴ Entre los últimos, P. Kinsch, *loc. cit.*, pp. 272–273; en profundidad, Ch Pamboukis, p. 540: “El objeto del reconocimiento es una relación jurídica de Derecho privado, *concreta y existente, efectiva* en el sentido de que ha sido ‘objetivada’ en un ordenamiento jurídico dado, sea por la intervención de una autoridad pública, que ha hecho su existencia tangible, sea por la eficacia fundada en una apariencia objetiva (creada por el despliegue de efectos durante un tiempo en el seno de un sólo ordenamiento jurídico) de un estado o de una relación oponible a terceros” (la cursiva es original). N. Bouza Vidal, *loc. cit.*, p. 305, punto i) parece plantear cautelas en forma de preguntas, ante esta posibilidad.

para supuestos y contextos similares. Las citadas opiniones de P. Lagarde, G. Cuniberti y S. Bollée, interpretando distintas instancias del caso *Mennesson*, son llamativas. En gran medida son desarrollos, como el de la DGRN, preordenados por el resultado. Se fuerzan los mecanismos legales para concluir la posibilidad del reconocimiento. Como también señalé al comienzo, ello en sí no es en absoluto censurable, en tanto en cuanto la interpretación propuesta quepa dentro de la ley; mas, como sucedió con la Resolución de la DGRN, creo que el debate está deliberadamente desequilibrado; que no se plantean todos los argumentos relevantes con la misma intensidad. Ante el temor o la posibilidad de un no reconocimiento de la filiación extranjera determinada por la gestación por sustitución, el interés del niño se convierte en omnipresente, llegándose a hablar (a mi juicio de forma un tanto alarmista y esencialmente emotiva) de un nuevo capítulo en el problema mundial de refugiados⁸⁵, con referencia a los supuestos en los que la ausencia de reconocimiento deja a los menores en tierra de nadie (en su “país de origen” ya no tienen orígenes, en el de “acogida” tampoco). La idea de que la ausencia de reconocimiento convierte a los nacidos en las víctimas de la discrepancia entre los distintos Derechos nacionales⁸⁶ ha tenido también presencia en el ámbito estrictamente interno, cuando se habla del nacido como víctima de las acciones de los adultos que recurren a la técnica de gestación por sustitución⁸⁷. Los derechos humanos irrumpen con fuerza en el discurso y difuminan las aproximaciones más ortodoxas basadas en la aplicación de unas reglas que aparecen de forma cuasi apriorística como insatisfactorias⁸⁸, como si sólo cupiese el reconocimiento de la filiación a pesar de los elementos que juegan en su contra⁸⁹.

30. En la otra parte sustantiva del problema se hacen valer, como hemos visto, las clásicas apelaciones al orden público, a la imperatividad internacional de

⁸⁵ A.V.M. Struycken, *loc. cit.*, p. 367.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 366.

⁸⁷ Por ejemplo, C.L. García Pérez, “Art. 10”, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (J.A. Cobacho Gómez, dir. y J.J. Iniesta Delgado, coord.), Cizur Menor, 2997, pp. 391–394.

⁸⁸ P. Kinsch, *passim*; aunque este autor realiza un muy ponderado equilibrio entre el discurso en términos de derechos humanos y el más cercano a las técnicas clásicas del DIPr. Para el caso que nos ocupa de gestación por sustitución es meridianamente gráfico P. Lagarde, “La reconnaissance...”, *loc. cit.*, p. 499: nada de reglas apriorísticas; aplicación del art. 3 de la Convención de derechos del niño; C. Campiglio, *loc. cit.*, p. 599, también claudica al atractivo del interés superior del niño, aunque advirtiendo que este interés puede operar tanto a favor cuanto en contra del reconocimiento..

⁸⁹ “En conclusión –señala P. Lagarde– pensamos que incluso si el legislador debiese mantener la prohibición de los contratos de maternidad subrogada, convendría en todo caso reservar la integridad de la situación jurídica de los hijos que nacen de la misma” (*loc. cit.*, p. 331). La citada Sent. Corte de Apelación de Lieja, de 6 de septiembre de 2010 (*supra*, nº 4), se adhiere en cierta medida al razonamiento: pondera la posibilidad de que las gemelas queden sin filiación establecida para declararla respecto del padre biológico, a pesar de partir (a mi juicio de forma innecesaria) de la contrariedad con el orden público de los contratos sobre seres humanos.

algunas soluciones domésticas y, cómo no, también a derechos fundamentales como el de la dignidad de la persona (art. 3 CEDH) o derechos vinculados al propio niño (art. 7 Convención sobre los derechos del niño)⁹⁰. La ponderación de todos estos elementos es delicada. Como he señalado con anterioridad, el debate en términos absolutos no permite adoptar una posición global; ésta habrá de ser siempre concreta, puesto que sin duda puede haber supuestos en los que el reconocimiento atentará contra la dignidad de la madre gestante o del nacido y otros muchos en los que no. El interés del niño y el resto de los intereses en presencia deben valorarse *in concreto* y no en abstracto. Y, en este sentido, no puedo dejar de señalar que la ausencia de reconocimiento no genera necesariamente una situación inicua en términos de dicho interés del niño. La propia experiencia española anterior a la Ley de Adopción Internacional, frente a la denegación del reconocimiento de las llamadas adopciones simples (los niños seguían con los adoptantes hasta que regularizaban su situación) y la propia realidad de los casos que conocemos en los que no se ha producido el reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución (los niños en el país de destino continúan en compañía de quienes fueron declarados padres o madres en el país de origen) nos alertan de la necesidad de dar respuesta jurídica satisfactoria a estas situaciones claudicantes, pero sin claudicar ante las opiniones catastrofistas o no suficientemente justificadas apelaciones a un interés superior del niño, que en ocasiones es utilizado como verdadero rehén por quienes pretenden ser sus padres o madres.

Las citadas tres Sentencias de la *Cour de Cassation* de 6 de abril de 2011 tienen buena cuenta de esta idea para contrarrestar la fuerza tópica de interés superior del niño y, con independencia del alambique argumental que construye (y de su pertinencia), lo cierto es que expresamente niegan la afectación de este interés en los siguientes términos: “...una situación tal [el rechazo del establecimiento de la filiación respecto de los comitentes], que no priva al niño de la filiación materna y paterna que el Derecho del Estado de Minnesota le reconoce, ni le impide vivir con los cónyuges X [comitentes] en Francia, no atenta al derecho al respeto de la vida privada y familiar de este niño en el sentido del art. 8 CEDH, ni tampoco a su interés superior garantizado por el ar. 3.1º Convenio internacional de derechos del niño”⁹¹.

31. Lo que sí es nítidamente previsible es que una posición favorable al reconocimiento de los efectos de la gestación por sustitución “extranjera” genere una clara discriminación elitista en un ordenamiento que, como el caso español,

⁹⁰ Ambos fueron los argumentos de peso utilizados por la la Sent. del tribunal de primera instancia de Huy, de 22 de marzo de 2010 (*supra*, nº 4) para rechazar el reconocimiento. También estuvieron presentes en algunos de los casos franceses citados *supra*, nº 3.

⁹¹ Sentencia *Cour Cas.* nº 371 de 6 de abril de 2011, *cit.* Texto que se repite más con las matizaciones oportunas en las otras dos sentencias, de la misma fecha.

mantenga la imperatividad de la determinación de la filiación materna por el parto; más claramente, genere una discriminación entre quienes se puedan pagar el proceso en California, en Ucrania o en la India, y quienes no⁹². Este riesgo es un efecto potencial perfectamente conocido y descrito por quienes promocionan el método de reconocimiento de forma liberal; y es un riesgo que no debe soslayarse en un discurso global⁹³. Cuanto más propicio al reconocimiento sea el sistema de DIPr, más incoherente será la decisión de mantener una regulación sustantiva interna contraria al reconocimiento de los efectos de la gestación por sustitución. Por descender a lo concreto, las condiciones previstas por la Directriz Primera, punto 3, de la Instrucción DGRN se incardinan en este ambiente *promotor* del reconocimiento; no están determinadas ni condicionadas, creo que con razón, por la solución del art. 10 Ley 14/2007; sus condiciones, obvian el obstáculo del orden público como condición general y lo especifican en una serie de requisitos que se cumplirán en un buen número de ocasiones (probablemente se cumplen en el supuesto que dio origen a la Resolución y también en los supuestos que determinaron los citados pronunciamientos de las jurisdicciones francesa y belga). Ni siquiera hacen alusión a la eventualidad de que la madre gestante haya recibido o no dinero por prestarse a la gestación por sustitución⁹⁴; a salvo una posible interpretación estricta del control de la competencia del Tribunal de origen como la que he descrito⁹⁵, el reconocimiento y la consiguiente inscripción de la filiación se puede producir en un buen número de casos.

Si el futuro va en esta u otra dirección similar –y personalmente creo que es imposible que vaya en una dirección opuesta– estamos ante una clara invitación para que el legislador español modifique la normativa sustantiva interna, en orden a admitir y regular los efectos de la gestación por sustitución. De no hacerlo, estará colaborando a fomentar la discriminación señalada y, lo que puede ser más grave aún, a crear una situación potencialmente claudicante, objetivo que el reconocimiento se afana en atajar. Describo brevemente la situación en el epígrafe siguiente.

⁹² De “práctica elitista” habla M. Atienza, “Sobre la nueva ley...”, *loc. cit.*, p. 7, en un contexto próximo al aquí tratado. La idea la lleva de forma extrema a una vulneración del art. 14 CE, A.J. Vela Sánchez, *loc. cit.*, con quien coincido sobre la necesidad de reforma aperturista, aunque no en la fundamentación derivada de los presuntos derechos fundamentales que utiliza como base axiológica.

⁹³ Ch. Pamboukis, *loc. cit.*, pp. 543–545; a mi juicio liquidando el tema de manera excesivamente expeditiva.

⁹⁴ Tópico recurrente en este ámbito como de dudosa admisibilidad. E. Farnós Amorós, p. 23, se hace eco de lo dispuesto en el art. 21 CEDH y la biomedicina de 4 de abril de 1997: “Prohibición del lucro. El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”. *Vid.* las dudas planteadas por la citada Sentencia *High Court (Family Division)* 5 de noviembre y 9 de diciembre de 2008, a propósito del reconocimiento de un caso procedente de Ucrania en el que había mediado pago de dinero (relatado por A.V.M. Struycken, *loc. cit.*, pp. 360–361 y 366–367).

⁹⁵ *Supra*, nota 33.

4. *La estabilidad de la filiación reconocida: coordinación entre reconocimiento, ley aplicable y Derecho sustantivo*

32. Una de las lecciones que debemos extraer del supuesto resuelto por la Resolución (y los análogos ejemplos del Derecho francés o belga) es que, por más que técnicamente abracemos el reconocimiento como aproximación fetén a la valoración de los efectos de la maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero, la discusión sobre dichos efectos sólo se cierra de forma definitiva mediante una decisión judicial (nacional o extranjera reconocida) con efectos de cosa juzgada. La propia Resolución nos advertía de que la admisión del recurso de los promotores y la práctica de las inscripciones no cerraba la vía judicial ordinaria. Esta constatación debe conducir a matizar la tradicional confrontación entre método de reconocimiento y búsqueda de la ley aplicable a una situación jurídica dada, puesto que pueden llegar a ser dos momentos sucesivos de una misma historia jurídica en supuestos, como el que nos ocupa, que pueden ser un “típico sector de la jurisdicción voluntaria”⁹⁶. El objetivo fundamental del método del reconocimiento, concretado en la necesaria continuidad y coherencia de la relación privada a través de las fronteras jurídicas, en definitiva, en la evitación de situaciones claudicantes, se quedará a medio camino si no existe una comunicación coherente entre ámbito y condiciones del reconocimiento y ámbito de la determinación de la ley aplicable en aquellos supuestos en los que el reconocimiento no se fundamente en una decisión con efectos de cosa juzgada. Por más que sean lógica y técnicamente distintos no parece que un mismo sistema jurídico pueda soportar en términos valorativos un generosísimo sistema de reconocimiento de situaciones jurídicas consolidadas en el extranjero, pero aún abiertas a la discusión judicial, junto a un rígido sistema conflictual. El problema que nos ocupa es especialmente ilustrativo de esta necesidad, que podemos reconducirla a la idea de garantizar la estabilidad de las situaciones reconocidas.

33. En los problemas de gestación de sustitución, no ha de resultar infrecuente, sino todo lo contrario, que el reconocimiento de relaciones jurídicas *concretas, existentes y efectivas*, en los términos más atrás descritos, se realice al margen de resoluciones judiciales con efectos de cosa juzgada material. Actas extranjeras de estado civil y decisiones judiciales similares a las de jurisdicción voluntaria españolas⁹⁷ serán instrumentos frecuentes que amparen la situación consolidada en el extranjero. Aunque no puedan descartarse sentencias dictadas

⁹⁶ A.V.M. Struycken, *loc. cit.*, p. 365.

⁹⁷ Como dirán M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 712–713, “resoluciones de jurisdicción voluntaria *stricto sensu*”.

en procedimientos contradictorios o equivalentes⁹⁸, no puede asegurarse que siempre sea así. Pues bien, en estos términos, un juicio positivo de reconocimiento vendría a dejar la situación tal cual quedó tras la Resolución de la DGRN en el caso que nos sirve de punto de partida: a expensas de una eventual discusión judicial sobre la filiación. Es verdad que esa es la situación habitual siempre que la inscripción de nacimiento se realiza en casos meramente internos al margen de una resolución judicial con efectos de cosa juzgada material; es decir, en la gran mayoría de los casos. Pero no es menos cierto que, en tales supuestos, el control de legalidad que se hace coincide *mutatis mutandi* con el que tendría que hacer en su caso el Juez llamado a pronunciarse sobre la filiación en un proceso contradictorio. Es decir, si se practica inscripción de nacimiento mediante declaración, como bien pone de manifiesto la Resolución, el Encargado del Registro Civil aplicará la ley determinada por nuestras normas de conflicto para fundamentar su decisión: la misma que aplicará el Juez en caso de reclamación o impugnación judiciales. También es cierto que, en numerosos supuestos, las propias limitaciones previstas por los derechos sustantivos en cuanto a la legitimación activa en las acciones de filiación y los plazos para su interposición reducirán el espectro de posibles demandas; pero no pueden descartarse. En este sentido, creo que si no se impone, sí al menos resulta muy conveniente, una coordinación que tienda a garantizar que lo que se hace valer mediante el reconocimiento no se deshaga mediante la ley aplicable y la ley efectivamente aplicada, por seguir con la contraposición metodológica de la que ya parte la Resolución. ¿Cómo ha de ser tal coordinación?

34. Descendiendo al caso que nos ocupa, y siempre bajo la aceptación de que los supuestos de gestación por sustitución pueden ser reconocidos en España bajo determinadas condiciones (entre las que, por hipótesis, excluyo un control de ley aplicable, puesto que en tal caso no se daría el problema que ahora analizo), una opción para evitar el problema descrito pasaría por considerar que tales situaciones llevan su propio régimen jurídico a cuestras allá donde sean reconocidas: las vicisitudes se solventarían a la luz de la ley que las vio nacer. Por ejemplo, en el caso de los gemelos californianos, la ley de California se aplicaría a una potencial reclamación de maternidad de la madre gestante⁹⁹. Tal solución no parece que case bien con la actualidad de nuestro sistema, donde la aplicación de nuestras normas de conflicto es imperativa. Una segunda opción podría ser, ac-

⁹⁸ Los supuestos en los que la madre gestante se niega a entregar al nacido o los comitentes se niegan a recibirlo ya han deparado decisiones de este tipo (v.gr., *Johnson v. Calvert* o el popular *In Re Marriage of Buzzanca*, ambos descritos por E. Farnós Amorós, pp. 8–9).

⁹⁹ Es ésta una cuestión que recuerda (si bien no se identifica con ella) a la de la determinación de los efectos de las situaciones reconocidas. Y la solución no es ni pacífica ni clara. *Vid.* P. Lagarde, “La reconnaissance...”, *loc. cit.*, pp. 495–497; A. Bucher, (Informe GEDIP) *cit.*, ap. V; N. Bouza Vidal, *loc. cit.*, p. 305, punto iii).

tuar sobre dicha norma de conflicto (en nuestro caso, el art. 9.4º Cc) para flexibilizarla y que no supusiese una nueva condición de reconocimiento enmascarada en forma de norma de conflicto, aun reducida a los supuestos contenciosos. A primera vista, modificar la norma de conflicto, que hoy se remite, como sabemos, a la ley personal del hijo en materia de filiación, no resultaría eficaz a la luz del supuesto tipo con el que trabajamos y que seguramente será el supuesto tipo del futuro: nacionales españoles que recurren a la maternidad subrogada en el extranjero. Y no resultaría eficaz, puesto que las alternativas regulativas más plausibles en materia de filiación serían la ley nacional del hijo o la ley de la residencia habitual del hijo: ambas nos conducirían a la ley española con los resultados conocidos. Considerar cualquiera de los puntos de conexión señalados en el momento del nacimiento en función de un cierto *favor filii*¹⁰⁰ tampoco nos resolvería el tema, puesto que, por un lado, el criterio para optar entre el momento de la acción y el del nacimiento no sería fácil de determinar (ante, por ejemplo, una reclamación de la madre gestante ¿qué *favor filii*?) y, por otro lado, es posible que la interpretación de dichos puntos de conexión no determinasen alternativa real¹⁰¹. También cabría proponer una norma de conflicto específica para la filiación en los casos de gestación por sustitución; técnicamente podría articularse dotándose de una conexión a la ley del nacimiento (que presumiblemente ratificaría la filiación reconocida); sería una salida posible, si bien poco ajustada con la opción básica de nuestro sistema, tendente a una solución única para todos los títulos de legitimación de la filiación, a salvo la adoptiva, con base en el principio constitucional de igualdad de todos los hijos¹⁰². A la vista de todos los intereses implicados (también del aludido de la discriminación por razón de capacidad económica), creo que la vía más simple de solventar este posible peligro de ruptura de la situación reconocida sería modificar el Derecho sustantivo, la Ley 14/2006, dando entrada a la admisión de la maternidad por subrogación, regulándola detalladamente y proyectando los principios de tal regulación a las condiciones de reconocimiento de las situaciones generadas o consolidadas

¹⁰⁰ Desde la modificación del art. 9.4º Cc se ha barajado esta opción: *vid.* J.D. González Campos, *Comentarios del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, vol. I, p. 86.

¹⁰¹ La nacionalidad sería la misma y la residencia habitual de un recién nacido es una conexión no fácil de definir: *vid.* en la jurisprudencia estadounidense el caso *Kijowska v. Haines*, (7th Cir. Sept. 8, 2006) que interpretó el concepto de residencia habitual del menor en el caso de un recién nacido en EE UU cuya madre se lo llevó inmediatamente a su país de origen (Polonia) como la residencia habitual de la madre, puesto que los datos hacían prever que ésta no tenía ninguna intención de instalarse en EE UU (como en el supuesto tipo de gestación por sustitución). El texto completo lo he consultado en <http://openjurist.org/463/f3d/583/kijowska-v-l-haines> (última consulta 21 de noviembre de 2010). Por supuesto, sólo se trata de un ejemplo, aunque próximo a soluciones más cercanas, como muestra la STJ 22 de diciembre de 2010 (as. C-497/10, PPU: *Mercredi*), sobre la determinación de la residencia habitual de un lactante. Nosotros deberíamos tomar nuestra propia decisión desde el sistema español del DIPr.

¹⁰² J.D. González Campos, *loc. cit.*, pp. 84-85.

en el extranjero: es lo que indirectamente están pidiendo las condiciones establecidas por la Directriz Primera Punto 3 de la Instrucción.

VI. Conclusiones y peticiones

35. El supuesto que dio origen a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 es un buen banco de pruebas para medir la capacidad de nuestro sistema de DIPr a la hora de abordar satisfactoriamente intereses nuevos planteados por también nuevas situaciones. Como hemos visto, ni la novedad del problema ni la oportunidad de resolverlo es exclusiva de nuestro país. Las autoridades de países de nuestro entorno han lidiado recientemente con supuestos similares y, sin duda, al igual que ocurrirá en España, habrán de seguir lidiando con ellos en el futuro. La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado parece que va a incluir el tema en su agenda. En nuestro caso, los distintos hitos del supuesto real de partida que dio origen a la Resolución DGRN de 19 de febrero de 2009 ponen de manifiesto la tensión entre las *reglas* de DIPr, cuya aplicación más intuitiva conduce a la negación de eficacia a estos supuestos de gestación por sustitución consolidados en el extranjero, y los *principios* (esencialmente el de interés de los niños en la continuidad de sus relaciones de filiación consolidadas conforme al país de origen). En otros países (también en España, si no existiesen obstáculos como el del art. 23 LRC), el tema se plantea en términos de conflicto entre principios, mediante el recurso al orden público o al fraude a la ley. En todos los casos, no obstante, el problema se ha enfocado correctamente en términos de reconocimiento de la situación consolidada en el extranjero. Los problemas más evidentes que surgen en este ámbito son, a mi juicio, los de determinación de las específicas condiciones del reconocimiento y los de la garantía de estabilidad de la situación una vez reconocida. Desde una perspectiva más global, más sociológica, si se quiere, la realidad es que en sistemas como el nuestro, cuyo Derecho sustantivo de manera imperativa sigue basando en el parto el establecimiento de la maternidad, las dos grandes opciones posibles conducen a resultados insatisfactorios: si rechazamos el reconocimiento, contribuimos a la consolidación de situaciones claudicantes en materia de estado civil y se nos echa encima la precaria situación de los niños. Una situación que por lo general no es tan dramática como se pretende hacer ver por quienes utilizan su “superior interés” como una especie de piedra filosofal con capacidad absoluta para transmutar cualquier supuesto de gestación por sustitución en universalmente válido, pero que no está normalizada en términos jurídicos: la descripción de las últimas sentencias de la *Cour de Cassation* (simplificando: ya existe una relación de filiación reconocida en el país de origen y en Francia seguirán viviendo juntos niños y comitentes) es, cuando menos, sorprendente. Si admitimos el reconocimiento (por supuesto, bajo unas condiciones que no supongan un

tratamiento indiferenciado de todo supuesto extranjero), estaremos favoreciendo esa especie de discriminación inversa respecto de las situaciones meramente internas y fomentando un elitismo en el acceso a la gestación por sustitución.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, la situación creada por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, no modifica sustancialmente la situación anterior, como he tratado de demostrar. Sin embargo no es en absoluto inocua. Al menos, envía un claro mensaje posibilista: bajo determinadas circunstancias –y en función de cómo se interpreten, puede que no excesivamente gravosas– el reconocimiento en España de la filiación extranjera derivada de la gestación por sustitución es posible. Como hemos visto, si el filtro para el reconocimiento de este tipo de situaciones no es lo suficientemente tupido y el Derecho sustantivo no varía, se corre el riesgo de provocar una evidente incoherencia valorativa entre lo que propondría la Instrucción y lo que sigue dictando la Ley 14/2006. En estas circunstancias, y teniendo en cuenta los valores superiores (todos) presentes en la gestación por sustitución, lo más coherente es, a mi juicio, modificar nuestro Derecho sustantivo admitiendo y regulando condiciones y efectos de dicha figura. Ello soluciona alguno de los problemas descritos. Por supuesto, no excluye, sino todo lo contrario, la necesidad de establecer también una coherente regulación del reconocimiento de las situaciones de gestación por sustitución provenientes del extranjero. La situación del Derecho positivo en este momento es de absoluta “indiferenciación”; la Instrucción tiene la virtud de iniciarnos en esa necesaria diferenciación en función de cada situación. Regulación sustantiva y regulación de DIPr han de ir de la mano. El ejemplo de la adopción internacional es tan próximo como ilustrativo. La forma y contenido de esa regulación sobre el reconocimiento de la filiación nacida de gestación por sustitución acaecida en el extranjero es una cuestión de futuro sobre la que los grandes trazos se me antojan de difícil determinación en este momento. Pero como la realidad va muy por delante del Derecho en este tema y, sobre todo, corre mucho más y es casi imposible poner puertas al campo en este mundo global, la regulación especial se impone ya: al menos, una nueva regulación legislativa estableciendo claramente vías y condiciones de reconocimiento –la Instrucción, aunque puede apuntar criterios regulativos, es ilegal y, en todo caso, absolutamente insuficiente–, junto con la modificación de la regulación sustantiva que he propuesto.

EL FUTURO REGLAMENTO DE LA UE SOBRE SUCESIONES. LA RELACIÓN CON TERCEROS ESTADOS *

Michael HELLNER

Profesor de DIPr de la Universidad de Uppsala (Suecia)
Miembro de la Delegación sueca del Comité de la UE de Derecho Civil

SUMARIO: I. Universalización de los Reglamentos de Derecho internacional privado de la UE. II. Las normas sobre relaciones con terceros Estados en la Propuesta de Reglamento. 1. Competencia residual. 2. *Forum necessitatis*. III. Lagunas de la propuesta. 1. Residencia habitual del causante en un tercer Estado: A) Desistimiento a favor del tribunal de un tercer Estado; B) Asunción de la competencia. 2. Residencia habitual del causante en un EM de la UE. IV. Conclusiones.

RESUMEN: La Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo sigue una tendencia reciente en los reglamentos en materia de DIPr institucional, consistente en que las normas de competencia se apliquen universalmente. Para compensar la ausencia de remisión a las normas estatales sobre competencia, el propio Reglamento propuesto contiene normas sobre competencia subsidiaria o residual en el art. 6, que prevé una suerte de competencia basada en la situación de los bienes; y, en el último texto discutido en el seno del Consejo, se ha añadido una norma sobre *forum necessitatis*. Pero la propuesta presenta algunas lagunas en lo que respecta a las relaciones con terceros Estados, que deben ser remediadas antes de que el texto sea adoptado definitivamente, pues de lo contrario habrá un gran riesgo de que se generen innecesariamente liquidaciones “claudicantes”. El trabajo propone como vías para evitar tales liquidaciones claudicantes el reenvío, la limitación de la competencia para la liquidación a bienes situados en la UE y la inclusión de mecanismos que permitan tener en cuenta la distribución extranjera.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE SUCESIONES – COMPETENCIA RESIDUAL – RELACIONES CON TERCEROS ESTADOS.

SUMMARY: *The proposal for a Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession follows a recent trend in EU private international law regulations in that*

* Traducción del inglés por Patricia Orejudo Prieto de los Mozos. Profesora titular de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

its rules on jurisdiction are intended to apply universally. In order to compensate for the non-referral to national rules of jurisdiction, the proposed Regulation itself contains rules on subsidiary jurisdiction in Article 6 which foresees a kind of jurisdiction based on the location of property. And an Article 6a on forum necessitatis has also been added in the latest text discussed in the Council. But the proposal has some lacunae, that must be remedied before the final adoption or there is great risk that a situation of unnecessary 'limping' devolutions of estates will occur. The paper proposes three different ways to avoid such 'limping' devolutions: renvoi, deference to the foreign devolution and limiting the devolution to assets located in the EU and the inclusion of mechanisms for taking a foreign distribution into account

KEYWORDS: PRIVATE INTERNATIONAL LAW — PROPOSAL FOR A REGULATION IN MATTERS OF SUCCESSION — SUBSIDIARY JURISDICTION — RELATIONSHIP TO THIRD COUNTRIES.

I. Universalización de los reglamentos de Derecho internacional privado de la UE

1. El 14 de octubre de 2009 la Comisión presentó su Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo¹. La Propuesta sigue una tendencia reciente en los reglamentos en materia de Derecho internacional privado (DIPr) de la UE, consistente en que las normas de competencia se apliquen universalmente. De esta forma, el Reglamento determinará la competencia de todo tribunal de un Estado Miembro (EM) que tenga que decidir de una cuestión sucesoria de carácter transfronterizo, con independencia de la nacionalidad o residencia habitual del causante, de sus herederos o de cualquier otra persona involucrada.

2. En relación con la aplicación espacial de las normas de competencia, existen varias generaciones de reglamentos en el DIPr institucional. El Reglamento Bruselas I² y su antecesor, el Convenio de Bruselas³, representan la primera. Al margen de sus normas sobre competencia exclusiva (art. 22) y sobre prórroga de la competencia (art. 23), las normas de competencia se aplican únicamente cuando el demandado está domiciliado en un EM (art. 3.1º). En el resto de los casos, la competencia se establece en cada EM de conformidad con la ley de ese Estado. Este empleo de la ley estatal se conoce como “competencia residual” o “competencia subsidiaria”⁴.

¹ Vid. COM(2009) 154 final, disponible el 30 de mayo de 2011 en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:ES:PDF>.

² Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 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 (en lo sucesivo, RB I).

³ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, DO C 189 de 28.7.1990.

⁴ La referencia a las leyes estatales, esto es, su inclusión en el Convenio, se justificó inicialmente como una norma destinada a asegurar el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones frente a domici-

3. El RB II *bis*⁵ representa la segunda generación de normas de competencia. La interpretación más adecuada de su ámbito personal de aplicación fue objeto de debate intenso, hasta que el Tribunal de justicia clarificó la cuestión. La confusión deriva de los arts. 6 y 7 RB II *bis*⁶. El art. 6 RB II *bis* establece que un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un EM o sea nacional de un EM sólo puede ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro EM en virtud de los arts. 3, 4 y 5. Esta norma se inspira claramente en el art. 3 RBI y da la impresión de que regula el ámbito personal de aplicación del Reglamento. Sin embargo, hay una diferencia importante (y quizás no pretendida) en relación con el RB I, y es que, mientras éste permite la aplicación de las leyes estatales sobre competencia si el demandado no está domiciliado en un EM (o no se aplican los arts. 22 ó 23), el art. 7 RB II *bis* sólo autoriza a la aplicación de las normas estatales de competencia si, además, ningún otro tribunal tiene competencia de conformidad con el Reglamento⁷.

En efecto, la cuestión se zanjó por el Tribunal de Justicia en el asunto *Sundelind Lopez*⁸. El Tribunal dejó claro que la referencia que el art. 6 RBII *bis* realiza a la residencia habitual o a la nacionalidad del demandado no puede interpretarse como una delimitación de la aplicabilidad del Reglamento como tal⁹. Si un tribunal de un EM tiene competencia de conformidad con las normas de los arts. 3, 4 ó 5, no es posible emplear las normas estatales sobre competencia, aunque el demandado no resida habitualmente en un EM ni sea nacional de un EM. Así, por ejemplo, de haberse empleado la misma lógica en el RB I, para determinar la competencia en relación con una acción contractual frente a un demandado domiciliado en un tercer Estado, no cabría emplear las normas estatales si la ejecución del contrato tuviese que efectuarse en un EM, pues en ese caso el art. 5.1º RB I conferiría competencia a ese EM del lugar de la ejecución.

4. El Reglamento sobre alimentos¹⁰ pertenece a la tercera generación de normas sobre competencia. Sus normas se aplican universalmente, con independen-

liados en terceros Estados, así como la operatividad de las normas de litispendencia: *vid.* el Informe *Jenard*, en DO C 59 de 5.3.1979, esp. pp. 20–21.

⁵ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, DO L 338 de 23.12.2003 (RB II *bis*).

⁶ Sobre las relaciones entre los arts. 6 y 7 RB II *bis*, *vid.* A. Borrás, “Exclusive and Residual Grounds of Jurisdiction on Divorce in the Brussels II bis Regulation”, *IPRax*, 2008, pp. 233–235.

⁷ La Propuesta de la Comisión de Reglamento “Roma III” da lugar a interpretar que la Comisión concibe el art. 6 RB II *bis* como una norma de delimitación del ámbito personal: *vid.* COM(2006) 399, p. 8.

⁸ STJCE 29 de noviembre de 2007, as. C–68/07: *Sundelind Lopez*, *Rec.* 2007, I–10405.

⁹ *Vid.* párrafo 24.

¹⁰ Reglamento (CE) n° 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 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, DO L 7 de 10.1.2009 (Reglamento de alimentos).

cia de la residencia habitual o la nacionalidad del demandado. No hay lugar a la aplicación de las normas estatales sobre competencia¹¹, y su art. 6, que se titula “competencia subsidiaria” y no efectúa ninguna referencia a las leyes estatales, atribuye competencia a los tribunales del EM de la nacionalidad común de las partes si no hay ningún otro tribunal competente de conformidad con las normas del Reglamento. En aras de evitar el riesgo de denegación de justicia que en algunos casos podría darse como consecuencia de la imposibilidad de acudir a las leyes nacionales, se ha introducido una norma sobre *forum necessitatis* en el art. 7, que toma como modelo al art. 11 del Código belga de DIPr. Sin embargo, no existe, como en la propuesta para la revisión del RB I (art. 34)¹², una norma sobre litispendencia en relación con terceros Estados¹³. Si el RB I se modificase conforme a lo previsto en la propuesta, quizás fuese posible hablar de una cuarta generación.

5. El Reglamento sobre sucesiones propuesto continúa la tendencia a la aplicación universal. Su cdo. 13 lo establece de forma clara, cuando afirma que “en aras del reconocimiento mutuo, debe dejarse de contemplar cualquier forma de reenvío a las normas de competencia del Derecho nacional”. La Propuesta, sin embargo, en principio no incluía normas sobre *forum necessitatis* [vid., sin embargo, en la actualidad, *infra*, n^{os} 11–13], y no contiene normas sobre litispendencia en relación con terceros Estados, de forma que se trataría aún de un “texto de tercera generación”.

II. Las normas sobre relaciones con terceros Estados en la Propuesta de Reglamento

6. Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, las normas de competencia del Reglamento en materia sucesoria propuesto son de aplicación universal, y no permiten la aplicación de las normas estatales. La regla general se encuentra en el art. 4, que atribuye competencia a los tribunales del EM en el que el causante tenga su residencia habitual en el momento de su fallecimiento. En este marco, debe tenerse presente que la adjudicación de la herencia por general no es una cuestión contenciosa; no suele haber litigio en sentido estricto. Los tribunales deciden cuestiones sucesorias en pocas ocasiones, como por ejemplo, en la im-

¹¹ Aunque los arts. 3.1º.c) y d) Reglamento de alimentos podrían, bajo determinadas circunstancias, conducir a la aplicación de la ley estatal.

¹² COM (2010) 748 final.

¹³ En las negociaciones en el seno del Consejo se propuso adoptar una norma de este tipo, pero se rechazó, porque se pensó que convenía esperar a la revisión del RB I para tratarla de forma más adecuada. Vid. el Documento de trabajo de las delegaciones finlandesa, húngara, holandesa, eslovaca, sueca y del Reino Unido para el encuentro de la Comisión sobre cuestiones de Derecho Civil que tuvo lugar en Bruselas los días 23 y 24 de septiembre de 2008.

pugnación de un testamento. Esta es una diferencia importante en comparación con los otros reglamentos de DIPr institucional. Este trabajo abordará fundamentalmente la adjudicación de la herencia no contenciosa.

Ahondando en esta cuestión, interesa advertir que la adjudicación de la herencia no implica necesariamente a un tribunal, sino que, cuando no es contenciosa, en muchos EE MM se trata de forma extrajudicial, es decir, por un notario o por los propios herederos. La cuestión de si, y en qué medida, deben aplicarse las normas de competencia internacional (incluyendo la litispendencia) a estas autoridades no jurisdiccionales, ha constituido un hueso duro de roer en las negociaciones del Consejo¹⁴.

1. Competencia residual

7. Para compensar la ausencia de remisión a las normas estatales sobre competencia¹⁵, el propio Reglamento propuesto contiene normas sobre competencia subsidiaria o residual en el art. 6, que prevé una suerte de competencia basada en la situación de los bienes, que puede ser tanto general como específica, esto es, limitada a esa propiedad específicamente:

“Aun en el supuesto de que el causante no tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento en un Estado miembro, serán competentes los órganos jurisdiccionales de uno de ellos si algunos de los bienes de la sucesión estuvieran situados en dicho Estado miembro y si:

- a) el difunto hubiera tenido su anterior residencia habitual en dicho Estado miembro durante un periodo no inferior a cinco años antes de someter el asunto al órgano jurisdiccional, o
- b) el difunto poseyera la nacionalidad de dicho Estado miembro en el momento de su fallecimiento, o
- c) un heredero o legatario tuviera su residencia habitual en dicho Estado miembro, o
- d) la demanda se refiriera únicamente a esos bienes”.

Interesa destacar que en el momento actual de las negociaciones en el seno del Consejo, el ap. c), que atribuye competencia al EM de la residencia habitual de un heredero o legatario, ha sido eliminado, porque se consideró que constituía un foro de competencia de carácter exorbitante¹⁶.

8. En este punto, se plantea un problema en relación con el alcance de estas normas. Los dos funcionarios de la Comisión que redactaron el texto¹⁷ tienen formación jurídica francesa, por lo que cabe sospechar que el art. 6 pretendía cubrir los litigios contenciosos, pues en Francia, como en otros muchos EE MM, un tribunal sólo interviene si las partes no se ponen de acuerdo. En otros EE MM

¹⁴ Vid. Documento del Consejo 8447/11 de 8 de abril de 2011 sobre la aplicación del Capítulo II del futuro Reglamento.

¹⁵ Vid. cdo. 13.

¹⁶ Vid. la Propuesta de la Presidencia belga y la Presidencia húngara entrante, Documento del Consejo 18096/10, de 22 de diciembre de 2010.

¹⁷ La Sra. Claudia Hahn y el Sr. Olivier Tell.

los tribunales también intervienen en la adjudicación de la herencia no contenciosa y para ellos una norma como la contenida en el art. 6 puede tener consecuencias mucho más amplias.

9. Del art. 6 podría derivarse que la competencia basada en el lugar donde se encuentran los bienes es obligatoria. El artículo propuesto dispone que los tribunales del EM *serán* competentes (énfasis añadido), de forma que no permite al tribunal declinar su competencia en otro supuesto que no sea el de la litispendencia en relación con otro EM¹⁸. Esto indicaría también que puede darse una competencia concurrente en los diversos EE MM en los que se sitúen los bienes si, por ejemplo, el causante residió habitualmente en un EM durante un tiempo inferior a cinco años antes de su muerte, pero era nacional de otro EM. La competencia concurrente no tiene por qué constituir un problema si existen normas de litispendencia y cosa juzgada entre los EE MM; es lo que ocurre en el RB I I, cuyo art. 5 establece alternativas al foro general del domicilio del demandado del art. 2. La alternatividad también es predicable de la materia sucesoria, y el art. 13 de la Propuesta de Reglamento contiene una norma sobre litispendencia. Ahora bien: debe advertirse que esta norma sólo será efectiva en la medida en que la adjudicación de la herencia se realice por un tribunal o una autoridad que pueda considerarse equivalente¹⁹.

10. El empleo del lugar de situación de los bienes como foro de competencia plantea la problemática de la determinación del *situs* de la propiedad intangible, como las deudas, los instrumentos financieros, la propiedad intelectual, etc. La propuesta guarda un silencio completo sobre este particular, de forma que no cabe duda de que espoleará el debate académico y, con el paso del tiempo, originará cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia. Y otra cuestión a la que deberá darse respuesta es si la propiedad en cuestión debe tener un valor mínimo para que la autoridad asuma competencia, o si bastará, por ejemplo, con la presencia de prendas de vestir y artículos personales de la persona que ha fallecido en un EM como consecuencia de un accidente de tráfico.

¹⁸ Cf. as. C-281/02 *Owusu, Rec.*, 2005, I-1383. No entraré, en aras de la brevedad, en la cuestión de si el art. 5 permite remitir el asunto a un tribunal mejor situado para conocer del litigio.

¹⁹ El último texto de la presidencia (*supra*, nota 26) contiene una definición de “tribunal”, según la cual “*for the purposes of this Regulation the term “court” includes any competent authority or court designated professional in the Member States called upon to take decisions in matters of succession in the exercise of a judicial function*” (a efectos de este Reglamento el término “tribunal” incluye cualquier autoridad competente o profesional designado por un tribunal de los Estados miembros que debe tomar decisiones en materia sucesoria en el ejercicio de la función judicial). El texto pretende incluir a los notarios, liquidadores y distribuidores de los EE MM a los que se atribuye competencia para tomar decisiones vinculantes para los herederos, aún sin el consentimiento de éstos.

2. Forum necessitatis

11. En el último texto tratado en el seno del Consejo se ha añadido un art. 6a sobre el *forum necessitatis* similar a la norma prevista en el Reglamento de alimentos²⁰:

“Cuando ningún tribunal de un Estado miembro tenga competencia con arreglo a los arts. 4 ó 6, los tribunales de un Estado miembro pueden conocer de la sucesión, excepcionalmente, si el procedimiento no puede ser desarrollado razonablemente, o es imposible, en un tercer Estado con el que el asunto esté estrechamente conectado.

El asunto debe tener una conexión suficiente con el EM del tribunal ante el que se presente la solicitud”.

Dado que el artículo sobre competencia residual propuesto establece un foro basado en la situación de los bienes, es difícil ver que esta regla constituya una aportación significativa. El art. 6a propuesto solo será aplicable cuando no exista ningún otro foro de competencia, de forma que se excluyen los supuestos en que el causante tuviera su residencia habitual o haya dejado propiedades en un EM. Dado que la regla solo se aplica al patrimonio de personas que nunca han vivido ni tienen propiedades en la UE, la ejecutabilidad en terceros Estados será la cuestión fundamental; después de todo, la ejecución siempre es el objetivo final de todo procedimiento. Pues bien: a la luz de la debilidad del vínculo entre el causante, su propiedad y el foro, existe un riesgo importante de que la decisión no sea ejecutable.

12. Sin embargo, una situación en la que se manifiesta el valor de la norma se aprecia en relación con un tercer Estado que no asuma competencia con base únicamente en la presencia de bienes muebles, pero esté dispuesto a ejecutar la decisión de un tribunal de un EM sobre la base, por ejemplo, del domicilio de origen del demandado, de su nacionalidad o de la presencia de bienes. Un ejemplo lo constituiría Argentina, cuyos tribunales no asumen competencia salvo que el causante tuviese su residencia habitual o bienes inmuebles en ese Estado²¹. Si el causante residía habitualmente en un tercer Estado que, por ejemplo, se encontraba en guerra, de forma que tramitar un procedimiento en ese Estado carecería de sentido o no sería posible, habría un vínculo suficiente con un EM para satisfacer lo previsto en el art. 6a si el causante fuese nacional de ese EM. Y la decisión que se adoptase en este EM muy probablemente sería reconocida en Argentina²².

²⁰ *Supra*, nota 16.

²¹ Y, además, si el causante tenía en ese Estado “bienes muebles permanentes”, esto es, bienes que el causante pretendía que permanecieran en el país.

²² A falta de conocimiento profundo de la ley argentina, me baso en materiales secundarios: *vid.* L. Garb y J. Wood (eds.), *International Succession*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 9. Para todas estas cuestiones también habría un foro de necesidad disponible en Argentina.

13. Se ha considerado que el art. 6a propuesto debe interpretarse de forma que permita a un tribunal de un EM que tenga competencia de conformidad con el apartado d) [antes de la modificación a que se hizo referencia *supra*, nº 7], esto es, solo porque los bienes se encuentran en su territorio, que asuma también competencia para decidir sobre bienes situados en terceros Estados. La clave radica en la interpretación de la expresión “cuando ningún tribunal de un Estado miembro tenga competencia con arreglo a los arts. 4 ó 6”. Un tribunal de un EM tiene competencia sobre determinados bienes, esto es, los situados en su territorio; pero ningún EM tiene competencia sobre los bienes situados en terceros Estados, de forma que el art. 6a podría aplicarse en relación con estos bienes. Esto permitiría a los tribunales del EM en el que se encuentre la mayor parte de los bienes asumir competencia en relación también con los bienes situados en terceros Estados. La decisión sería reconocida en los Estados donde haya bienes de escaso valor.

III. Las lagunas de la propuesta

14. El art. 6 propuesto ignora de forma absoluta la adjudicación de la herencia no contenciosa que haya podido tener lugar en un tercer Estado, como por ejemplo en el Estado en el que el causante residía habitualmente o del que era nacional o donde tenía otros bienes. Una posible explicación a este hecho es que para los redactores del texto la cuestión de si incluir o no bienes situados en terceros Estados o si abstenerse por completo de conocer sobre la adjudicación de la herencia es una cuestión de las normas sustantivas sucesorias antes que una cuestión de DIPr. En los EE MM de la UE que conciben la cuestión como perteneciente al DIPr²³ la regulación presentará importantes lagunas. A los fines de este trabajo, la cuestión de la relación con terceros Estados se considerará como cuestión de DIPr.

1. Causante con residencia habitual en un tercer Estado

15. Si el causante residía habitualmente en un tercer Estado en el momento del fallecimiento, en la mayor parte de las ocasiones ello comportará que los tribunales y las autoridades de ese Estado tengan competencia para la adjudicación de la herencia (en la medida en que intervengan en cuestiones no contenciosas). Al tiempo, según el texto de la Propuesta de Reglamento, si tienen competencia con arreglo al art. 6, los tribunales del EM tendrán que conocer: no podrán declinar su competencia. En mi opinión, habría tres posibilidades para regular las relaciones con los procedimientos de terceros Estados. La primera consistiría en

²³ Un ejemplo lo constituye el capítulo 2, secciones 1–3 de la Ley sueca sobre aspectos internacionales de la herencia; *Lagen (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo*.

establecer reglas comunes sobre la posibilidad de declinar la competencia a favor de los tribunales de un tercer Estado y también reglas comunes sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. La segunda opción es prever únicamente reglas comunes sobre la posibilidad de declinar la competencia a favor de los tribunales de un tercer Estado, cuyas decisiones sean reconocidas en el EM en cuestión (la solución prevista en el art. 34 de la propuesta de modificación del RB I). Finalmente, también cabe la posibilidad de disponer la obligación de asumir la competencia, pero estableciendo mecanismos que permitan tener en cuenta los procedimientos que se desarrollen en terceros Estados.

A mi juicio, resultaría preferible la primera opción, pero a la luz de las reacciones negativas que ha suscitado la armonización de las normas de reconocimiento y ejecución de las resoluciones de terceros Estados en el contexto de la revisión del RB I, no es realista esperar que en el actual estado de las negociaciones puedan introducirse modificaciones a la Propuesta en este sentido.

A) Desistimiento a favor del tribunal de un tercer Estado

16. Si el causante residía habitualmente en un tercer Estado, los tribunales de un EM de la UE no tendrán competencia con arreglo a la regla general del art. 4, sino únicamente de conformidad con las normas de competencia residual del art. 6 y el foro de necesidad del art. 6a. En la mayor parte de los casos la adjudicación de la herencia se efectuará en el tercer Estado, por lo que se planteará la cuestión de si también debería tener lugar en un EM o si la competencia tendría que ser declinada. En este último caso, surgirá la cuestión de si la norma debe tener en cuenta si la adjudicación de la herencia se inició en el tercer Estado o no, y si la distribución extranjera puede ser reconocida una vez realizada, o si también deben tomarse en consideración otras circunstancias, tales como la adecuación del foro para las partes. En el primero de los supuestos, la norma sería del tipo de las de litispendencia, mientras en el segundo caso se trataría más bien de una norma del tipo *forum non conveniens*.

Ciertamente, en este marco la flexibilidad tiene muy que decir. Tiene sentido tomar en consideración en qué foro de competencia se basa la adjudicación de la herencia extranjera. Si la competencia se ha fundamentado en la misma norma de competencia que emplea el Reglamento de la UE, esto es, en la residencia habitual del causante, que la UE decline su competencia es de todo punto lógico. Pero si el tribunal extranjero ha asumido competencia sobre la base de foros tales como la nacionalidad o la presencia de bienes, la solución resulta menos evidente. En tales casos será necesario examinar si la adjudicación de la herencia también se está realizando en el Estado tercero de la residencia habitual del causante, y, si tal es el caso, si existen razones de peso para que se efectúe en algún otro lugar.

17. La regla contenida en el art. 34 de la propuesta de revisión del RB I sobre litispendencia en relación con terceros Estados constituye una solución intermedia. En el primer párrafo se afirma

“No obstante las normas contenidas en los arts. 3 a 7, si en el momento en que se sometiere el asunto a un tribunal en un Estado miembro estuviere pendiente ante los tribunales de un tercer Estado una acción con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes, aquel podrá suspender el procedimiento si:

- a) el asunto hubiere sido sometido primero al tribunal del tercer Estado;
- b) cupiere esperar que el tribunal del tercer Estado dictará, dentro de un tiempo razonable, una resolución susceptible de ser reconocida y, en caso pertinente, ejecutada en ese Estado miembro; y
- c) el tribunal considerare necesario la suspensión del procedimiento en aras de la buena administración de la justicia”.

Se trata de una norma del tipo de litispendencia en la que el elemento temporal vincula al tribunal del EM. Este puede suspender el procedimiento únicamente si se sometió el asunto en primer lugar al tribunal extranjero. El segundo elemento, el requisito de que la resolución extranjera sea susceptible de ser reconocida, también es típico de las normas de litispendencia, pero con cierta flexibilidad propia del *forum non conveniens*, toda vez que permite tener en cuenta si el demandado obtendrá justicia en la jurisdicción extranjera²⁴. Finalmente, el tercer elemento, esto es, la vinculación a la buena administración de la justicia, es un elemento típico del *forum non conveniens*. Obviamente, es muy difícil determinar en la práctica qué significa una expresión como “necesario en aras de la buena administración de la justicia”; y resulta incierto hasta qué punto resultará relevante la jurisprudencia de los países de *common law* en los que se aplica la doctrina del *forum non conveniens*.

Sin embargo, existen diferencias significativas entre las cuestiones sucesorias y el contexto del RB I. En primer lugar, en la sucesión, cuando los procedimientos se refieren a la declaración de herederos²⁵, y no son litigiosos, no hay nada que impida que se efectúe la adjudicación parcialmente, esto es, únicamente en relación con los bienes situados en el territorio del EM. Tal limitación podría tomar forma a través de un desistimiento parcial o de una asunción parcial de la competencia. A efectos de este trabajo, se tratará como asunción parcial de la competencia en el apartado siguiente. En segundo lugar, dado que en muchos países la adjudicación de la herencia es de carácter no contencioso, y no comporta la intervención de ninguna autoridad, es difícil determinar el momento en el que se inicia la intervención de una autoridad extranjera que nunca tiene lugar. A la luz de la naturaleza informal de la adjudicación de la

²⁴ Cf. *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd (The Spiliada)* [1987] A.C. 460 at p. 478.

²⁵ Y estos procedimientos no tienen que ser procedimientos en sentido formal, sino que podrían ser no contenciosos, y tener lugar entre los propios herederos y ser confirmados por un notario o a través de acuerdo.

herencia en muchos estados, es difícil determinar el momento específico en el que se inicia el procedimiento. La única persona con cierta autoridad que podría verse involucrada es un notario sin poderes formales para tomar decisiones²⁶, y en algunos sistemas jurídicos, mientras haya acuerdo y no se vulneren los intereses de eventuales acreedores, los propios herederos pueden repartirse la herencia sin necesidad de que intervenga ningún tercero²⁷. En tal caso, una posible solución sería entender que el procedimiento se inicia en el momento de la muerte. Pero frente a esta idea, cabe alegar que en los asuntos no litigiosos la cuestión clave no es cuándo se entiende iniciado el procedimiento, sino en qué país debe efectuarse la adjudicación, y de acuerdo con qué normas procesales, tomando en consideración lo mejor para una correcta administración de la justicia²⁸.

18. Se ha defendido que el futuro Reglamento debería contener una norma que permita declinar la competencia a favor de terceros Estados. Cuando la distribución se efectúa en un tercer Estado, que es el de la residencia habitual del causante y puede reconocerse en el EM en cuestión, no hay razones para asumir la competencia con base en las normas de competencia subsidiaria o en el foro de necesidad. Y si la adjudicación “competidora” tuviera lugar un Estado tercero que no fuese el de la residencia habitual del causante, la declaración de incompetencia también podría considerarse, en la medida en que pueda ser reconocida y siempre que el hecho de que la adjudicación de la herencia se efectúe en ese Estado, y no en el EM concernido, contribuya a mejorar la administración de la justicia. Tal podría ser el caso si tanto el causante como sus bienes tuviesen una vinculación más estrecha con el tercer Estado que con el EM en cuestión, y el país donde tuviese su residencia habitual rechazase comenzar el procedimiento o si la adjudicación que eventualmente fuese realizada en este Estado no pudiera ser reconocida. Otra opción para tales casos es que se asuma competencia, pero limitada a los bienes situados en la UE.

B) Asunción de la competencia

19. La alternativa a la declaración de incompetencia es que se asuma competencia, pero sin perder de vista que existe una adjudicación paralela realizándose en un tercer Estado. Cabría, en efecto, cuando en el tercer Estado, en el que tenía su residencia habitual el causante, tenga lugar una adjudicación universal (que

²⁶ Parece ser que en Austria, Hungría, la República Checa y Eslovaquia los tribunales tienen delegadas estas funciones en los notarios.

²⁷ Como ocurre en Derecho sueco.

²⁸ Nótese que conforme a la Propuesta de Reglamento, todo indica que la forma en el que se adjudica la herencia entra en el ámbito de la ley aplicable. Así, si el causante tenía su residencia habitual en Alemania pero eligió la ley inglesa como ley aplicable a su sucesión, la ejecución tendría que tener lugar en Alemania, pero de conformidad con la ley inglesa.

abarque la totalidad de los bienes) que no pueda ser reconocida en el EM en cuestión o, por ejemplo, cuando el tercer Estado asume competencia únicamente en relación con los inmuebles situados en su territorio. En este último caso, la cuestión del reconocimiento podría desempeñar un papel menor, toda vez que en el EM nunca se procurará la ejecución.

Existen al menos tres vías para tomar en consideración la declaración extranjera en el marco de una declaración pendiente en un EM. En primer lugar, si la ley aplicable es sólo una y la única, la diferencia del resultado será mínima. Una vía para lograr esta igualdad en la determinación de la ley aplicable es tener en cuenta un eventual reenvío (*infra*, nº 20). Otra es que la adjudicación en el EM de la UE se limite, en aras de excluir los bienes situados en uno o más Estados terceros (*infra*, nº 21). Finalmente, también cabe que en el momento de la adjudicación de los bienes se tome en consideración el resultado de una distribución extranjera (*infra*, nº 22).

20. Cuando la apertura de la sucesión tiene lugar en el tercer Estado de la última residencia habitual del causante, en la mayor parte de las ocasiones se aplicará la *lex fori*, que es la ley que por lo general resultará aplicable de conformidad con la Propuesta de Reglamento. Sin embargo, la caracterización de las cuestiones como pertenecientes a la ley sucesoria y el ámbito de aplicación de la *lex successionis* puede variar de país a país. Con arreglo a la Propuesta de Reglamento, el ámbito de aplicación de la ley aplicable incluye la transmisión de los bienes y derechos que componen la sucesión a los herederos y legatarios, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación de la sucesión o del legado o la renuncia a los mismos; cómo se gestiona la herencia hasta que sea transmitida formalmente; y el pago de las deudas. Estas cuestiones se regularían por la *lex fori* en muchos otros sistemas jurídicos. Un ejemplo lo constituye la Ley suiza, que diferencia entre la ley aplicable a la sucesión y la ley aplicable a la liquidación, a la que se aplica la *lex fori* (art. 92 Ley suiza DIPr)²⁹.

Si el Estado tercero donde se efectúa la adjudicación aplica la ley de la nacionalidad del causante a la sucesión³⁰, habrá una diferencia en la ley aplicable. Una opción que permitiría alcanzar resultados similares entre el tercer Estado y el EM de la UE sería permitir el reenvío en caso de que el causante sea nacional del EM en cuestión.

²⁹ Como ocurre, por ejemplo, en la ley turca, las leyes de los países nórdicos y, a mi conocimiento, todos los países de *common law*.

³⁰ Es el caso de los terceros Estados siguientes: Albania (con división para los inmuebles), Bosnia–Herzegovina, Macedonia, Croacia, Egipto, Japón, Liechtenstein (división), Moldova (división), Mónaco (división), Montenegro, San Marino (división), Serbia, Taiwán y Turquía (división).

21. Una segunda alternativa sería abandonar el concepto de competencia universal, y limitar de algún modo la competencia para la adjudicación. En este sentido, el art. 6 c) de la Propuesta de Reglamento (en su versión posterior a la modificación: *vid. supra*, nº 7) limita la competencia a los bienes que estén situados en el foro. Como se indicó anteriormente, el tenor de la norma indica que lo más probable es que no se fuese elaborada para la adjudicación de la herencia no contenciosa, pero puede ser igualmente empleada en este contexto. Cuando el tribunal extranjero no decline su competencia y la adjudicación que tenga lugar en su territorio no sea reconocida en el EM en cuestión, tiene sentido que se asuma competencia, pero limitada a la adjudicación de los bienes situados en el foro.

22. Lo anterior conduce a la última vía, que consistiría en tener en cuenta el hecho de que una liquidación está teniendo lugar en el extranjero. Incluso si la adjudicación en un EM es universal, esto es, abarca todos los bienes de la herencia con independencia de su ubicación, debe tenerse en cuenta que en otro Estado se está realizando otra adjudicación, aunque no quepa reconocimiento de esta adjudicación extranjera.

Un ejemplo de lo expuesto podría darse cuando causante era nacional de un tercer Estado en el que dejó la mayor parte de sus bienes, si de conformidad con la ley de su nacionalidad, los primos heredan (pero según la ley del EM de su residencia habitual, no) y, en ausencia de parientes próximos, el heredero es el Estado. Si ese causante no tenía más parientes que un primo que residía habitualmente en el mismo EM que dicho causante, sería poco razonable que el Estado heredero presentase una reclamación de los bienes frente al primo en el EM de la residencia habitual. Después de todo, se trataría de bienes adquiridos legalmente de conformidad con la ley de un Estado soberano³¹.

Otro ejemplo lo constituiría un supuesto en el que hay bienes de la herencia tanto en el tercer Estado como en el EM de la residencia habitual y el causante residía habitualmente en un EM, pero se considera que tenía su domicilio de origen en un tercer Estado. Si el causante estaba soltero y tenía un hijo; si de conformidad con la ley del tercer Estado hay libertad para testar, pero la ley del EM prevé legítimas de al menos la mitad de los bienes a favor del hijo; y si el causante instituyó a su amante heredera de todos sus bienes, de los cuales, la mitad está situada en la UE y la otra en el tercer Estado, en caso de que la adjudicación se efectuase en el tercer Estado y todos los bienes se adjudicasen a la amante, la totalidad de los bienes que estén localizados en la UE debería ser entregada al hijo, en aras de satisfacer los requisitos de la legítima que dispone la ley aplicable en virtud del Reglamento³².

³¹ *Vid.* U. Bergquist, *Internationell arvs- och bodelningsrätt*, Norstedts Juridik, 2003, p. 85.

³² *Ibid.*, p. 86.

Ciertamente, en muchos países estas cuestiones serían consideradas como cuestiones de Derecho sucesorio sustantivo, pero en algunos Estados se caracterizan como pertenecientes al DIPr. En este contexto, las normas finlandesas y suecas constituyen un buen ejemplo.

El capítulo 26, sección 17 del Código finlandés sobre sucesiones³³ establece que

“... si el causante estaba domiciliado o residía habitualmente en Finlandia en el momento del fallecimiento, la adjudicación de la herencia cubrirá todos los bienes del causante, con independencia de su ubicación, a menos que los causahabientes acuerden lo contrario. En la determinación de las cuotas, cabe derogar las normas de la ley aplicable a la sucesión, si ello es necesario para asegurar al heredero una parte legal de la herencia”.

Una norma similar puede hallarse en el capítulo 2, sección 9, de la Ley sueca sobre aspectos internacionales de las herencias³⁴, según el cual,

“... cuando se realiza el inventario de la herencia, la división de la propiedad matrimonial por causa de muerte o la liquidación en este marco, debe tenerse en cuenta lo que se haya entregado a un acreedor, al cónyuge superviviente, al heredero o al legatario en el correspondiente procedimiento extranjero”

Si el Reglamento guardase silencio en relación con estos aspectos, sería conveniente dejar totalmente claro que los Estados en los que se considera que se trata de cuestiones pertenecientes al DIPr continúan siendo libres para regularlas como consideren.

2. *Residencia habitual del causante en un EM de la UE*

24. Si el causante tenía su residencia habitual en un EM, el art. 4 de la Propuesta de Reglamento atribuye competencia a los tribunales de ese EM³⁵. Pero, al igual que ocurre cuando el causante residía habitualmente en un tercer Estado, hay un riesgo claro de situaciones claudicantes en relación con la adjudicación de la herencia. Primero, porque no todos los Estados basan la competencia en la residencia habitual; dicha competencia también podría fundamentarse en foros como la nacionalidad o el domicilio de origen del causante, y además podría ser universal, esto es, extenderse a todos los bienes. En segundo lugar, existe un riesgo importante de que el resultado no sea idéntico al del EM, ya sea porque difieran las leyes aplicables, ya por el resultado de la distribución de los bienes individuales. Si hay bienes en otros terceros Estados, es bastante posible que en esos Estados también se distribuyan esos bienes. Así ocurre, particularmente, cuando se trata de bienes muebles.

³³ *Arvdabalken* 5.2.1965/40.

³⁴ *Lagen (1937:81) om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo.*

³⁵ No obstante, si la adjudicación es no contenciosa, nada impide a los herederos que la efectúen en cualquier otro EM, siempre que sigan el método dispuesto en la ley aplicable.

Los instrumentos con que se cuenta para evitar las adjudicaciones de herencia claudicantes son, básicamente, las mismas que en los casos en que el causante tenía su residencia habitual en un tercer Estado: declinar la competencia (*infra*, nº 25), admitir el reenvío (*infra*, nº 26), y limitar el alcance de la competencia y tomar en consideración la adjudicación que se esté desarrollando en el extranjero (*infra*, nº 27).

25. Se ha apuntado a que cuando la liquidación de la herencia tiene lugar en un Estado tercero distinto al de la última residencia habitual del causante, habría muchas menos razones para dar relevancia al procedimiento extranjero y declinar la competencia. Sin embargo, con carácter excepcional, cabe plantear la posibilidad de declinar la competencia a favor del tercer Estado cuando el causante tenía una vinculación significativamente más fuerte con ese Estado tercero que con el EM de su última residencia habitual, y la adjudicación realizada en el tercer Estado puede ser reconocida en el EM en cuestión, al menos si todos los herederos están de acuerdo. En este marco, la duración de la residencia habitual, la nacionalidad del causante, la situación de los bienes y la residencia de los herederos serían, entre otros, factores a tomar en cuenta.

26. El reenvío no debería operar por lo general, toda vez que la norma de conflicto que establece el art. 16 de la Propuesta de Reglamento apunta a la aplicación de la ley de la residencia habitual del causante, esto es, a la ley de un EM. Sin embargo, si el causante eligió la ley de la nacionalidad de conformidad con lo previsto en el art. 17, la ley aplicable podría ser la de un tercer Estado. Así, por ejemplo, el reenvío podría conducir a la aplicación de la ley del EM de la última residencia habitual del causante en caso de que el tercer Estado tuviese competencia para los bienes situados en su territorio, su DIPr no respetase la autonomía de la voluntad en materia sucesoria y las normas de conflicto objetivas condujesen a la aplicación de la ley de la última residencia habitual de causante (o del domicilio si lleva al mismo resultado)³⁶. Sin embargo, el reenvío no debería operar cuando el causante ha efectuado una elección de ley, puesto que en tal caso se iría en contra del principio de autonomía de la voluntad, esto es, del respeto a la última voluntad del causante.

En la actualidad las discusiones en el seno del Consejo apuntan a la introducción de una cláusula de excepción que permita la aplicación de la ley del Estado con el que el causante tenga un vínculo manifiestamente más estrecho que el EM de su residencia habitual³⁷. Si se introdujese esta norma, también podría coadyu-

³⁶ Así ocurre en el Derecho inglés en relación con los bienes muebles. Téngase en cuenta que el Reino Unido será tercer Estado a los efectos del Reglamento si no ejercita el *opt in*.

³⁷ Esta cuestión se discutirá en la reunión de junio de 2011 del Consejo de Libertad Seguridad y Justicia, en la que se adoptarán las líneas políticas en la materia. Los antecedentes más evidentes son el art. 4.3º RR II [Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II"), DO L 199 de 31 de julio de

var, en algunos casos, a lograr que coincidan las leyes aplicables en adjudicaciones paralelas en un EM y un tercer Estado. Si el tercer Estado en cuestión aplicase, por ejemplo, la ley de la nacionalidad o del domicilio (de origen), cabría entender que hay un vínculo manifiestamente más estrecho con el Estado de la nacionalidad o del domicilio (de origen) del causante.

27. En los casos en que un EM asume competencia, pero se desarrollan procedimientos paralelos en un Estado tercero, no debería ignorarse la adjudicación extranjera, ni aún cuando no pueda ser reconocida. En efecto, cuando la adjudicación del tercer Estado afecta a bienes situados en el territorio del tercer Estado en cuestión, esos bienes están fuera del ámbito de la jurisdicción de todo EM, por lo que carece de sentido incluirlos en una adjudicación que tenga lugar en un EM. La situación que en la práctica tendrá más importancia se dará cuando el tercer Estado fundamente su competencia en el lugar donde se encuentren los bienes inmuebles y esa competencia esté limitada a esta propiedad. Para los casos en que el tercer Estado base su competencia en cualquier otro foro, como la nacionalidad o el domicilio, que por lo habitual conducen a una competencia universal, el Reglamento debería posibilitar que se excluya de la adjudicación a los bienes situados en el tercer Estado, en la medida en que este tercer Estado esté dispuesto a excluir los bienes situados en el territorio de un EM, esto es, bajo condición de reciprocidad. La solución no es ideal, pero si la tramitación de los procedimientos de forma paralela es inevitable, resulta preferible que al menos no se solapen.

Finalmente, como también ocurre cuando el causante residía habitualmente en un tercer Estado, el Reglamento debería admitir la posibilidad de tomar en consideración una adjudicación realizada en un tercer Estado, con vistas a garantizar la aplicación de las normas sobre legítimas que contenga la ley aplicable a la sucesión en el EM en cuestión. En muchos EM esta cuestión se considera de Derecho sucesorio material, pero en otros se caracteriza como cuestión de DIPr, y en estos Estados se necesita una disposición de este tipo.

IV. Conclusiones

La Propuesta de Reglamento sobre sucesiones se ha redactado aisladamente, y desde la perspectiva de sistemas jurídicos que desconocen el concepto de la adjudicación formalizada de la herencia. Este hecho genera inconvenientes, que

2007] y los arts. 4.3º y 5.3º RR I [Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales ("Roma I"), DO L 177 de 4.7.2008]. En el art. 8.3º RR I y el art. 5 del Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos no se exige que la situación esté "manifiestamente" más vinculada con otro Estado; basta con se de una conexión más estrecha [Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009 (2009/941/EC) relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, DO L 331 de 16.12.2009].

deben ser remediados antes de que el texto sea adoptado definitivamente, pues de lo contrario habrá un gran riesgo de que se generen innecesariamente liquidaciones “claudicantes”. Las vías para evitar tales adjudicaciones claudicantes son el reenvío, la toma en consideración de la liquidación extranjera y la limitación la adjudicación a bienes situados en la UE y la inclusión de mecanismos que permitan tener en cuenta la distribución extranjera. La discusión que deberá producirse en Bruselas en relación con estas cuestiones será complicada, a la luz de las diferencias que existen entre los métodos de liquidación y en la caracterización de estas cuestiones como cuestiones pertenecientes al DIPr o al Derecho sucesorio material. Pero, en cualquier caso, dicha discusión debe tener lugar. En interés de los ciudadanos de Europa, el problema debe solucionarse en esta instancia, antes que dejarlo para que lo resuelvan los tribunales.

EL ACUERDO FRANCO-ALEMÁN INSTITUYENDO UN RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL COMÚN

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS

Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. Introducción. II. Contenido del Tratado. 1. Ámbito de aplicación 2. Principales características del régimen convencional: A) Definición; B) Administración, goce y disposición de los bienes durante la vigencia del régimen; C) disolución del régimen y cálculo del derecho de participación; D) Valoración. III. Interés del acuerdo para España. 1. Valoración desde la perspectiva del Derecho catalán. 2. Posibilidades de una ratificación del Convenio con efectos solo para Cataluña. IV. Un modelo para Europa. V. Conclusiones.

RESUMEN: En febrero de 2010 Francia y Alemania firmaron un Convenio bilateral de Derecho uniforme en materia de régimen económico matrimonial. En este trabajo se analiza dicho Tratado, que introduce en los respectivos Derechos sustantivos un régimen económico matrimonial común, de participación en las ganancias, desde la perspectiva de su eventual interés para el Derecho catalán y como posible modelo para el Derecho privado europeo.

PALABRAS CLAVE: REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL – DERECHO UNIFORME – POSIBILIDAD DE ADHESION POR ESPAÑA CON EFECTOS SOLO PARA CATALUÑA – DERECHO PRIVADO EUROPEO

ABSTRACT: In February 2010 France and Germany signed a bilateral Uniform law Convention on the property relations between spouses. This paper analyzes this agreement, which introduces a common matrimonial property regime of Participation in acquisitions into the respective substantive law, from the perspective of its eventual interest for Catalan law and as a possible model for European private law.

KEYWORDS: MATRIMONIAL PROPERTY REGIME – UNIFORM LAW – ACCESSION WITH EFFECTS ONLY FOR CATALONIA – EUROPEAN PRIVATE LAW.

I. Introducción

1. El 4 de febrero de 2010 las ministras de Justicia francesa y alemana firmaron un Convenio bilateral de Derecho uniforme entre Alemania y Francia, que

establece un régimen económico matrimonial común¹. Se trata de un régimen de participación en las adquisiciones fuertemente inspirado por la *Zugewinnngemeinschaft*, el régimen legal supletorio del Derecho alemán, que incorpora, no obstante, importantes reglas características del Derecho francés, tanto del régimen matrimonial primario, categoría que el Derecho alemán desconoce, como del régimen legal opcional de la *participation aux acquêts*, que tipológicamente se corresponde con la *Zugewinnngemeinschaft* alemana². Dicho régimen común tiene carácter opcional y solo regulará las relaciones patrimoniales entre los cónyuges que así lo estipulen, una vez entre en vigor el Convenio.

2. El objeto de esta contribución es presentar dicho acuerdo y analizarlo desde diversas perspectivas. En primer lugar, y habida cuenta que se trata de un régimen legal de carácter facultativo, se procederá a evaluar el interés intrínseco del nuevo régimen, pues su éxito dependerá, en definitiva, de que sea efectivamente elegido por los cónyuges en la práctica. En este análisis se prestará especial atención a las cuestiones de Derecho internacional privado (DIPr), que quedan al margen del tratado y que, como suele ser habitual en relación a los Convenios de Derecho uniforme, tienen una especial trascendencia y complejidad.

Puesto que, como veremos, se trata de un tratado bilateral abierto se analizará, a continuación, el interés que eventualmente el convenio podría tener para España, en general, o para algunos de los sistemas jurídicos españoles, en particular. Dado el carácter plurilegislativo del Derecho español en esta materia, una eventual ratificación del convenio podría plantear retos nuevos, de coordinación, entre las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio y competencia legislativa en materia de régimen económico matrimonial, y el Estado central, que tiene la competencia exclusiva en materia de Relaciones internacionales y detenta, por consiguiente, el *treaty making power*. Una de las cuestiones a determinar es si cabría una ratificación española con efectos limitados a alguno de los Derechos forales, caso de que sólo algunas de las Comunidades con Derecho civil propio tuvieran interés en el Tratado.

Finalmente, y dado que la Unión Europea carece de competencia legislativa para acometer la unificación o armonización del Derecho privado sustantivo, cabría plantearse si estamos frente a un nuevo modelo de cooperación intergu-

¹ El texto del convenio y el informe explicativo pueden consultarse en la página web del Ministerio de Justicia alemán. http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_%20Bundesrepublik_Deutschland_und_der_Franzoesischen_Republik_ueber_den_Gueterstand_der_Wahl_Zugewinnngemeinschaft.html?nn=1469004.

² De hecho el régimen, que se introdujo en el Derecho francés mediante una ley de 13 de julio de 1965, se inspiraba ya originariamente en el Derecho alemán. Cf. P. Simler, "Le nouveau régime matrimonial optionnel franco-allemand de participation aux acquêts", *Droit de la famille*, nº 5, mayo 2010, étude 8.

bernamental que pudiera ser útil para el avance del Derecho privado europeo en éste y otros ámbitos.

II. Contenido del Tratado

3. El acuerdo que establece el régimen económico matrimonial opcional de la participación en las adquisiciones es el primer fruto, en el ámbito del Derecho privado, de la cooperación especial entre Francia y Alemania instaurada por el Tratado del Eliseo de 22 de enero de 1963³. Con ocasión del cuadragésimo aniversario de dicha cooperación los presidentes de ambos Estados declararon su intención de proceder a una armonización de determinados aspectos del Derecho de familia⁴. Los trabajos de una comisión especial de los respectivos Ministerios de Justicia para la elaboración del régimen de la *Wahlzugewinnngemeinschaft* tuvieron lugar durante los años 2006 a 2008, con la participación de un grupo reducido de expertos, entre los que predominaban abogados y notarios⁵.

Tras su firma, en febrero de 2010, se está tramitando la ratificación del Tratado tanto en Alemania como en Francia. En Alemania se ha presentado un proyecto de ley al *Bundesrat* a fin de añadir un nuevo Capítulo IV al Libro IV del BGB, con un único precepto, la § 1519, que incorpora el régimen de la *Wahl-Zugewinnngemeinschaft* del Tratado bilateral franco-alemán como uno de los regímenes matrimoniales legales que puede ser elegido por los esposos. En Francia existe la intención de proceder de manera análoga. Los Códigos civiles francés y alemán contendrán, por tanto, si los respectivos procesos de ratificación concluyen positivamente, un nuevo régimen legal de carácter opcional junto a los que ya se prevén⁶. Este nuevo régimen tendrá la particularidad de ser un ré-

³ *Bundesgesetzblatt*, 1963 II, 705. El texto del Tratado así como múltiples informaciones sobre la cooperación franco-alemana pueden consultarse en <http://www.france-allemande.fr> o www.deutschland-frankreich.diplo.de.

⁴ A. Fötschl, "The Common Matrimonial Property Regime [COMP] of Germany and France: Epoch-Making in the Unification of Law", *European Review of Private Law*, 2010, pp. 881-889, p. 882. Este artículo se ha publicado también en el *Yearb. Private Int'l L.*, 2009, pp. 395-404.

⁵ La Comisión que elaboró este Tratado fue una Comisión muy reducida, compuesta por únicamente siete personas. La parte alemana estuvo representada por el funcionario del Ministerio de Justicia Sr. Thomas Meyer, la abogada Eva Becker y el notario Max Bräuer. Francia encomendó la negociación del Convenio al Profesor de la Universidad de Estrasburgo Philippe Simmler, a la Abogada Béatrice Weiss-Goult, a la magistrada Christelle Hilpert y al notario Jean-Marie Olmet.

⁶ En Alemania el régimen legal supletorio es un régimen de participación en las adquisiciones, la *Zugewinnngemeinschaft*. El BGB establece dos regímenes legales opcionales, la separación de bienes (*Gütertrennung*) y la comunidad de bienes (*Gütergemeinschaft*). En Francia el régimen legal supletorio es la comunidad de gananciales o *communauté réduite aux acquêts*. Los esposos pueden estipular en capitulaciones modificaciones sobre el régimen de comunidad (*communauté de meubles et acquêts* y *communauté universelle*), u optar por un régimen legal de distinta naturaleza como el régimen de participación

gimen común para Francia y Alemania. Esta característica lo haría especialmente atractivo para los matrimonios mixtos⁷, para parejas alemanas con domicilio en Francia y viceversa, así como para aquellas parejas propietarias de bienes en ambos países⁸.

1. *Ámbito de aplicación*

4. Conforme al art. 1 del Tratado, el régimen matrimonial opcional de la participación en las adquisiciones puede ser elegido por los esposos cuyo régimen económico matrimonial se rija por el Derecho de un Estado contratante. Por consiguiente, la elección cabe tanto en supuestos internos como en supuestos internacionales⁹ y en estos últimos, tanto si la designación del Derecho de un Estado contratante es consecuencia de normas de DIPr de origen autónomo, como convencionales o, en el futuro, institucionales, pues el Tratado no afecta a las normas de DIPr. Obviamente la elección de la *Wahlzugewinnsgemeinschaft* también cabría en caso de que el Derecho francés o alemán fuera el Derecho aplicable como consecuencia de la remisión efectuada por las normas de conflicto de un Estado tercero¹⁰.

5. El hecho de que los redactores del Tratado hayan excluido el tratamiento de las cuestiones de DIPr asegura la compatibilidad del mismo con la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea sobre la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de regímenes económicos matrimoniales¹¹. Si bien el Libro verde publicado en 2006 contemplaba la posible elaboración de un régimen económico matrimonial europeo de carácter opcional¹², la Unión Europea ha renunciado hasta la fecha a avanzar por la senda de la armonización del Derecho material. Por consiguiente, no se produce coli-

en las adquisiciones (*Participation aux acquêts*) y el régimen de la separación de bienes (*séparation de biens*).

⁷ En el Informe explicativo del nuevo Convenio franco-alemán se pone de relieve que el 13% de los matrimonios celebrados en Alemania y el 14,59 de los celebrados en Francia en el año 2006 fueron contraídos por personas de nacionalidades distintas.

⁸ T. Klippstein, "Der deutsch-französische Wahlgüterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft", *FPR*, 2010, p. 510.

⁹ R. Süß, "Der deutsch-französische Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft als erbrechtliches Gestaltungsmittel", *ZErB*, 2010, pp. 281-286, p. 282.

¹⁰ Este aspecto es especialmente puesto de relieve en el Informe explicativo que acompaña al Convenio.

¹¹ COM(2011) 126 final.

¹² Libro Verde de la Comisión, de 17 de julio de 2006, sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo [COM (2006) 400].

sión alguna entre la iniciativa bilateral franco-alemana y los trabajos en la Unión Europea¹³, sino que se trata de ejercicios que se complementan.

6. La exclusión de las cuestiones de DIPr genera, sin embargo, en el momento actual diversos problemas. Hasta que no se produzca la unificación de las normas de conflicto entre Francia y Alemania, la eventual ratificación y posterior entrada en vigor del Tratado en los dos Estados no evitará supuestos en los que el Derecho aplicable a las relaciones patrimoniales de una pareja diverja, según cual sea el sistema de DIPr desde el que se analiza. Süss pone el ejemplo de un matrimonio de ciudadanos alemanes residente en los Países Bajos, que, con ocasión de un inminente traslado a Francia, desea modificar su régimen económico matrimonial y acogerse al régimen opcional que el Tratado instaaura. Desde la óptica del DIPr alemán, que somete la cuestión al Derecho correspondiente a la nacionalidad común de los cónyuges, tal elección sería perfectamente posible pues se trataría de un régimen opcional previsto por el Derecho aplicable; desde la óptica francesa, en cambio, que aplica en esta materia el Convenio de La Haya de 1978¹⁴, el Derecho rector sería el del domicilio de los cónyuges en el momento de la elección, esto es el Derecho holandés¹⁵, que no lo prevería.

Por consiguiente, la elección de la *Wahlzugewinnngemeinschaft* podría ser válida desde la perspectiva del DIPr de uno de los Estados contratantes y no del otro, aunque en éste último supuesto podría pensarse en una eventual incorporación por referencia del Tratado a través del juego de la autonomía de la voluntad material. El Derecho holandés si bien no contiene el régimen legal de la *Wahlzugewinnngemeinschaft* reconoce un amplio margen a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en materia de régimen económico matrimonial. Los esposos no sólo pueden optar por uno de los regímenes legales previstos en el Código civil holandés sino también elaborar un régimen *ad hoc*¹⁶, lo que, por ende, les permitiría estipular que sus relaciones patrimoniales se rigieran por el régimen con-

¹³ D. Martiny, "Der neue Deutsche-französische Wahlgüterstand—Ein Beispiel optionaler bilateraler Familienrechtsvereinheitlichung", *ZeUP*, 2011, en prensa.

¹⁴ Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales de 14 de marzo de 1978. Las versiones auténticas en inglés y francés del Convenio así como la traducción española del mismo pueden consultarse en www.hcch.net.

¹⁵ R. Süss, *loc. cit.*, p. 282.

¹⁶ El Derecho holandés reconoce una amplia autonomía de la voluntad a los cónyuges. Pueden optar por alguno de los regímenes legales del Código civil holandés, realizar modificaciones respecto a dichos regímenes o al régimen supletorio e incluso crear su propio régimen. Cf. K. Boele-Woelki, F. Schonewille, W. Schrama, "Dutch report" en K. Boele-Woelki-B. Braat- I. Curry-Sumner, *European Family Law in Action*. Volume IV: *Property relations between spouses*, Amberes, Intersentia, 2009, p. 1194.

vencional, pese a que éste no esté previsto en el Derecho rector de los efectos patrimoniales del matrimonio¹⁷.

7. En principio, y conforme al Tratado sólo los matrimonios pueden optar por el régimen opcional común. Nada impide, sin embargo que las parejas que hayan registrado en Francia un *pacte civil de solidarité* o en Alemania una *eingetragene Lebensgemeinschaft*, puedan asimismo estipular que sus relaciones económicas han de regirse conforme a las reglas contenidas en el Tratado, si tal posibilidad se deduce de las disposiciones del Derecho interno reguladoras de dichos partenariados. En el caso alemán, es el § 7 del *Lebenspartnerschaftsgesetz* el que estipula que los compañeros pueden regular sus relaciones patrimoniales, eligiendo alguno de los regímenes matrimoniales legales, en el caso francés, si bien no cabe la elección de un régimen económico matrimonial, la pareja puede establecer las reglas reguladoras de sus relaciones económicas, que podrían inspirarse en las del Convenio. Puede, por tanto, decirse que el Convenio elude pronunciarse de manera directa sobre la eventual extensión del mismo a las parejas de personas del mismo sexo¹⁸, a las que les está vedado el acceso al matrimonio, pero que no ha de excluirse tal extensión por la vía de lo dispuesto por las disposiciones internas reguladoras de los respectivos estatutos de las parejas del Derecho alemán y francés, si se trata de parejas que han formalizado su unión¹⁹.

8. El régimen económico instaurado por el Tratado puede ser elegido con anterioridad a la celebración del matrimonio, y durante el matrimonio en sustitución de un régimen anteriormente vigente (art. 3). Los aspectos formales y los requisitos sustantivos y de capacidad no se regulan en el Tratado, sino que habrán de determinarse conforme al Derecho sustantivo rector de estas cuestiones, que deberá ser determinado por las normas de DIPr del foro. Nuevamente se plantea, por tanto, la posibilidad de que los Derechos sustantivos de estas cuestiones diverjan según cual sea el sistema de DIPr desde el que se analizan.

9. En principio, el régimen entra en vigor en el momento de conclusión del contrato. No obstante, el Tratado no deroga a las disposiciones relativas a la sustitución del régimen económico matrimonial vigentes en los Estados contratantes, ni exime del cumplimiento de los requisitos de publicidad que los ordenamientos francés y alemán disponen. Por tanto, en caso de sustitución y de ser aplicable el Derecho francés sigue rigiendo el art. 1397 *Code civil*, que exige que hayan transcurrido dos años desde el inicio de la vigencia del régimen modifica-

¹⁷ Nada impide tampoco a los matrimonios inspirarse en las disposiciones convencionales antes de su entrada en vigor e incorporarlas por la vía de la autorregulación. Cf. P. Simler, *loc. cit.*, p. 3.

¹⁸ El pacto de solidaridad francés está también abierto a parejas de distinto sexo.

¹⁹ D. Martiny, *loc. cit.*, en prensa.

do y somete el cambio a autorización judicial (*homologation*) si los cónyuges tienen hijos menores de edad o los acreedores o hijos mayores de edad de los esposos se oponen al cambio²⁰.

En este sentido, la doctrina que ha analizado el Tratado bilateral pone de manifiesto que la divergencia de las normas francesas y alemanas es susceptible de generar en la práctica problemas de aplicación, por lo que resultaría aconsejable que las partes eligieran adicionalmente, conforme posibilitan sus respectivas normas de DIPr, el Derecho aplicable al régimen económico matrimonial²¹. También el Informe explicativo del Convenio subraya la conveniencia de que las partes elijan adicionalmente el Derecho rector de sus relaciones patrimoniales. En la práctica se ha sugerido que sería posible eludir el trámite francés de la *homologation*, necesario en caso de capitulaciones posnupciales conforme al Derecho francés, eligiendo, en un primer momento, el Derecho alemán como rector del régimen económico matrimonial para posteriormente pactar el régimen convencional en ejercicio de la autonomía de la voluntad material conferida por el Derecho alemán²².

10. En definitiva, se advierte que muchas de las dificultades a las que se ha hecho referencia son típicamente las que se suscitan en relación a los Convenios de Derecho uniforme, y que el propósito declarado de evitar, mediante la unificación del Derecho material, las complicaciones del método conflictual es una pueril quimera²³. El carácter material y geográficamente limitado de la uniformización, la necesidad de delimitar el ámbito de aplicación del nuevo instrumento y la posibilidad de interpretaciones divergentes en los distintos Estados contratantes²⁴, ponen, por el contrario, de manifiesto las interrelaciones entre Derecho

²⁰ *Ibid.*; R. Süß, *loc. cit.*, p. 283.

²¹ La autonomía de la voluntad conflictual se prevé en el art. 15.2 *EGBG* que permite a los cónyuges elegir el Derecho alemán como rector de sus relaciones patrimoniales si uno de ellos es nacional alemán o tiene su residencia habitual en Alemania. También existe la posibilidad someter al Derecho alemán el régimen de los inmuebles sitos en Alemania, lo que implica el fraccionamiento del régimen. La posibilidad de someter el régimen económico matrimonial al Derecho francés cabe asimismo en Francia conforme a lo dispuesto por el art. 3 Convenio de La Haya de 1978, si uno de los cónyuges tiene la nacionalidad francesa o reside en Francia o si uno de los esposos establece en Francia su primera residencia habitual tras la celebración del matrimonio. Al igual que ocurre en Alemania se admite asimismo el fraccionamiento pues los esposos pueden elegir la ley francesa en relación a los bienes inmuebles sitos en Francia.

²² R. Süß, *loc. cit.*, p. 283; T. Jäger, “Der neue deutsch-französische Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft— Inhalt und seine ersten Folgen für die Gesetzgebung und Beratungspraxis”, *DNotZ*, 2010, p. 807.

²³ R. Süß, *loc. cit.*, p. 282.

²⁴ T. Jäger, *loc. cit.*, p. 824.

uniforme y método conflictual²⁵, que lejos de ser técnicas de regulación antagónicas vienen a complementarse.

2. Principales características del régimen convencional

A) Definición

11. La *Wahl– Zugewinngemeinschaft* es un régimen económico matrimonial en el que el patrimonio de cada uno de los cónyuges permanece separado hasta la disolución del régimen. En ese momento se genera un derecho de participación en las ganancias del otro cónyuge, que se calculan comparando su patrimonio inicial y final (art. 2) y que se concreta en una prestación dineraria (art. 12.2º). Por tanto, y a pesar del equívoco al que puede conducir su denominación, no se genera en ningún momento, ni durante su vigencia ni con ocasión de su disolución, una masa de bienes gananciales.

El régimen convencional es una variante del régimen legal supletorio alemán de la *Zugewinngemeinschaft*. Este régimen no es desconocido en el Derecho francés que desde el año 1965 lo recoge en su Código civil (arts. 1569–1581). La armonización se ve, por consiguiente, precedida por un conocimiento previo del modelo o tipo al que obedece el régimen en el Derecho francés y alemán, lo que sin duda facilitó la tarea legislativa y puede ser positivo de cara a la aceptación del régimen en la práctica. Puesto que el régimen es el legal supletorio en Alemania, mientras que en Francia se trata de un régimen opcional escasamente utilizado en la práctica²⁶, es lógico que sea mayor la influencia del Derecho alemán, máxime cuando ha sido objeto de reforma recientemente²⁷. Sin embargo, en algunas cuestiones, sobre todo por lo que respecta a la protección de la vivienda familiar y en relación a las reglas de valoración, es clara la influencia del Derecho francés.

B) Administración, goce y disposición de los bienes durante la vigencia del régimen

12. Los arts. 4, 5 y 6 del Tratado contienen reglas inderogables relativas a la administración, goce y disposición de los respectivos patrimonios de los esposos. La regla general es que cada uno de los esposos goza de autonomía respecto al goce y disposición de su propio patrimonio (art. 4).

²⁵ Sobre esta interrelación *vid.* recientemente K. Boele–Woelki, “Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws”, *R. des C.*, t. 340, 2009, pp. 271–462.

²⁶ Según algunos cálculos solo el 0,1–0,3 % de los matrimonios franceses se rige por el régimen de participación previsto en el Code civil. *Cf.* K.S. Delerue, “Der neue deutsch–französische Wahlgüterstand– Für und Wider eines bilateralen Abkommens”, *FamRBint– Beratungspraxis*, 2010–3, p. 74.

²⁷ *Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs– und Vormundschaftsrechts* v. 6.7.2009, BGBl, 2009 I, 1696.

13. Sin embargo, es preciso el consentimiento del otro esposo para realizar actos de disposición sobre la vivienda familiar o en relación al ajuar doméstico, independientemente de quien sea su propietario. Los actos realizados sin el consentimiento del otro cónyuge pueden ser validados por éste con posterioridad (art. 5.1º). El Tratado no regula la sanción por incumplimiento de esta disposición, que se regirá por el respectivo Derecho nacional determinado por las normas de DIPr del foro. En este punto se produce una importante divergencia entre los Derechos alemán y francés. Si rige el Derecho alemán el acto dispositivo realizado unilateralmente se consideraría nulo de pleno derecho, mientras que de ser aplicable el Derecho francés se trataría de un acto anulable²⁸. Cada uno de los cónyuges puede solicitar autorización judicial para actuar por sí mismo, en caso de que el otro cónyuge no esté en condiciones de expresar su voluntad o si la negativa no se justifica por el interés de la familia (art. 5.2º).

14. Cada uno de los esposos puede asimismo contraer por sí solo obligaciones para el mantenimiento de la familia y la educación de los hijos, respecto a las cuales ambos esposos son solidariamente responsables, salvo si se trata de deudas manifiestamente excesivas en relación al nivel de vida de la familia y si esta cuestión era conocida o debería haberlo sido para la otra parte del contrato (art. 6)²⁹.

15. Las reglas contenidas en los arts. 5 y 6 son especialmente interesantes porque incorporan al Convenio parte de lo que en Francia³⁰, como en España³¹, sería el régimen primario, esto es, aquellas reglas generales que se aplican a todos los matrimonios independientemente del concreto régimen económico matrimonial que rija sus relaciones patrimoniales. Dichas reglas son inderogables. La introducción de dichas normas en el Convenio bilateral resulta necesaria porque el Derecho alemán no conoce esta categoría³². Por consiguiente, de no haberse incorporado tales normas la situación de los cónyuges que optaran por la *Wahlzugewinnngemeinschaft* sería muy distinta en función de que rigiera para el resto de efectos del matrimonio el Derecho francés o alemán. Mientras que en el

²⁸ Este aspecto se pone especialmente de relieve en el Informe explicativo al Tratado.

²⁹ Se ha criticado la inclusión de esta regla como obsoleta, pues presupone un matrimonio en el que la esposa es un ama de casa, sin ingresos propios. Parece que este reparto de roles no se corresponde con el *target group* del nuevo Convenio, que son las parejas mixtas. Cf. C. Steer, "Die neue deutsch-französische Wahl-Zugewinnngemeinschaft— eine interessante Option auch für Inlandssachverhalte?", *Notar*, 2010, pp. 119–124, p. 121.

³⁰ Arts. 215 y 220 *Code civil*.

³¹ Arts. 1319 y 1320 Código civil y arts. 231–8 y 231–9 del Código civil de Cataluña.

³² El Derecho alemán diverge de la mayoría de los ordenamientos europeos porque no protege específicamente a la vivienda familiar. Cf. D. Martiny, *loc. cit.*, en prensa. De ahí que la prohibición de disposición de la vivienda familiar sin el consentimiento del cónyuge no titular de la misma pueda plantear problemas en la práctica. Se recomienda la inscripción de la misma en el Registro de la propiedad. Vid. K.S. Delerue, *loc. cit.*, p. 72.

Derecho francés estaría garantizada la protección de la vivienda familiar por aplicación del art. 215.3º *Code civil*, es únicamente la inclusión de esta cuestión en el Tratado lo que posibilita una protección análoga si rige el Derecho alemán.

Desde el punto de vista del DIPr, no obstante, algunas de estas reglas pueden crear problemas de calificación. En particular, la regla conforme a la cual los actos de disposición de la vivienda familiar precisan del consentimiento de ambos cónyuges se calificaría en Alemania como un efecto personal del matrimonio, mientras que en Francia se incluiría dentro de la categoría de régimen primario y se aplicaría con carácter imperativo a todas las parejas domiciliadas en Francia. Por tanto, desde la perspectiva alemana podría sujetarse a un Derecho distinto al alemán o francés y no cabe excluir que dicho Derecho desconociera tales limitaciones al poder de disposición. En dicho caso se produciría una contradicción entre lo dispuesto en el Derecho rector de los efectos personales del matrimonio y el régimen convencional, que habría de resolverse dando prioridad a la norma prohibitiva de éste último³³. Parecidas dificultades calificadorias se suscitan en relación a la regla de la responsabilidad solidaria respecto a las deudas relacionadas con las necesidades de la familia. Tradicionalmente el DIPr alemán califica tal regla como un efecto personal del matrimonio, pero según el Convenio, que la incluye, se trataría de un efecto patrimonial, lo que implica la subsunción en normas de conflicto distintas³⁴.

C) Disolución del régimen y cálculo del derecho de participación

16. El régimen se disuelve por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los esposos³⁵, el cambio del régimen o una sentencia de divorcio o cualquier otra decisión judicial que comporte tal efecto³⁶ (art. 7). Tras su disolución corresponde determinar la cuota de participación de cada uno de los cónyuges, que se calcula sobre los incrementos patrimoniales experimentados durante el matrimonio, que han de repartirse al cincuenta por ciento. Para ello resulta necesario calcular el valor del patrimonio inicial y final de cada esposo. A este fin el Tratado contiene reglas de valoración que las partes pueden modificar en las capitulaciones matrimoniales tal y como de manera expresa dispone el ap. 3º del art. 3. El régimen es, por consiguiente, flexible³⁷ y admite derogaciones, tanto

³³ R. Süß, *loc. cit.*, p. 284.

³⁴ D. Martiny, *loc. cit.*, en prensa.

³⁵ Aquí hay diferencia entre el texto alemán y francés. En el alemán se habla de declaración de fallecimiento (*Todeserklärung*), en el francés de declaración de ausencia (*déclaration d'absence*)

³⁶ Las decisiones judiciales que comportan la disolución del régimen son distintas en Francia y en Alemania. Conforme al Derecho francés comportan la disolución del régimen, la sentencia de separación la anulación del matrimonio en caso de que los esposos lo fueran de buena fe y la liquidación anticipada del derecho de participación. En el Derecho alemán la disolución del régimen se produciría en caso de nulidad del matrimonio y de liquidación anticipada del derecho de participación. *Vid.* Informe explicativo.

³⁷ T. Klippstein, *loc. cit.*, p. 512

por lo que respecta a la posibilidad de excluir a determinados bienes del cálculo del derecho de participación, como por lo que se refiere a las reglas de cálculo propiamente dichas.

17. El patrimonio inicial de cada cónyuge comprende los bienes propiedad de dicho esposo en la fecha de entrada en vigor del régimen así como los adquiridos con posterioridad por sucesión o donación y las indemnizaciones recibidas anteriormente como consecuencia de un daño moral o corporal. En este punto el régimen instaurado por el Tratado diverge de la *Zugewinnngemeinschaft* alemana, que integra a las indemnizaciones en las ganancias, con la consecuencia de que el cónyuge no receptor de la indemnización participa al cincuenta por ciento. En el Informe explicativo del Convenio se explica la regla como consecuencia de la influencia del Derecho francés y se apunta asimismo que la regla alemana ha sido objeto de críticas recurrentes, pues no parece compaginarse bien con el carácter personalísimo de dichos derechos ni con el hecho de que su obtención sea totalmente ajena a la vida matrimonial.

El patrimonio inicial no comprende los frutos de los bienes que lo integran ni los bienes pertenecientes al patrimonio inicial donados durante la vigencia del régimen a parientes en línea directa. Esta última regla es característica del Derecho francés y no tiene parangón en la normativa alemana³⁸. Tiene como objetivo dispensar un trato favorable a las donaciones a descendientes³⁹.

El patrimonio inicial es el patrimonio perteneciente a cada cónyuge en la fecha de entrada en vigor del régimen. Deben, por consiguiente, computarse asimismo las deudas del cónyuge de forma que el patrimonio inicial puede ser un patrimonio negativo. Esta regla se corresponde tanto con el Derecho francés como con el Derecho alemán, que con motivo de la reforma de septiembre de 2009 derogó la regla que establecía que el patrimonio inicial no podía ser un patrimonio negativo.

En el momento inicial de otorgamiento de capitulaciones estipulando el régimen, los esposos pueden establecer un inventario de sus respectivos patrimonios iniciales. Este inventario puede ser notarial o privado, presumiéndose su exactitud si ha sido firmado por ambos esposos. En ausencia de inventario se presume la inexistencia de un patrimonio inicial.

18. Las reglas de cálculo del valor del patrimonio inicial divergen de manera importante de las que se establecen en el Derecho alemán. Es de especial interés que el valor de los inmuebles se determine en la fecha de disolución del régimen y no en la fecha de inicio, de forma que los incrementos no se computen aquí

³⁸ L. Krause, "Die Wahl- Zugewinn gemeinschaft als neuer Güterstand", *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht*, 2010, pp. 247-252, p. 248.

³⁹ T. Meyer, "Der deutsch-französische Wahlgüterstand", *FamRZ*, 2010-8, pp. 612-617, p. 615.

como ganancias que hay que repartir. Ello facilita en mayor medida el cálculo del derecho de participación, pues no resulta necesario retrotraer la valoración a la fecha inicial de entrada en vigor del régimen. Tiene además el efecto de excluir de las ganancias incrementos de valor, que nada tienen que ver con los esfuerzos conjuntos, realizados durante el matrimonio y obedecen a factores externos, como podrían ser los derivados de cambios urbanísticos⁴⁰. Se exceptúan de la regla los cambios de valor derivados de mejoras realizadas por los cónyuges de forma que si estos edifican en un solar el valor de la edificación computa como ganancia.

No acaba, sin embargo, de entenderse que la regla sólo valga para los bienes inmuebles y que el valor de los muebles se determine conforme a la fecha de inicio, con la consecuencia de que los incrementos de valor se computen como ganancias a repartir. En el Informe explicativo se dice que la regla es fruto del compromiso entre el Derecho alemán y el Derecho francés, habiéndose impuesto respecto a los Bienes Muebles la regla del Derecho alemán y respecto a los Inmuebles la regla del Derecho francés. El resultado es un trato más favorable a los bienes inmuebles que a los muebles que carece de justificación⁴¹.

19. El patrimonio final de cada cónyuge está compuesto por los bienes que pertenecen a dicho cónyuge en la fecha de disolución del régimen. Al igual que ocurre con el patrimonio inicial se tienen asimismo en cuenta las deudas. Se computa también como parte del patrimonio final el valor de ciertos bienes donados por un cónyuge durante la vigencia del régimen, salvo que las donaciones fueran adecuadas teniendo en cuenta el nivel de vida de los cónyuges o que hubieran sido hechas respecto de un bien integrante del patrimonio inicial y a favor de un pariente en línea directa. También forman parte del patrimonio final el valor de bienes cedidos con la intención de perjudicar al otro cónyuge. Esta retroacción, que tiene la finalidad de proteger las expectativas del otro cónyuge que no debe ver disminuido de manera injustificada su derecho de participación, no alcanza, sin embargo, a actos realizados más de diez años antes de la disolución del régimen.

20. La comparación de los patrimonios inicial y final de cada uno de los cónyuges permite determinar las ganancias de cada uno de los cónyuges. Si las ganancias de uno de los cónyuges exceden a las ganancias del otro, este último tendrá un derecho de participación equivalente al cincuenta por ciento de la diferencia (art. 12). Un aspecto interesante es, sin embargo, la *Kappungsgrenze* o limitación del derecho de participación, que no puede exceder el 50% del patrimonio final del cónyuge acreedor (art. 14). Esta solución se propuso en Alema-

⁴⁰ T. Klippstein, *loc. cit.*, p. 513; R. Süß, *loc. cit.*, p. 283.

⁴¹ R. Süß, *loc. cit.*, p. 284

nia con ocasión de la reforma del régimen económico matrimonial del 2009, sin que lograra imponerse⁴².

D) Valoración

21. Puesto que el régimen común franco-alemán es un régimen opcional su éxito dependerá de que sea efectivamente elegido en la práctica. En sectores profesionales se ha puesto de manifiesto que en los supuestos internacionales la principal ventaja que proporciona el Convenio radica en la evitación de la aplicación del Derecho extranjero⁴³. Ello parece especialmente importante en las relaciones con terceros, como los bancos. En la praxis parece no ser infrecuente que se recomiende a esposos cuyo régimen económico matrimonial se rige por el Derecho francés que elijan el Derecho alemán cuando se proponen adquirir un bien inmueble en Alemania. Si las relaciones patrimoniales de los cónyuges estuvieran sujetas al régimen común tal recomendación, que regularmente suele comportar un fraccionamiento del régimen de bienes, resultaría superflua⁴⁴.

22. En la doctrina alemana se ha especulado con el interés del nuevo régimen en supuestos internos. Uno de los elementos que pueden hacer atractivo el régimen para parejas, que a falta de capitulaciones se regirían por la *Zugewinnngemeinschaft* ordinaria, radica en que en dicho último régimen no se produce el pago de la participación en las ganancias, si el régimen se disuelve como consecuencia del fallecimiento de uno de los esposos. De acuerdo con la §1371 *BGB* el pago del derecho de participación se sustituye por un aumento de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente. Se entiende que el régimen convencional, al implicar la liquidación del régimen económico matrimonial conforme a las reglas anteriormente descritas incluso en caso de disolución por causa de muerte, favorecería en mayor medida los intereses del cónyuge superviviente⁴⁵. Podría asimismo inclinar a favor del régimen convencional la especial protección de la vivienda familiar, la limitación cuantitativa del derecho de participación al cincuenta por ciento del valor del patrimonio final del cónyuge deudor (*Kappungsgrenze*), el tratamiento de las indemnizaciones percibidas por uno de los cónyuges y de las donaciones a descendientes, y las reglas de valoración de los bienes inmuebles, pues se diferencian del Derecho alemán⁴⁶. Se ha puesto, sin embargo, de manifiesto que muchas de estas modificaciones podrían introducirse en el régimen legal mediante pacto así como el gran contraste entre la rica jurisper-

⁴² T. Meyer, *loc. cit.*, p. 612; E. Becker, "Das deutsch-französische Abkommen über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft", estudio elaborado a petición del Parlamento europeo, www.europarl.europa.eu/studies.

⁴³ T. Jäger, *loc. cit.*, p. 824.

⁴⁴ T. Meyer, *loc. cit.*, p. 612.

⁴⁵ T. Jäger, *loc. cit.*, pp. 824-825; R. Süß, *loc. cit.*, p. 285.

⁴⁶ T. Meyer, *loc. cit.*, pp. 614-616.

dencia y doctrina que existe en relación al régimen legal supletorio ya vigente y el carácter novedoso del régimen convencional, que implica que la opción de recomendar a los cónyuges el régimen económico matrimonial convencional signifique la asunción de una mayor dosis de incertidumbre.

23. En cualquier caso, tratándose de un régimen opcional difícilmente el porcentaje de matrimonios cuyas relaciones patrimoniales acabarán rigiéndose por el régimen común acabará siendo muy significativo. Ello demostraría la necesidad de la unificación de las reglas de DIPr de cara a la resolución de los supuestos mayoritarios de tráfico jurídico externo, caracterizados por la existencia de regímenes supletorios distintos en cada uno de los Estados, que son los que mayoritariamente rigen las relaciones económicas entre cónyuges. Ello no es, sin embargo, incompatible con la creación de regímenes uniformes por los que puedan optar las parejas especialmente preocupadas por su régimen de bienes. Que las posibilidades que el Convenio abre sean efectivamente utilizadas en la práctica dependerá especialmente de la recepción del Convenio en círculos notariales. Un aspecto positivo es que el notariado ha estado en ambos países directamente implicado en la elaboración del Convenio⁴⁷.

III. Interés del acuerdo para España

24. Uno de los aspectos más sorprendentes del Convenio franco-alemán es que conforme a su art. 21 se trata de un Convenio bilateral abierto. Tras su entrada en vigor cualquier Estado miembro de la Unión Europea puede adherirse al mismo. De hecho, las Ministras de Justicia francesa y alemana dirigieron una carta conjunta a sus homólogos europeos señalando la existencia de dicha posibilidad. Hasta la fecha solo ha mostrado interés Luxemburgo, lo que se explica fácilmente por la situación geográfica del Gran Ducado y por el alto porcentaje de parejas residentes en dicho país con vínculos con los Estados vecinos.

25. Desde la óptica española no nos consta que se haya respondido a la invitación. Todo parece indicar que el Tratado franco-alemán ha pasado bastante inadvertido y que su existencia, y la posibilidad de ratificación del mismo, no han sido comunicadas a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. En un Estado con unidades territoriales autónomas con competencia legislativa en materia de régimen de bienes del matrimonio, lo procedente hubiera sido que la invitación franco-alemana hubiera sido trasladada a los distintos legisladores a fin de que éstos evaluaran el interés que puede tener el Tratado para sus respectivos ordenamientos. En definitiva, y como hemos visto, el Tratado tiene como

⁴⁷ M. Braeuer, "Der neue deutsch-französische Wahlgüterstand", *Forum Familienrecht*, 2010, pp. 113-115, esp. p. 114.

destino la recepción del régimen de bienes convencional como un régimen opcional adicional a los ya existentes. Por consiguiente, no le corresponde al Ministerio de Justicia evaluar si el Tratado tiene o no interés para España, sino que tal evaluación ha de realizarse de manera descentralizada, por cada una de las Consejerías de Justicia de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio respecto a su respectivo ordenamiento, y por el Ministerio de Justicia respecto al mal llamado Derecho civil común.

26. La posibilidad de adhesión a un Convenio de Derecho uniforme en materia de régimen económico matrimonial plantea, en efecto, una situación novedosa, en tanto en el ámbito interno las relaciones de bienes entre los cónyuges son una materia en la que el carácter plurilegislativo del Derecho español es especialmente acusado. Por dicho motivo, y por las distintas relaciones con Francia y Alemania de cada uno de los ordenamientos jurídicos españoles, podría perfectamente ocurrir que el interés por el nuevo régimen opcional fuera desigual, esto es, que el régimen resultara atractivo para alguno o algunos de los Derechos civiles españoles, pero no para los demás.

En los siguientes apartados evaluaremos el eventual interés del Tratado desde la óptica del Derecho catalán, para a continuación plantear cuales podrían ser las vías de actuación en caso de constatarse tal interés y no ser compartido por los demás Derechos civiles españoles.

1. Valoración desde la perspectiva del Derecho catalán

27. Desde nuestro punto de vista el Tratado tiene interés para el Derecho catalán. Un punto de partida favorable a la recepción del Convenio lo constituye el hecho de que el tipo de régimen que instaura no es desconocido. El actual Libro II del Código Civil de Cataluña establece, como es sabido, que el régimen económico matrimonial legal supletorio es un régimen de separación de bienes. Entre los regímenes legales que los esposos pueden pactar en capitulaciones se establece un régimen de participación en las ganancias (arts. 232.13º ss)⁴⁸. Dicho régimen fue introducido por la Ley 8/1993 de 30 de septiembre que modificó la Compilación del Derecho civil de Cataluña⁴⁹, siendo posteriormente incorporado a los arts. 48 ss del *Codi de família*⁵⁰. Aunque guarda mayores semejanzas con el Derecho de Quebec y Suiza que con el Derecho alemán, el hecho de que el régimen de bienes convencional sea tipológicamente conocido en el ordenamiento jurídico que lo habría de recepcionar es un primer dato favorable.

⁴⁸ DOGC nº 5686, 5-VIII-10.

⁴⁹ DOGC nº 1807, 11-X-93.

⁵⁰ DOGC nº 2687, 23-VII-98.

28. En la práctica catalana se constata adicionalmente que, al igual que ocurre en Francia, el régimen de participación en las adquisiciones es un régimen escasamente utilizado. De hecho, en la Exposición de Motivos de la Ley del Libro II del Código civil de Cataluña se señala de manera explícita que con ocasión de la promulgación de la norma se ha procedido a una revisión del régimen de participación a fin de que se consolide como una alternativa al régimen legal supletorio. Por consiguiente, existe un pronunciamiento muy reciente del legislador catalán, favorable a incrementar el uso de los regímenes opcionales y a fomentar la autonomía de la voluntad en la materia. La eventual recepción de un nuevo régimen de bienes del matrimonio reforzaría, por tanto, tendencias de política legislativa ya existentes.

29. Si tenemos en cuenta que todos los analistas del Tratado franco-alemán señalan que se trata de un régimen sobre todo interesante para las parejas con relaciones de tráfico jurídico externo, un dato relevante de cara a la evaluación del interés del mismo para Cataluña es la existencia o no de parejas que pudieran estar eventualmente interesadas en tal régimen. Dicho de otra manera, un elemento decisivo de cara a la introducción de un nuevo régimen de bienes de carácter opcional sería constatar la existencia de una “demanda” potencial lo suficientemente significativa.

Existen varios datos indicativos de la existencia de una demanda potencial significativa para el régimen convencional. En primer lugar, se ha de tener en cuenta que de acuerdo con datos publicados por la Dirección General de la Inmigración del Departamento de Bienestar y Familia de la Generalitat de Cataluña residen en dicha Comunidad Autónoma 33.729 ciudadanos franceses y 22.275 ciudadanos de nacionalidad alemana, que representan respectivamente el 2,8 y el 1,9 de los extranjeros⁵¹. Aunque puedan parecer porcentajes relativamente bajos probablemente por su posición social, edad y situación económica y familiar se trata de sectores de población para los que la regulación de los bienes del matrimonio puede ser relevante. La inmigración alemana y francesa es habitualmente una inmigración de personas profesionalmente cualificadas con unos ingresos que permiten la adquisición de bienes, mientras que, por contraste, para otros sectores de la inmigración catalana más numerosos como marroquíes y rumanos la regulación de los bienes del matrimonio no tiene relevancia práctica, pues se sitúan en estratos más bajos de la sociedad.

Por razones de proximidad geográfica son además relativamente numerosos los matrimonios franceses con propiedades en Cataluña y los matrimonios catalanes con propiedades en Francia. Son también significativas las cifras de pare-

⁵¹ Datos de enero de 2011. Pueden consultarse en <http://www.idescat.cat>.

jas matrimoniales hispano-alemanas e hispano-francesas⁵² y particularmente importantes las parejas alemanas propietarias de bienes inmuebles en Cataluña. Si bien estas viviendas son muchas veces adquiridas como segundas residencias no es infrecuente que acaben siendo la residencia principal del matrimonio cuando los cónyuges alcanzan la edad de jubilación.

30. Otra cuestión a tener en cuenta es la incidencia de las normas de DIPr. En el momento actual tales normas divergen entre los distintos Estados, por lo cual el régimen de los matrimonios es distinto según cual sea el sistema de DIPr desde el que se analice. La posibilidad de elegir el Derecho aplicable existe en todos los sistemas de DIPr; pero en España tiene una importante limitación pues solo cabe, según el art. 9.2º Cc, si los cónyuges tienen distintas nacionalidades en el momento de la celebración del matrimonio.

Si se pacta un régimen de bienes en capitulaciones no se evitan, por otra parte, las dificultades prácticas relacionadas con la aplicación del Derecho extranjero, en uno u otro de los países involucrados, pues generalmente las capitulaciones optan por un régimen legal opcional particular de alguno de los Derechos sustantivos involucrados.

31. En un futuro, cuando concluyan las negociaciones relativas a la Propuesta de Reglamento europeo en materia de régimen económico matrimonial, desaparecerán las dificultades que derivan de la falta de uniformidad de las normas de conflicto en Francia, Alemania y España. Pero como ocurre en la actualidad es previsible que la aplicación de Derecho extranjero siga suscitando las mismas dificultades que se verifican en la actualidad. Para los operadores jurídicos y los terceros con los que los cónyuges se relacionan siempre será más fácil obtener información respecto a un régimen opcional del Derecho propio que sobre un régimen extranjero.

32. Aunque, tanto en la práctica española, como en la práctica francesa, se argumenta con frecuencia que el escaso éxito de los respectivos regímenes legales de participación en las ganancias se debe, en gran medida, a su complejidad y a la falta de familiaridad de los operadores jurídicos con los mismos, lo cierto es que tales dificultades son de menor entidad que las que se generan en relación al Derecho material extranjero. Por consiguiente, ahora y en el futuro la uniformización del Derecho ofrece en sí misma ventajas prácticas considerables para las parejas con vínculos con los Estados contratantes.

⁵² En el primer semestre de 2010 se contrajeron en España 218 matrimonios en que uno de los cónyuges era español y el otro alemán y 253 matrimonios mixtos hispano-franceses. Fuente: INE <http://www.ine.es>.

33. Todo parece, por tanto, indicar que podría existir en la materia una demanda potencial significativa, obviamente no mayoritaria pero sí digna de consideración. Si finalmente el legislador catalán concluyera que el Tratado tiene interés para Cataluña la siguiente cuestión a analizar es cuáles serían las vías jurídicas para que el Tratado pudiera ser ratificado. Estas dificultades son especialmente acusadas si el interés por el nuevo Convenio no es un interés compartido por todos los legisladores civiles españoles, lo que aquí presumiremos.

2. Posibilidades de una ratificación del Convenio con efectos solo para Cataluña

34. El punto de partida de cualquier análisis sobre la eventual ratificación del Tratado franco-alemán es la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales *ex art.* 149.1.3 CE. Por consiguiente, solo el Estado puede ratificar o adherirse a tratados internacionales, pues detenta en exclusiva el *treaty making power*. Es, además, el Estado quien es responsable internacionalmente en caso de un eventual incumplimiento de las obligaciones internacionales libremente contraídas.

35. Conforme al Derecho de los tratados cabe, sin embargo, que el Estado al ratificar un Convenio especifique que el mismo no será aplicable en la totalidad de su territorio (*art.* 29 Convención de Viena)⁵³. De hecho, se trata de una práctica habitual en Estados con sistemas de Derecho privado no uniformes. Por citar solo algún ejemplo reciente puede mencionarse que el Reino Unido ha ratificado el Convenio de La Haya de protección de adultos solo con efectos para Escocia⁵⁴. Ciertamente el propio Convenio de La Haya en su *art.* 55.1º contempla tal posibilidad de forma expresa, tal y como exige el Derecho de los tratados⁵⁵.

Puesto que el Tratado franco-alemán fue negociado entre Francia y Alemania, dos Estados con un Derecho privado unitario, no es de extrañar que nada prevea de manera expresa respecto a esta cuestión. Probablemente los redactores del mismo no llegaron a plantearse tal posibilidad. Sin embargo, si hubiera un interés español en una adhesión del Convenio solo con efectos para algunos de los Derechos civiles españoles, la cuestión podría ser objeto de negociación. No existe ninguna razón por la cual la respuesta deba ser negativa.

36. En definitiva, el nuevo Tratado demuestra una vez más la necesidad de que el Estado español asuma las consecuencias de la descentralización también

⁵³ BOE, 13-VI-80.

⁵⁴ *Vid.* la declaración formulada por el Reino Unido con ocasión de la ratificación del Tratado en <http://www.hcch.net>.

⁵⁵ Conforme al Derecho de los tratados tal posibilidad cabe tanto si del Convenio en cuestión así se desprende como si consta de otro modo.

en sus relaciones externas, en este caso, por lo que respecta al proceso de adhesión de un Convenio al que hemos sido invitados. Desde el punto de vista de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio es asimismo deseable una mayor consideración de los aspectos internacionales a la hora de legislar. Como ya comentábamos el legislador catalán ha reformado recientemente su régimen de participación en las ganancias a fin de hacerlo más atractivo. Si hubiera tenido en cuenta la demanda potencial de parejas con relaciones de tráfico externo, el Tratado franco-alemán no hubiera pasado inadvertido.

IV. Un modelo para Europa

37. En la doctrina alemana se ha especulado asimismo con el carácter piloto del proyecto de cara a la unificación del Derecho privado europeo. Puesto que hasta la fecha la Unión Europea carece de competencia legislativa para la unificación o armonización del Derecho material, la vía intergubernamental se presenta como una vía potencialmente fructífera tanto en el sector del Derecho de familia como en relación a otros ámbitos, y en especial para el Marco Común de Referencia⁵⁶, en cuya elaboración se han invertido tantos recursos y que no tiene, hoy por hoy una salida fácil.

38. Desde una perspectiva histórica tendría sentido que la armonización o unificación del Derecho material se iniciara mediante la cooperación intergubernamental pues así fue el proceso respecto al DIPr. Habida cuenta de las enormes resistencias en algunos de los Estados miembros es asimismo aconsejable que los instrumentos sean doblemente opcionales. Opcionales para los Estados miembros que no tendrían la obligación de ratificar dichos tratados y opcionales para los ciudadanos a los que se aplicarían en virtud de la autonomía de la voluntad material. De esta forma el Derecho privado europeo acabaría consolidándose solo si sus destinatarios lo encontraran ventajoso (*bottom up approach*) y el proceso sería gradual.

39. El Tratado franco-alemán que hemos analizado es un primer paso que abre interesantes perspectivas de futuro. Sin embargo, plantea un grave inconveniente su carácter bilateral, que ha facilitado, sin lugar a dudas, una rápida elaboración, pero que ha dejado fuera de consideración otros regímenes matrimoniales europeos y coloca a los Estados miembros no participantes frente a un producto acabado, respecto a cuyo contenido no existe ya ninguna posibilidad de influencia. La senda bilateral entraña además el riesgo de proliferación de otros Tratados bilaterales que incrementarían la diversidad de regímenes matrimoniales y acabarían complicando todavía más la situación.

⁵⁶ M. Schmidt-Kessel, "Ein zivilistisches Kerneuropa?", *GPR*, 2010-2, Editorial.

40. Un aspecto, en cambio, positivo del proceso de elaboración del Convenio franco-alemán es que en el mismo han participado abogados y notarios, que son finalmente quienes tienen una influencia decisiva de cara a que las parejas decidan sujetar sus relaciones económicas a un nuevo régimen. La experiencia de los regímenes de participación en las ganancias francés y catalán demuestra claramente que el éxito real de cualquier innovación en esta materia requiere la adhesión de estos profesionales. Sin embargo, y paralelamente, la elaboración de textos de Derecho uniforme sólo es posible si con carácter previo la doctrina prepara el terreno realizando estudios de Derecho comparado⁵⁷. Existe, por consiguiente, una necesidad de una mayor cooperación entre teóricos y prácticos.

V. Conclusiones

41. El Tratado franco-alemán instituyendo un régimen matrimonial común ha pasado prácticamente inadvertido en nuestro país. Uno de los objetivos de este trabajo ha sido el análisis de las disposiciones del mismo, prestando especial atención a las cuestiones de DIPr, pues el método de la unificación del Derecho material y el método conflictual no son métodos antagónicos, sino complementarios. Se ha intentado, además, poner de manifiesto que se trata de un Convenio abierto que podría ser de interés desde la perspectiva de al menos alguno de los Derechos civiles españoles como el catalán. Si tal interés no fuera compartido por los demás ordenamientos españoles cabría la posibilidad de una ratificación del mismo con efectos sólo para ese ordenamiento. Otros Estados plurilegislativos regularmente contemplan dicha posibilidad, que no es novedosa desde el punto de vista del Derecho internacional. Ello requeriría, sin embargo, una verdadera asunción del carácter no unitario del Derecho orivado español también en el ámbito de las relaciones externas. Finalmente se ha puesto de relieve que se trata de un proyecto de Convenio de interés para la evolución del Derecho privado europeo, pues abre perspectivas de futuro interesantes.

⁵⁷ La ausencia de estudios de Derecho comparado en materia de régimen económico matrimonial se paliará cuando la *Commission on European family Law* publique en el año 2012 sus Principios en materia de relaciones patrimoniales entre esposos. Sobre los trabajos de CEFL en esta materia cf. D. Martiny, “Europäisches Güterrecht? Die Arbeit der CEFL”, en V. Lipp, F. Schumann y B. Veit (eds.), *Die Zugewinnngemeinschaft—ein europäisches Modell*, 7. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2008, Göttingen, Göttinger Juristische Schriften, Band 7, 2009, pp. 39 ss.

(DES)CONFIANZA COMUNITARIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EL REGLAMENTO BRUSELAS II *BIS*: ALGUNAS CLAVES PARA EL DEBATE¹

Rocío CARO GÁNDARA

Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. Desconfianza popular, interestatal, institucional y principio de confianza comunitaria de primer y segundo grado. II. El reconocimiento mutuo llevado a sus últimas consecuencias: el asunto *Aguirre Zarraga*. III. Los asuntos *Purrucker* o de cómo se defrauda la confianza comunitaria. IV. La cooperación judicial como instrumento y expresión de confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia. V. Conclusiones.

RESUMEN: El Tribunal de Justicia en sus sentencias del año 2010 sobre la interpretación de los preceptos del Reglamento Bruselas II bis relativos a la custodia de menores, ha reforzado el principio de confianza comunitaria en los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros competentes para conocer sobre el fondo, señalando que el reconocimiento mutuo de sus resoluciones no presenta límites ni excepciones: ni siquiera los derivados de una posible vulneración de un derecho reconocido a los menores en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Pero también ha sentado una premisa: dicho principio presupone un alto grado de responsabilidad de los tribunales que conocen de los asuntos. Si dicha condición no se da, los órganos jurisdiccionales no gozarán de confianza y las medidas cautelares que adopten no se beneficiarán de los efectos derivados de la misma. Apoyar la formación del personal al servicio de las administraciones de justicia de los Estados miembros, junto con la aproximación de sus normas de procedimiento civil, contribuirá a crear el clima de confianza necesario para la consolidación de un auténtico espacio europeo justicia.

PALABRAS CLAVE: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – RESPONSABILIDAD PARENTAL – COOPERACIÓN DE AUTORIDADES – CONFIANZA RECÍPROCA – RECONOCIMIENTO MUTUO.

¹ En la sección jurisprudencia de este volumen del Anuario –*vid. infra*–, podrán encontrar las seis sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en el año 2010 que resuelven cuestiones prejudiciales en interpretación de los preceptos del Reglamento (CE) n° 2201/2003, en litigios sobre custodia de menores, que se citan en este trabajo.

SUMMARY: *The judgments handed down by the Court of Justice in 2010 relating to the interpretation to be given to the rules of the Brussels Regulation II bis concerning the custody of minors, have reinforced the principle of mutual trust as between the courts of the Member States exercising jurisdiction on the merits. The Court has indicated that no limits or exceptions are to apply to the mutual recognition of decisions, not even when this might result in a possible violation of a minor's rights under the Charter of Human Rights of the European Union. But the Court has also set down a premise: the principle of mutual trust presupposes the high degree of responsibility of the courts that hear the cases. If that condition is not satisfied, the judiciaries will not be trusted and their provisional measures will not produce their intended effect. Countenancing training for the personnel assigned to the administration of Justice in the different Member States, along with the harmonization of rules of Civil Procedure, will help foster that level of trust required for the consolidation of a genuine common European space for Justice.*

KEYWORDS: JURISDICTION— PARENTAL RESPONSIBILITY— CO-OPERATION— MUTUAL TRUST — MUTUAL RECOGNITION.

I. Desconfianza popular, interestatal, institucional y principio de confianza comunitaria de primer y segundo grado

“Existe una suposición en el imaginario popular...de que los tribunales de un país extranjero son menos justos que los del propio país, y que es más probable que favorezcan injustamente a sus propios nacionales”². Así comienza su análisis la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en sus conclusiones³, presentadas el 20 de mayo de 2010, en el as. C-256/09, conocido como *Purrucker I*⁴.

En los litigios que tienen por objeto la custodia de los menores, la desconfianza de los justiciables en los sistemas jurisdiccionales extranjeros constituye la causa principal de la sustracción internacional, precisamente para evitarla el Reglamento (CE) n° 2201/2003 “impone” un clima de confianza⁵.

La confianza mutua que impone el Reglamento Bruselas II *bis* (RB II *bis*) actúa a dos niveles. En el primer nivel, el de la competencia judicial internacional, funciona mediante un claro reparto competencial en favor de los tribunales de la residencia habitual del menor, que sólo cederá en supuestos excepcionales y en

² No es una apreciación nueva. *Vid.*, en la doctrina española, C. González Beilfuss, “Regulación comunitaria de la sustracción internacional de menores”, en L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga *et al.*, *La sustracción interparental de menores*, Madrid, Dickinson, 2005, pp. 77 ss, esp. p. 99.

³ Ap. 88.

⁴ Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania), DO C 220 de 12.9.2009, p. 23.

⁵ Considero que ese es el objetivo fundamental del sistema instaurado por el Reglamento, donde se equipara el interés del menor con la eficacia de la decisión sobre la custodia dictada por el tribunal competente para conocer sobre el fondo, especialmente cuando suponga un retorno al Estado de la residencia anterior al traslado ilícito; *vid.*, en este sentido, P. Jiménez Blanco, “Medidas cautelares y sustracción de menores”, *Diario La Ley*, n° 7601, Sección Tribuna, de 31 de marzo de 2011, parágrafo 12. Dicho objetivo no es nuevo y lo comparte, asimismo, con el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, *id.*, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 140.

atención al interés superior de éste⁶. En el segundo nivel, el de la eficacia extra-territorial de decisiones, actúa, en un primer grado, exigiendo el reconocimiento sin posibilidad de control ni de la competencia del tribunal de origen ni del fondo de su resolución, siempre que no se incurra en un mínimo de motivos de denegación del reconocimiento⁷. En este segundo nivel, y en un segundo grado, el Reglamento elimina toda posibilidad de control de la orden de restitución dictada y certificada por el tribunal de la residencia habitual del menor anterior al traslado ilícito, de conformidad con el art. 42 del Reglamento⁸.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el principio de reconocimiento mutuo expresa la transición de un sistema de reconocimiento de decisiones basado en la confianza mutua a un sistema de mutuo reconocimiento de una decisión certificada y sin control adicional alguno⁹. Pero para que este sistema funcione son necesarios dos presupuestos intrínsecamente unidos: confianza y equivalencia¹⁰.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha referido al principio de confianza recíproca entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en el sentido de que “sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, reconocidos en el ámbito de la Unión, en especial, en la Carta de los Derechos Fundamentales”¹¹.

Por su parte, el Considerando cuarto de la Directiva 2010/64/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales se expresa en unos términos perfectamente extrapolables a los procesos sobre custodia de menores, en particular, y a los procesos civiles, en general: “El reconocimiento mutuo de resoluciones (en materia penal) sólo 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 sólo confianza en la adecuación de las normas de los otros Estados miembros, sino también en que dichas normas se apliquen correctamente”¹².

⁶ Arts. 8, 10, 12 y 15 y cdo. 12 ss del Reglamento.

⁷ Cdo. 21 del Reglamento y ap. 40 STJ 1 de julio de 2010, as. C-211/10 PPU: *Povse* (DO C 234 de 28.9.2010, p. 16).

⁸ Cdo. 17 del Reglamento y ap. 46 STJ 22 de diciembre de 2010, as. C-491/10 PPU: *Aguirre Zarraga* (DO C 63 de 26.2.2011, p. 12).

⁹ M. Guzmán Zapater, “Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?”, *Diario La Ley*, nº 7479, Sección Doctrina, 30 de septiembre de 2010 y doctrina allí citada.

¹⁰ M. Guzmán Zapater, “Cooperación civil y Tratado de Lisboa...”, *loc. cit.*, ap. IV.

¹¹ Ap. 70 STJ 22 de diciembre de 2010, as. *Aguirre Zarraga*, *vid. supra*, nota 8.

¹² DO L 280 de 26.10.2010, p. 1. La entonces Iniciativa había sido citada por la Abogado General en sus conclusiones al asunto *Purrucker I*. Sus términos recuerdan el ap. 30 STJ 28 de septiembre de 2006, en el as. C-467/04: *Gasparini*, petición de decisión prejudicial presentada por la AP Málaga (*Rec.* p. I-

El Diccionario de la Real Academia Española define el sustantivo confianza, entre otras acepciones, como la “esperanza firme que se tiene de una persona o una cosa” y el verbo confiar, como “esperar con firmeza y seguridad” o “encargar o poner al cuidado de alguien algún negocio u otra cosa”. Por su parte, define el adjetivo mutuo como “lo que recíprocamente se hace entre dos o más personas, animales o cosas” y recíproco como “igual en la correspondencia de uno a otro”.

Sin embargo, en el Reglamento nº (CE) 2201/2003 la confianza se predica sólo del tribunal competente para conocer sobre el fondo¹³. De hecho, la doctrina ha llegado a denunciar no sólo que en el Reglamento el principio de confianza recíproca está escorado hacia los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor, sino que en el sistema instaurado por el mismo incluso se desconfía de las autoridades del Estado de la sustracción¹⁴, especialmente para adoptar una medida cautelar consistente en la atribución de la custodia a un progenitor, en virtud del artículo 20¹⁵.

Dicha confianza, que también ha recibido los calificativos de “ciega” o “resignada”¹⁶, parte, además, de un doble presupuesto o, si se prefiere, tiene una

9199): “La existencia de una confianza mutua de los Estados contratantes en sus respectivos sistemas de justicia penal y la aceptación por cada uno de los referidos Estados de la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados contratantes, aún cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente”.

¹³ El ap. 40 STJ 1 de julio de 2010, as. C-211/10 PPU: *Povse*, señala que el sistema establecido en el Reglamento se basa en el papel central que el mismo otorga al órgano jurisdiccional competente. Sobre ello volveremos en el apartado siguiente.

¹⁴ P. McEleavy, “Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition”, *Int'l Comp. L. Q.*, 2004, pp. 503 ss, esp. p. 510; 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 ss, esp. p. 602; en la doctrina española, *vid.* P. Jiménez Blanco, *Litigios sobre la custodia...*, *op. cit.*, p. 140; *ibid.*, “Medidas cautelares...”, *loc. cit.*, par. 19 de sus conclusiones; C. González Beilfuss, “Regulación comunitaria...”, *loc. cit.*, pp. 96 y 102-103; quienes reclaman —como expresión del principio de confianza recíproca— un equilibrio entre los tribunales de origen y los de la sustracción, frente a las rígidas soluciones que ofrece el Reglamento.

¹⁵ En la doctrina española, *vid.*, M. Requejo Isidro, “El artículo 20 del Reglamento 2201/2003 ante el TJCE”, *Diario La Ley*, nº 7479, 30 de septiembre de 2010, ap. V; E. Rodríguez Pineau, “Medidas provisionales en el Reglamento Bruselas II bis”, *Diario La Ley*, nº 7601, Sección Tribuna, 31 marzo de 2011; P. Jiménez Blanco, “Medidas cautelares...”, *loc. cit.*, esp. par. 4 y 19; R. Caro Gándara, nota a la sentencia de 23 de diciembre de 2009, as. C-403/09, *Detiček*, *AEDIPr*, t. IX, 2009, p. 1086 ss.

¹⁶ El término “confianza resignada” es utilizado por S. Álvarez González (“Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derecho del niño a ser oído”, *Diario La Ley*, nº 7578, Sección Tribuna, 28 de febrero de 2011, nota 8) para referirse a las consecuencias de la STJ 22 de diciembre de 2010, as. C-491/10 PPU: *Aguirre Zarraga*; más allá de la calificación de “confianza ciega” que atribuye a B. Hess, en sus consideraciones sobre el caso, realizadas 10 días antes de que se dictara la sentencia por el TJ, en *Conflict of Laws.net*, entrada del 12 de diciembre de 2010. Sobre la citada sentencia, *vid. infra*, ap. II. Voto de confianza a ciegas en que las autoridades de la residencia habitual del niño resolverán adecuadamente, al que también se ha referido C. González Beilfuss, “Regulación comunitaria...”, *loc. cit.*, p. 93.

doble contrapartida: impone un alto grado de responsabilidad al tribunal que acepta la competencia y requiere que existan unas salvaguardas procesales adecuadas en el Estado miembro de origen¹⁷. Como veremos a lo largo de este trabajo, ni uno(a) ni otro(a) se dan en todos los casos o, al menos, es una cuestión que dista de ser pacífica.

En orden inverso al enumerado, comenzaré abordando el segundo presupuesto mediante el análisis de un caso límite que nos ha ofrecido la jurisprudencia del TJ del año 2010, me refiero a la sentencia de 22 de diciembre de 2010, as. C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*¹⁸, para poner de manifiesto la fortaleza alcanzada por el principio de confianza comunitaria, aún a costa –para algunos– de los derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 47) y, más concretamente, del derecho del menor a ser oído (art. 24)¹⁹.

En segundo lugar, pondré de manifiesto cómo la jurisprudencia del TJ del año 2010, por otra parte, ha puesto un límite a dicha confianza, que no se deriva de una posible vulneración de los derechos fundamentales, sino del desconocimiento del sistema de competencias instaurado por el Reglamento, en el caso de la adopción de una medida cautelar consistente en la atribución de la custodia de unos menores. Me refiero a las SSTJ 15 de julio de 2010, as. C-256/09 y 9 de noviembre de 2010, as. C-296/10, conocidas como *Purrucker I* y *II*, respectivamente²⁰.

II. El reconocimiento mutuo llevado a sus últimas consecuencias: el asunto *Aguirre Zarraga*

La más clara expresión, hasta ahora, del principio de confianza comunitaria se contiene en la reciente STJ 22 de diciembre de 2010, as. C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*. En ella ha fallado que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro no puede oponerse a la ejecución de una orden de restitución certificada en el Estado de miembro de origen, por considerar que este último ha vulnerado el artículo 42 del Reglamento, interpretado conforme al art. 24.1º y 2º Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por cuanto la apreciación de la existencia de tal vulneración compete exclusivamente a él y no al órgano jurisdiccional del Estado de ejecución.

En la misma, el Tribunal de Justicia ha aclarado que el art. 42.2º va dirigido exclusivamente a señalar al tribunal del Estado miembro de origen en qué condiciones puede certificar su resolución, pero no permite al tribunal del Estado

¹⁷ Ap. 92 conclusiones de la Abogado General en el asunto *Purrucker I*.

¹⁸ *Vid. supra*, nota 8.

¹⁹ Proclamada el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364 de 18.12.2000), enmendada y proclamada por segunda vez el 13 de diciembre de 2007 (DO C 303 de 14.12.2007), en vigor junto con el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (DO C 306 de 17.12.2007), a partir del 1 de diciembre de 2009.

²⁰ DO C 246 de 11 de septiembre de 2010, p. 10 y DO C 13 de 15.1.2010, p. 15, respectivamente.

miembro de ejecución controlar si tales condiciones se han dado, pues ello pondría en peligro el sistema instaurado en el Reglamento²¹.

La explicación es clara y meridiana: el sistema establecido en el Reglamento se basa en el papel central reconocido al órgano jurisdiccional competente para conocer sobre el fondo²² que, en caso de sustracción o retención ilícita de un menor, se refuerza hasta alcanzar el grado máximo de confianza comunitaria, consistente en la eliminación del más mínimo control por parte de los tribunales del Estado miembro de ejecución²³.

Esta afirmación no tiene límites ni excepciones. Eso es lo que ha venido a decirnos la sentencia del TJ en el caso *Aguirre Zarraga*, máximo exponente, hasta ahora, del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales civiles: la parte que considere que en el procedimiento de origen se ha vulnerado un derecho fundamental consagrado en la Carta, concretamente el derecho del menor a ser oído (art. 24.1º) –en un Reglamento que pivota sobre el interés superior del menor–, sólo podrá denunciarlo ante el sistema jurisdiccional del Estado de origen. En el caso concreto, el español, donde el asunto estaba pendiente de apelación y donde la resolución que dictara la Audiencia Provincial quedaría sujeta, en todo caso, a un posible recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional²⁴.

En cualquier caso, aunque dicho lo anterior ya no resultaba necesario –y quizás porque no tenía más remedio que confiar en la decisión del órgano jurisdiccional de origen–, el TJ comenzó por mostrarse “comprensivo” –valga la expresión– con su actuación, considerando, en principio, que el art. 42.2º.a), interpretado a la luz del art. 24 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión europea, exige que se dé al menor posibilidad de audiencia y no que se le oiga efectivamente²⁵. Consideró, igualmente, que ese requisito fue respetado, pues el Juzgado de Primera Instancia emplazó a la menor a una audiencia personal a la que ni ella ni su madre acudieron. A partir de ahí, el TJ concretó este deber, exigiendo mayor diligencia de la que mostró el tribunal español.

Señaló el TJ que una vez que el tribunal de origen ha decidido oír al menor, el art. 42.2º del Reglamento, interpretado a la luz del art. 24.1º y 2º de la Carta –en función del interés del menor y de las circunstancias del caso–, exige que se adopten todas las medidas apropiadas que, respetando su eficacia, ofrezcan una posibilidad real y efectiva de expresarse, habida cuenta de los medios procesales nacionales y de los instrumentos de la cooperación judicial internacional²⁶. Lle-

²¹ Aps. 53 a 55 S 22 de diciembre de 2010.

²² *Id.*, ap. 46.

²³ Calificado también como “principio reforzado de confianza comunitaria”, *vid.* S. Álvarez González, “Desplazamiento ilícito de menores...”, *loc. cit.*, par. 3.

²⁴ S 22 de diciembre de 2010, ap. 72.

²⁵ *Id.*, aps. 62 ss.

²⁶ *Id.*, aps. 66 a 68.

gado a este punto y consciente quizás de que, al menos, podía resultar discutible que el tribunal español hubiera adoptado todas las medidas adecuadas²⁷, concluyó que, no obstante, corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen examinar la legalidad de tal resolución²⁸.

Fue mucho más allá en su comprensión, sin embargo, el Abogado General, llegando incluso a subsumir el requisito del ap. a) en el del ap. c) del art. 42.2º. Entendió que el tribunal español, al decidir finalmente la restitución de la menor, sí tuvo en cuenta las razones y las pruebas en las que se fundamentó la resolución de no restitución del tribunal alemán, incluyendo su rotunda negativa a volver con su padre²⁹, negativa que, según el Abogado General, debe tener en cuenta el órgano jurisdiccional de origen, pero no le vincula³⁰.

En la misma línea, aunque con menos trascendencia, y siguiendo su jurisprudencia anterior³¹, el TJ ha establecido, en la S 1 de julio de 2010, as. C-211/10 PPU, *Povse*³², que una modificación significativa de las circunstancias, en relación con el interés superior del menor, constituye una cuestión de fondo, que puede reabrir el proceso principal sobre la custodia y corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional competente para conocer sobre el fondo, también competente para apreciar el interés superior del menor³³. Lo que le lleva a interpretar el art. 47.2º de forma restrictiva, en el sentido de que sólo las resoluciones ejecutivas dictadas con posterioridad en el Estado miembro de origen podrán impedir la ejecución de una resolución certificada conforme a los arts. 41 y 42³⁴, pues considerar que pueda oponérsele una resolución dictada con posterioridad en el Estado miembro de ejecución supondría soslayar el mecanismo establecido en la sección 4ª del capítulo III del Reglamento y privaría de efecto útil al artículo 11.8 del mismo, que concede en último término al tribunal competente el derecho a decidir³⁵.

²⁷ Así lo consideró el órgano jurisdiccional alemán que interpuso la petición de decisión prejudicial (*id.*, ap. 35).

²⁸ *Id.*, ap. 69.

²⁹ Oída en el procedimiento de restitución conforme al Convenio de La Haya, seguido ante los tribunales alemanes.

³⁰ Aps. 90 a 93 opinión del Abogado General, Sr. Yves Bot, presentada el 7 de diciembre de 2010. Sobre la toma en consideración de la opinión de los menores en estos procedimientos, *vid.*, A. Goutennoire, "La parole de l'enfant enlevé", H. Fulchiron (dir.), *Les enlevements d'enfants à travers les frontières*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 349 ss; T. Papazissi, "La prise en compte de la parole de l'enfant", en H. Fulchiron (dir.), *Les enlevements...*, *op. cit.*, pp. 361 ss; M. Freeman & A. M. Hutchinson, "The Voice of the Child in International Child Abduction", *International Family Law*, 2007, pp. 177 ss.

³¹ Especialmente las SSTJ 11 de julio de 2008, as. C-195/08 PPU: *Rinau* (DO C 223 de 30.8.2008, p. 19) y 23 de diciembre de 2009, as. C-403/09 PPU: *Detiček* (DO C 63 de 13.3.2010, p. 16).

³² *Cit. supra*, nota 7.

³³ STJ 1 de julio de 2010, ap. 81.

³⁴ *Id.*, ap. 76.

³⁵ *Id.*, ap. 78 y fallo. *Vid.* N. Magallón Elósegui, nota, REDI-2010-20-Pr

La clave se encuentra, por tanto, en la referencia al “claro reparto competencial” entre los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen y del Estado miembro de ejecución, que descansa sobre la premisa de que dichos órganos jurisdiccionales respetan las obligaciones que el Reglamento les impone de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales³⁶. Es decir, y como ha señalado la doctrina, el TJ ni siquiera sucumbe en la confianza manifestada al tribunal de origen ante la acusación de que el mismo ha vulnerado un derecho consagrado en la Carta, porque parte del presupuesto de que todos los órganos jurisdiccionales –y los sistemas jurídicos– de los Estados miembros son iguales para tutelar los derechos fundamentales³⁷.

Sin embargo, esa afirmación no es pacífica y encuentra una importante oposición, especialmente en la doctrina alemana, no sólo en materias especialmente sensibles, como la orden de detención europea³⁸ y la protección de menores³⁹, sino también en el derecho civil patrimonial y concretamente en relación al título ejecutivo europeo⁴⁰, habiendo ocupado un lugar importante en los estudios previos y las consultas realizadas a los interesados, los Estados miembros, otras instituciones y expertos, sobre la introducción del reconocimiento mutuo en la reforma del RB I, en especial, por la distinta configuración que presenta el derecho a la tutela judicial efectiva en los diferentes Estados miembros⁴¹. De los estudios y consultas ha resultado que una amplia mayoría de los interesados se ha mostrado partidaria de que la supresión del *exequatur* fuera acompañada de

³⁶ STJ 22 de diciembre de 2010, *Aguirre Zarraga*, aps. 51 y 59 y STJ 1 de julio de 2010, *Povse*, aps. 73 y 81.

³⁷ *Vid.* S. Álvarez González, “Desplazamiento ilícito de menores...”, *loc. cit.*, par. 4; *ibid.*, nota, REDI–2010–24–Pr. En ese sentido STJ 5 de octubre de 2010, as. C– 400/10 PPU, *McB* (DO C 328 de 4.12. 2010, p. 10), ha declarado que el Reglamento, interpretado a la luz del art. 24.3º en relación con el art. 7 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no se opone a que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro conceda el derecho de custodia de un menor exclusivamente a la madre y supedita la adquisición de este derecho por el padre, no casado con la madre, a que obtenga una resolución del órgano jurisdiccional nacional competente que puede hacer ilícito, en el sentido del art. 2.11º Reglamento, el traslado o la no restitución de la menor por su madre; *vid.* I. Rodríguez–Uría Suárez, “Secuestro intracomunitario de menores: ilicitud del desplazamiento y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Comentario a la STJUE de 5 de octubre de 2010)”, *Diario La Ley*, nº 7538, Sección Tribuna, 30 de diciembre de 2010; *ibid.*, nota, REDI–2010–22–Pr.

³⁸ C. Gómez–Jara Díez, “Orden de detención europea y constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *Diario La Ley*, nº 6069, 26 de julio de 2004, p. 3.

³⁹ D. Coester–Waltjen, “Die Berücksichtigung der Kindesinteressen in der neuen EU–Verordnung Brüssel IIa”, *FamRZ*, 2005, pp. 241 ss.

⁴⁰ A. Stadler, “Das Euroäische Zivilprozeßrecht –Wie viel Beschleunigung verträgt Europa? Kritisches zur Verordnung über den Europäischen Vollstreckungstitel und ihrer Grundidee”, *IPrax*, 2004, pp. 2 ss; A. Stein, “Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen tritt in Kraft –Aufruf zu einer nüchternen Betrachtung”, *IPrax*, 2004, pp. 181 ss.

⁴¹ B. Hess, *Conflict of Laws.net*, entrada de 12 de diciembre de 2010; P. Schlosser, “The Abolition of Execuatur Proceedings Including Public Policy Review?”, *IPrax*, 2010, pp. 101 ss.

salvaguardas a fin de proteger los derechos de defensa de la parte contra la que se solicite la ejecución. Sin embargo, han surgido mayores discrepancias sobre el alcance de dichas salvaguardas y sobre el Estado miembro en que debían ofrecerse (de origen o de ejecución)⁴².

Por ello, finalmente, la Propuesta de Reglamento por la que se reforma el RB I incluye entre sus novedades⁴³, la supresión del *exequatur* (cdo. 23), acompañada de salvaguardas procesales que aseguren la debida protección del derecho del demandado a un juez imparcial y de sus derechos de defensa consagrados en el art. 47 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto, el demandado tendrá, en circunstancias excepcionales, conforme al texto de la Propuesta, tres posibilidades de evitar que una resolución dictada en un Estado miembro surta efectos en otro Estado miembro (cdo. 24): Primera, impugnar la resolución en origen, si no hubiera sido debidamente informado de la acción (art. 45). Segunda: impugnar en el Estado miembro de ejecución otras deficiencias procesales del procedimiento de origen que pudieran atentar contra su derecho a un juicio justo (art. 46). Tercera: solicitar la denegación de la ejecución de la resolución si esta fuera inconciliable con otra resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro de ejecución o, si se cumplen ciertas condiciones, en otro Estado miembro o en un Estado tercero (art. 43). En cualquier caso se suprime el control relativo al orden público sustantivo.

Tales salvaguardas dirigidas a preservar los derechos de defensa de la parte demandada no son nuevas, se contemplan en todos los instrumentos comunitarios que consagran el reconocimiento mutuo y constituyen la expresión de cierta armonización procesal de la que el RB II *bis* vienen a ser una excepción⁴⁴, precisamente en un instrumento en el que las audiencias y los derechos de defensa tienen un valor no sólo en sí mismos, sino también en la medida en que están destinados a preservar el derecho fundamental del menor a relacionarse con am-

⁴² Ap. 2 (Consulta y evaluación de impacto), de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas, COM (2010) 748. La Comisión tuvo en cuenta varios estudios, en especial, por lo que a esta cuestión respecta, un estudio de 2007 sobre la aplicación práctica del Reglamento, dirigido por el profesor B. Hess, de la Universidad de Heidelberg y disponible en http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.

⁴³ Ap. 3.1.1. de la Exposición de Motivos.

⁴⁴ *Id.* Reglamento (CE) n° 805/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO L 143 de 30.4.2004); Reglamento (CE) n° 896/2006, de 12.12.2006, por el que se crea un proceso monitorio europeo (DO L 330 de 12.12.2006); Reglamento (CE) n° 861/2007, de 11 de julio de 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (DO L 199 de 31.12.2007); Reglamento (CE) n° 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO L 7 de 10.1.2009). Situación puesta de manifiesto por M. Guzmán Zapater, “Cooperación civil y Tratado de Lisboa...”, *loc. cit.*, ap. IV (A).

bos progenitores, consagrado en el art. 24.3º Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

III. Los asuntos *Purrucker* o de cómo se defrauda la confianza comunitaria

Para poder valorar la actuación de los tribunales españoles y la respuesta dada por el TJ en ambos asuntos, resulta necesario destacar algunos de sus comunes antecedentes de hecho y de derecho. Una pareja no casada, compuesta por un español y una alemana residentes en España, tuvo dos hijos mellizos prematuros, a los que el hombre reconoció como hijos suyos, por lo que, según el Derecho español, padre y madre eran titulares de manera conjunta del derecho de custodia. Sin embargo, poco después la pareja se separó y la madre manifestó su deseo de volver a Alemania, llevándose a sus dos hijos, a lo que el padre se opuso en un primer momento, según consta en las sentencias del TJ⁴⁵. Unos días más tarde, los progenitores suscribieron un convenio en el que se acordaba, textualmente, que los hijos menores quedaran “bajo la custodia del padre y de la madre, sin perjuicio del derecho de visita del padre”, que podría ejercer libremente en el domicilio que fijara la madre, acordándose que ésta se trasladara con ellos a Alemania, lo que consintió expresamente el padre. Como la menor no pudo abandonar el hospital, la madre se marchó a Alemania unos días más tarde, sólo con el hermano mellizo y con otro hijo que tenía de una unión anterior. En el procedimiento principal las partes discreparon sobre si, como consecuencia de estas circunstancias, el padre seguía estando a favor de que la madre se llevara con ella al niño⁴⁶.

De hecho, en términos de las sentencias del TJ, “al no sentirse ya vinculado por el convenio suscrito ante notario⁴⁷”, el padre inició, 4 meses más tarde, un procedimiento de medidas provisionales en el que solicitaba se le atribuyera la custodia de sus dos hijos. El tribunal español resolvió mediante auto de 8 de noviembre de 2007, adoptando las medidas provisionales que atribuían la custodia de los menores al padre. El auto fundamentó la competencia del tribunal español para adoptarlas en los siguientes términos:

“... la demanda se apoya en el Convenio de La Haya de 1980... (arts. 1 y 2) así como Reglamento CE nº 2201/2003 y Acuerdo España-Alemania de 14 de noviembre de 1983 para la competencia de los tribunales españoles (art. 8)... a la vista de la legislación europea alegada y Convenios ratificados por España y Alemania, en materia de familia, custodia y alimentos de menores es perfectamente competente este Juzgado al haber estado residiendo los progenitores en España y ser aquí donde estaba el último domicilio familiar (art. 769.3 [de la Ley de Enjuiciamiento Civil] española; art. 1 Convenio de La Haya de 1980 –Juzgado competente el de residencia habitual del menor ya que consta el

⁴⁵ STJ 15 de julio de 2010, ap. 28 y STJ 9 de noviembre de 2010, ap. 14.

⁴⁶ *Id.*, ap. 15.

⁴⁷ STJ 15 de julio de 2010, ap. 3, y STJ 9 de noviembre de 2010, ap. 8.

empadronamiento en Colmenarejo...y que su residencia habitual estaba en España, hasta que se fue a Alemania el 2-02-07....A mayor abundamiento la parte demandante es [española], con residencia habitual en España...⁴⁸.

Anteriormente, según señaló el auto mencionado y reprodujo la STJ 15 de julio de 2010, el Ministerio Fiscal, en el acto de la vista oral, había fundamentado la competencia del tribunal español en las circunstancias siguientes: que el convenio regulador no había sido ratificado judicialmente, que era necesario adoptar medidas provisionales con carácter de urgencia, que el domicilio habitual del demandante estaba en España, que el convenio regulador había sido otorgado en España, que el menor había nacido en España, y finalmente, que le resultaba dudoso que el menor hubiera salido de forma regular de territorio español⁴⁹.

El TJ valoró de forma muy negativa los términos del auto del órgano jurisdiccional español, pues, según sus propias palabras, la mayor parte de los hechos mencionados por el Juzgado de Primera Instancia no se corresponden con criterios capaces de fundamentar una competencia en virtud de los arts. 8 a 14 Reglamento (CE) n° 2201/2003⁵⁰. A ello añadió que, del conjunto de estos elementos, resulta una gran incertidumbre en cuanto a si dicho juzgado reconoce la primacía del citado Reglamento sobre las otras disposiciones que menciona el auto⁵¹.

Esa valoración negativa tuvo dos consecuencias, contenidas respectivamente en cada una de las dos sentencias *Purrucker*. En la primera, el TJ resolvió que cuando

“la competencia sobre el fondo del asunto de un órgano jurisdiccional que ha adoptado medidas provisionales no se desprenda, sin duda alguna, de los datos de la resolución judicial adoptada, o cuando esta resolución judicial no incluya una motivación, desprovista de toda ambigüedad, acerca de la competencia de este órgano jurisdiccional sobre el fondo, por referencia a uno de los criterios de competencia contemplados en los arts. 8 a 14 de este Reglamento, cabe concluir que dicha resolución judicial no ha sido adoptada conforme a las reglas de competencia previstas por dicho Reglamento. No obstante, esta resolución judicial podrá ser examinada a la luz del art. 20 de este Reglamento”⁵².

Si bien concluyó que toda resolución judicial de la que no se desprenda que no ha sido adoptada por un órgano jurisdiccional competente sobre el fondo no está comprendida necesariamente en dicho artículo 20. Sólo lo estarán la que cumplan los requisitos establecidos en ella. Y, en todo caso, la medidas cautelares adoptadas por un órgano jurisdiccional incompetente para conocer sobre el fondo, en virtud del art. 20, no podrán beneficiarse del sistema de reconocimiento y ejecución previsto por el Reglamento⁵³. Hay que dar por descontado que

⁴⁸ STJ 15 de julio de 2010, aps. 35 y 36.

⁴⁹ *Id.*, ap. 36.

⁵⁰ *Id.*, ap. 66.

⁵¹ *Id.*, ap. 67.

⁵² *Id.*, ap. 76.

⁵³ *Id.*, ap. 83.

menos aún las que hayan sido dictadas por un tribunal incompetente y además no cumplan los requisitos del art. 20. En este sentido, al TJ le faltó decir que las medidas adoptadas por el tribunal español no cumplían tales requisitos, establecidos en su jurisprudencia –provisionalidad, urgencia y presencia de las personas y/o de los bienes–⁵⁴, pues ni siquiera la menor se encontraba en España. Sí lo señaló la Abogada General en sus Conclusiones en el asunto *Purrucker I*⁵⁵.

La solución dada por el TJ en el asunto *Purrucker I* ha sido exportada a la Propuesta de reforma del RB I, donde hasta ahora era desconocida⁵⁶. En efecto, la Propuesta prohíbe la circulación de medidas provisionales dictadas por un tribunal incompetente sobre el fondo, con el objetivo confesado de reducir así el riesgo de búsqueda abusiva del foro más favorable⁵⁷. Para ello establece una distinción entre medidas provisionales y cautelares adoptadas por tribunales competentes para conocer sobre el fondo (art. 35) y medidas provisionales o cautelares adoptadas por tribunales incompetentes (art. 36), atribuyendo efectos extraterritoriales sólo a las primeras (art. 2)⁵⁸.

La segunda consecuencia jurídica, la contenida en la sentencia *Purrucker II*, es la siguiente: según el TJ, en su fallo, lo dispuesto en el art. 19.2º del Reglamento, que regula la litispendencia, no es aplicable cuando a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sólo se le solicitan medidas provisionales, en el sentido del art. 20 del mismo Reglamento, y a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente para conocer sobre el fondo del asunto en virtud del Reglamento, se le presenta con posterioridad una demanda que tiene por objeto que se adopten las mismas medidas, sea con carácter provisional, sea con carácter definitivo. El hecho de que no se desprenda de ningún elemento de la

⁵⁴ Ap. 3 del fallo de la STJ 2 de abril de 2009, as. C-523/07: *A* (DO C 14, de 20.7.2009, p. 14) y aps. 39 y 40 STJ 23 de diciembre de 2009, C-403/09: *Detiček* (DO C 63 de 13.3.2010), p. 16. Ya en su día mostré mi disconformidad con la interpretación que hizo esta última sentencia del requisito de la presencia del menor y de ambos progenitores en el Estado cuyos tribunales adoptan las medidas; *vid.* mi nota a esta sentencia, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1086 ss, esp. p. 1089. Y no fui la única, *vid.* también en este sentido, M. Requejo Isidro, “El artículo 20...”, *loc. cit.*, ap. IV 4); E. Rodríguez Pineau, “Medidas provisionales...”, *loc. cit.* ap. V. 3. c); P. Jiménez Blanco, “Medidas cautelares...”, *loc. cit.*, parag. 17.

⁵⁵ Ap. 147 de las conclusiones presentadas el 20 de mayo de 2010, donde también se mostró disconforme con la interpretación que hizo la sentencia *Detiček* del requisito de la presencia.

⁵⁶ *Vid.* M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Pamplona, Thomson-Civitas, 2007, pp. 340 ss.

⁵⁷ Ap. 3.1.5 de la Exposición de Motivos y cdo. 25.

⁵⁸ La exclusión del efecto extraterritorial de las medidas cautelares del art. 20 RB II *bis* y su justificación se encuentran en el Informe Explicativo del Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial de 1998 (“Informe Borrás”, DO C221 de 16.7.1998, ap. 59). Sin embargo, parte de la doctrina y la propia Abogada General en sus conclusiones en el asunto *Purrucker I* (ap. 169 a 171) en principio, se habían mostrado en contra de limitar territorialmente tales efectos, *vid.* E. Rodríguez Pineau, “Medidas provisionales...”, *loc. cit.*, ap. III.2 y doctrina allí citada; *ibid.*, nota, REDI-2010-21-Pr.

demanda o de la resolución que el primer tribunal no sea competente, no excluye necesariamente que exista –si lo permite el derecho de ese Estado parte– una demanda sobre el fondo vinculada a la de medidas provisionales y que contengan datos que demuestren que sea competente conforme al Reglamento. Asimismo, considera que cuando, “a pesar de los esfuerzos realizados” por el segundo tribunal para recabar información del primero y de la autoridad central, el segundo juez no disponga de ningún dato que permita determinar el objeto y la causa de la demanda interpuesta en el primero y que demuestre su competencia, le compete al segundo, después de esperar respuesta durante un plazo razonable –en atención al interés superior del menor–, continuar el examen de la demanda⁵⁹.

Una solución parecida ha sido incorporada en la Propuesta de Reglamento por la que se reforma el RB I, donde, con el objetivo de mejorar la coordinación de los procedimientos entre los tribunales de los Estados miembros, fija un plazo de 6 meses en el cual el tribunal ante el que se hubiere interpuesto la primera demanda informará a instancia del tribunal ante el que se hubiere interpuesto la segunda, de la fecha en la que se interpuso y de si se hubiera declarado competente o, en caso contrario, del tiempo que estime necesario para hacerlo⁶⁰.

Para abordar la segunda consecuencia jurídica, la contenida en la sentencia *Purrucker II*, resulta necesario aportar algunos datos más. Según consta en la misma, en torno a enero de 2008, en una fecha no determinada, el padre interpuso una demanda sobre el fondo ante el mismo órgano jurisdiccional español que había adoptado la medida cautelar consistente en la atribución de la custodia de ambos menores al padre. Mediante auto de 28 de octubre de 2008, el órgano jurisdiccional español consideró que él era el órgano ante el que se había interpuesto la primera demanda, en el sentido del art. 19.3º del Reglamento. Señalando que ya había resuelto la cuestión de su competencia en el auto de 8 de noviembre de 2007, y que el 28 de junio de 2007 había admitido la demanda sobre medidas provisionales relativas a la guarda y custodia de los menores, mientras que la madre había interpuesto demanda sobre el fondo solicitando la guarda y custodia de los menores ante los tribunales alemanes con posterioridad, en septiembre de 2007.

En relación al requisito del carácter ejecutivo en el Estado de origen de la resolución, la madre alegó que el padre había interpuesto la demanda sobre el fondo fuera de plazo⁶¹ y el TJ recordó que en Derecho español, las medidas provi-

⁵⁹ Fallo de la STJ 9 de noviembre de 2010. Esta última parte constituye una respuesta procesal de importantes consecuencias, propuesta por el Abogado General, Sr. Nilo Jääskinen, en su opinión, presentada el 4 de octubre de 2010, en el asunto *Purrucker II*, cuyo objetivo es, según él mismo señaló, el de evitar una denegación de justicia, teniendo en cuenta el interés superior del menor en que el asunto se resuelva con rapidez (aps. 123 a 125).

⁶⁰ *Vid. supra*; ap. 3.1.5 de la Exposición de Motivos y art. 29.2

⁶¹ STJ 9 de noviembre de 2010, ap. 22.

sionales adoptadas con carácter previo a la demanda sobre el fondo sólo subsisten si la demanda principal se presenta dentro de los 30 días siguientes a la adopción de las medidas provisionales, en virtud del art. 771.5º LEC⁶². Sin embargo, hay que tener en cuenta que el plazo es de 30 días hábiles a contar a partir de la fecha de la notificación de la adopción de las medidas (arts. 103 y 104 Cc y 771.5º LEC en relación con el 133.1º LEC, aplicables a los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de los hijos menores, en virtud del art. 770.6ª LEC)⁶³.

En todo caso, el 28 de octubre de 2008 el tribunal español dictó auto en virtud del cual se consideró el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda, a efectos de los arts. 16 y 19.2, y competente para conocer del fondo del asunto. Además, mediante auto de 21 de enero de 2010, la Audiencia Provincial de Madrid, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la madre, confirmó dicho auto, considerando que, a efectos de aplicar el art. 16 del Reglamento, la primera demanda era la de medidas provisionales. Señaló, además, que la adopción de las medidas provisionales por el Juzgado de Primera Instancia no se hizo conforme al art. 20 del Reglamento, sino que su competencia estaba basada en su art. 19 (*sic*), lo que, por otra parte y, siempre según la AP, resulta “acorde con lo dispuesto en el art. 22, ap. 3 LOPJ”⁶⁴.

Queda por abordar la cuestión de si se puede considerar iniciado un procedimiento sobre el fondo con la interposición de la demanda de medidas provisionales previas, como las considera la LEC española⁶⁵. Como estableció la STJ 9 de noviembre de 2010, según el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial, españoles, se entiende que se ha presentado la demanda sobre el fondo ante un órgano jurisdiccional español, en el sentido de los arts. 16 y 19.2º del

⁶² STJ 9 de noviembre de 2010, ap. 21.

⁶³ *Vid.* R. Castillejo Manzanares, *Guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la LEC*, Madrid, La Ley, 2007, p. 131.

⁶⁴ STJ 9 de noviembre de 2010, aps. 23 y 24.

⁶⁵ Medidas que, según cierta doctrina procesalista española, producen como efecto el de anticipar el contenido de la resolución principal (*vid.* R. Castillejo Manzanares, *Guarda y custodia...*, *op. cit.*, pp. 116 y 192 y doctrina allí citada). En este sentido, en la doctrina internacional privatista española, *vid.*, E. Rodríguez Pineau, “Medidas provisionales...”, *loc. cit.*, ap. II; *id.*, “Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 en España”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 261 ss, esp. p. 274 y 275; *id.*, nota, REDI-2010-23-Pr; P. Jiménez Blanco, “Medidas cautelares...”, *loc. cit.*, parag. 11, aunque se mostraba en contra con anterioridad, *vid.* *Litigios sobre la custodia...*, *op. cit.*, p. 193, citando a F.J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw Hill, 1996, p. 83; sin embargo, considero que el régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional no se puede extrapolar al derecho de familia y más concretamente a la custodia cautelar. En este mismo sentido la Abogado General en el asunto *Purrucker I* entendió que el auto de medidas cautelares del tribunal español era, procesalmente, un paso previo a la adopción de una solución más definitiva en el procedimiento sobre el fondo, para el que, estaba segura, el órgano jurisdiccional español se consideraba competente (ap. 104).

Reglamento, al interponer una demanda de medidas provisionales, pues ambos procedimientos constituyen una unidad procesal⁶⁶.

La Sra. Purrucker, el Gobierno alemán y la Comisión Europea consideraron que no puede existir litispendencia entre un procedimiento sobre el fondo y uno de medidas provisionales, aún cuando este último pueda constituir una unidad procesal con la demanda sobre el fondo interpuesta en el plazo legalmente previsto. Concluyendo que cada procedimiento constituye una entidad autónoma y la litispendencia finaliza cuando se adopta una resolución⁶⁷. Sin embargo, la Comisión Europea añadió que se debe exceptuar el supuesto en que el Derecho nacional obligue al demandante a incoar un procedimiento de medidas provisionales antes de poder iniciar un procedimiento sobre el fondo⁶⁸. Desde mi punto de vista esta excepción debería extenderse a los supuestos en que el Derecho procesal del foro permita tal posibilidad, como es el caso español, pues en ambos supuestos las medidas cautelares cumplen la misma función y producen los mismos efectos. Además, si no fuera extensible, habría que aconsejar a los litigantes que sustituyan una práctica tan común en los procesos sobre custodia ante los tribunales españoles, como es la interposición de medidas provisionales previas del art. 771 LEC, por la inmediata interposición de la demanda sobre el fondo, solicitando la medida provisional de forma coetánea, en virtud del art. 773 LEC.

Por otro lado, la circunstancia de si cada procedimiento —el de medidas cautelares y el del fondo— ha de interpretarse una entidad autónoma o por el contrario ambos constituyen una unidad procesal, debe decidirla el órgano jurisdiccional que esté conociendo de ambos y habrá de decidirlo conforme a su derecho procesal interno. Cosa que habían hecho el Juzgado y la Audiencia Provincial, españoles, cuando señalaron que el procedimiento se entendía iniciado con la interposición de la demanda sobre medidas cautelares. El tribunal español se estaba refiriendo al procedimiento sobre el fondo del que consideraba que ya venía conociendo⁶⁹.

El TJ, en la búsqueda de un concepto autónomo de litispendencia del artículo 19 del Reglamento, afirmó que identidad de objeto y causa ha de definirse teniendo en cuenta el objetivo del artículo 19, de evitar resoluciones incompati-

⁶⁶ STJ 9 de noviembre de 2010, ap. 49.

⁶⁷ *Id.*, ap. 57.

⁶⁸ *Id.*, aps. 61 y 74.

⁶⁹ Como puso de manifiesto el Abogado General, Sr. Nilo Jääskinen, en la nota 70 de su opinión en el asunto *Purrucker II*, según información remitida por el tribunal alemán, en el Derecho alemán las medidas provisionales sólo están permitidas si se han presentado una demanda principal, mientras que el Derecho español permite una demanda de medidas provisionales, “aislada”. El término no es adecuado para referirse a la demanda de medidas provisionales consistente en la atribución de la custodia prevista en nuestra LEC, pues, de hecho, su eficacia se hace depender de la interposición de una demanda sobre el fondo en un plazo relativamente breve, *vid. supra*.

bles⁷⁰. En este sentido, señaló que el art. 20.2º del Reglamento establece que las medidas cautelares adoptadas en virtud del apartado anterior dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo haya adoptado las medidas que considere adecuadas⁷¹. De hecho, llegó a decir que, a este respecto, no se puede distinguir en virtud de la naturaleza de los procedimientos —de medidas cautelares o sobre el fondo— pues el Reglamento no distingue, ni en los arts. 16 y 19 (litispendencia) ni en los arts. 21 y 23 (reconocimiento). Incluso, llegó admitir que el recurso a uno u otro procedimiento puede venir determinado por las especificidades del Derecho procesal interno. Finalmente concluyó que lo único que importa, en definitiva, es saber si el demandante se dirigió al primer órgano jurisdiccional —español— por razón de su competencia para conocer del fondo del asunto en el sentido del Reglamento⁷².

Por tanto, el problema era exclusivamente de competencia judicial internacional y la clave del caso la encontraron los Abogados Generales, en sus Conclusiones y Opinión, respectivamente: todas las circunstancias contenidas en el auto de medidas cautelares dictado por el órgano jurisdiccional español parecen explicables mediante la hipótesis de que él mismo se consideró competente sobre el fondo, en relación a ambos menores mellizos y en ese proceso sobre el fondo hay que entender el auto de medidas cautelares, como lo contempla la LEC española⁷³.

Podemos concluir, entonces, que si el tribunal español se hubiera considerado competente en virtud de los arts. 8 a 14 del Reglamento, si tenemos en cuenta que el lugar de residencia de los menores era una cuestión controvertida, la respuesta a las dos sentencias *Purrucker* habría tenido que ser distinta: Primera, que la medida cautelar dictada por un tribunal competente para conocer sobre el fondo era reconocible en cualquier otro Estado miembro, en virtud de los arts. 21 ss del Reglamento, pues el art. 24 prohíbe el control de oficio de la competencia del juez de origen⁷⁴. Y segunda, que existía litispendencia entre el procedimiento iniciado ante el tribunal español y el iniciado ante el tribunal alemán⁷⁵, pues

⁷⁰ STJ 9 de noviembre de 2010, ap. 67. En relación a esta finalidad, *vid.*, entre otros, en la doctrina española, E. Cano Bazaga, *La litispendencia comunitaria*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 74 ss y R. Arenas García, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 156 ss.

⁷¹ STJ 9 de noviembre de 2010, aps. 71 ss.

⁷² *Id.*, aps. 73 a 75.

⁷³ *Vid. supra* mi referencia al proceso previsto en la LEC. Incluso la Abogado General, Sra. Eleanor Sharpston, hizo el esfuerzo de subsumir las circunstancias señaladas por el tribunal español en los arts. 10 y 12 del Reglamento (notas 43 y 58 y aps. 104, 140 y 146 de sus conclusiones). En cuanto a la opinión del Abogado General, Sr. Nilo Jääskinen, *vid.* aps. 115 a 122.

⁷⁴ Lo que recuerda el ap. 85 STJ 9 de noviembre de 2010 y el ap. 125 conclusiones de la Abogado General, en el asunto *Purrucker I*.

⁷⁵ STJ 9 de noviembre de 2010, ap. 77, *a sensu contrario*. Así ocurrió en la STJ 22 de diciembre de 2010, as. C-497/10 PPU: *Mercredi* (DO C 55 de 19.2.2011, p. 17). En un supuesto en el que se calificó el traslado a Francia de la menor lactante por la madre como lícito, porque el padre, no casado, no tenía atribuida la custodia, el TJ aceptó que el tribunal inglés se declarara competente en virtud del art. 8 del

corresponde al tribunal que conoce en primer lugar decidir si es competente⁷⁶ y la resolución que él dicte vincula al órgano jurisdiccional ante el que se presente la segunda demanda⁷⁷. Para ello, en este segundo caso habría bastado con que el tribunal español hubiera cooperado con el alemán respondiendo afirmativamente a las preguntas por él formuladas, en particular, sobre su competencia⁷⁸. Si dicha cooperación se hubiera producido en estos términos, a la parte que discutiera la competencia del órgano jurisdiccional español tan sólo le habría quedado la posibilidad de impugnarla en España, incluso con objeto de que sobre el aspecto controvertido de su competencia, éste hubiera interpuesto una cuestión prejudicial ante el TJ⁷⁹.

El sistema de confianza instaurado por el Reglamento parte, en definitiva, de un presupuesto: un alto grado de responsabilidad del tribunal que se declara competente, proporcionando una motivación explícita, exhaustiva y clara de su competencia⁸⁰. Justamente lo que el órgano jurisdiccional español no hizo en el asunto *Purrucker*. Defraudando así una confianza que si, en principio, se puede

Reglamento, ya que entendía que la menor no había perdido en la fecha de interposición de la demanda –dos días después de su salida del país– su residencia habitual en Inglaterra (ap. 30), a pesar de que constituía una cuestión controvertida la de la determinación del lugar de la residencia de una menor lactante, a efecto de determinar el tribunal competente. El TJ concluyó finalmente que en el supuesto de que la *High Court*, órgano remitente, se considerara competente en atención a la respuesta del TJ a la primera cuestión –la de la residencia–, existía litispendencia, en virtud del art. 19.2º del Reglamento entre el procedimiento de solicitud de la custodia iniciado por el padre ante la *High Court* de Inglaterra y Gales y el iniciado por la madre en Saint-Denis en el mismo sentido, por lo que éste último no podía pronunciarse (aps. 66 y 68 a 70 y fallo de la sentencia). Para un comentario a la misma, *vid.* S. Álvarez González, nota, REDI –2010– 25– Pr.

⁷⁶ Ap. 126 conclusiones de la Abogado General en el asunto *Purrucker I*, por aplicación de la jurisprudencia del TJ sobre el Convenio de Bruselas, que en este aspecto sí considera aplicable al RB II *bis*. Igualmente, ap. 127 opinión del Abogado General, en el asunto *Purrucker II*, remitiéndose al ap. 31 de las Conclusiones de la Abogado General, Sra. Juliane Kokott, presentadas el 12 de marzo de 2009, en el as. C–168/08, *Hadadi*, concretamente sobre el art. 19.1º RB II *bis*. En la doctrina española *vid.*, por todos, R. Arenas García, *El control de oficio...*, *op. cit.*, p. 165 y F.J. Garcimartín Alférez, “La litispendencia en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: dos conclusiones. Comentario a la STJCE 27 de junio de 1991”, *La Ley (Comunidades Europeas)*, nº 72, de 27 de febrero de 1992, pp. 1 ss, esp. p. 5.

⁷⁷ Ap. 103 y notas 52 y 53 opinión Abogado General, en el asunto *Purrucker II*, por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la litispendencia en el Convenio de Bruselas, concretamente las SS 9 de diciembre de 2003, as. C–116/02: *Gasser* (*Rec.* p. I–14693) y 27 de julio de 1991, as. C–351/89: *Overseas Union Insurance y otros* (*Rec.* p. I–3317), que también considera extrapolable al RB II *bis*.

⁷⁸ *Vid.* ap. 81 y 85 STJ 9 de noviembre de 2010. Como señalara la Abogado General en el ap. 144 de sus conclusiones en el asunto *Purrucker I*: “Dado que todo lo que se exige aquí es precisar la base sobre la que el tribunal de origen se consideró competente, la comunicación no debería ser demasiado ardua”.

⁷⁹ Ap. 127 conclusiones de la Abogado General en el asunto *Purrucker I*.

⁸⁰ Aps. 92, 128 y 184 conclusiones de la Abogado General en el asunto *Purrucker I*, donde concluye que sólo tal concienciación puede favorecer un auténtico clima de confianza mutua (ap. 128). En el mismo sentido *vid.* nota 67 de la opinión del Abogado General en el asunto *Purrucker II*.

calificar como inquebrantable –pues ni siquiera cede ante una posible vulneración de los derechos fundamentales del menor, interpretados en sentido estricto⁸¹–, se rompe si el tribunal que conoce del asunto adopta una medida provisional previa, en el contexto de un procedimiento sobre el fondo, para el que se considera competente pero no lo demuestra⁸².

IV. La cooperación judicial como instrumento y expresión de confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia

Se ha dicho que todo el Derecho internacional privado comunitario se construye en clave de cooperación, pues se integra en la política comunitaria denominada “cooperación en materia civil” que, junto con la penal, constituyen los pilares de la creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, como objetivo propio de la Unión Europea⁸³. En ese contexto, la eficacia internacional de decisiones se hace depender del establecimiento de mecanismos de colaboración basados en el principio de reciprocidad, que han de tener como finalidad última facilitar la vida del ciudadano de la Unión⁸⁴.

Dicha cooperación resulta clave, en los procedimientos sobre menores, no sólo para asegurar su retorno en caso de traslado o retención ilícita, sino también para que los mismos sean oídos en dichos procedimientos y para que conozcan los tribunales que se encuentren mejor situados, lo que posibilita en última instancia, la eficacia internacional de resoluciones, incluyendo la eliminación del exequátur en los casos previstos. Esa es la razón por la que el Reglamento (CE) nº 2201/2003 incluye un capítulo IV, dedicado a la cooperación internacional de autoridades, estableciendo un sistema de autoridades centrales a las que se les atribuye funciones tales como proporcionar información sobre las legislaciones y los procedimientos nacionales y adoptar medidas destinadas a mejorar la aplicación del Reglamento, reforzando la cooperación, entre otros medios, a través de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil⁸⁵.

⁸¹ *Vid. supra*, ap. II.

⁸² Como señaló la STJ de noviembre de 2010, ap. 79: la existencia de una resolución de medidas provisionales que no precise si el órgano jurisdiccional que ha adoptado tales medidas es competente para conocer del fondo, no puede constituir una prueba, en apoyo de una excepción de litispendencia, de la existencia de una demanda sobre el fondo.

⁸³ Art. 3.2 Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (DO C 83 de 30.3.2010). Sobre el mismo, *vid.* M. Guzmán Zapater, “Cooperación civil...”, *loc. cit.*, p. 1 y doctrina citada en nota 3.

⁸⁴ C. González Beilfuss, “La cooperación internacional de autoridades: articulación del Derecho internacional privado interno y convencional y el Derecho internacional privado comunitario”, en A. Borrás, *La cooperación internacional de autoridades: ámbitos de familia y del proceso civil*, Madrid, Iprolex, 2009, pp. 181 ss, esp. p. 182.

⁸⁵ Creada por la Decisión nº 2001/470/CE, de 28 de mayo de 2001 (DO L 174 de 27.6.2001, p. 25) y modificada por Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo 568/2009/CE, de 18 de junio de 2009

Por tanto, el segundo antídoto que ofrece en Reglamento contra la desconfianza de los justiciables en los sistemas jurisdiccionales extranjeros es un sistema de cooperación de autoridades que, sin embargo, no ha funcionado ni en el asunto *Aguirre Zarraga* ni en los asuntos *Purrucker I y II*.

En el asunto *Aguirre Zarraga* el órgano jurisdiccional español pudo haber utilizado los instrumentos de la cooperación judicial internacional, incluido el Magistrado de Enlace de la Red Judicial Europea, para dar a la menor una posibilidad real y efectiva de expresarse, según los términos de la sentencia de 22 de diciembre de 2010⁸⁶. En ese sentido resultan especialmente significativas las palabras del Abogado General, Sr. Yves Bot: “la característica principal que establece dicho Reglamento en caso de sustracción de un menor consiste en que el procedimiento ante el juez del Estado miembro de ejecución que condujo a una resolución de no restitución y el que se desarrolla ante el juez del Estado miembro de origen...no constituyen procedimientos aislados...Son los componentes complementarios de un único procedimiento, que atañe a la situación de un menor cuyos progenitores se disputan la custodia y en la que dos jueces de Estados miembros diferentes tienen, en virtud del Reglamento (CE) n° 2201/2003, el deber ineludible de trabajar juntos con el fin de alcanzar la mejor solución para salvaguardar el interés de ese menor⁸⁷”.

En los asuntos *Purrucker I y II* dicha cooperación habría podido desempeñar un papel importante en dos frentes. Por un lado, para activar el art. 15, cuya aplicación habría servido también para superar el escollo de la determinación de la residencia habitual del menor desplazado. Por otro, para determinar ante qué tribunales se había interpuesto la primera demanda, a efectos de los arts. 16 y 19 del Reglamento.

Por lo que al art. 15 del Reglamento se refiere, un hecho a tener especialmente en cuenta –y que sin embargo el Tribunal de Justicia soslayó en su sentencia– fue que la hermana melliza del menor tenía su residencia habitual en España,

(DO L 168 de 30.6.2009, p. 35) con objeto de ponerla a disposición de los ciudadanos. *Vid.* cdo. 25 y art. 54 del Reglamento. Respecto al papel esencial que desempeña la cooperación en el Reglamento, *vid.* entre otros, R. Espinosa Calabuig, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 181 ss; *id.*, “La responsabilidad parental y el nuevo Reglamento de “Bruselas II, bis”: entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2004, pp. 735 ss, esp. p. 781. A la cooperación como instrumento de confianza también se refiere la Abogado General, Sra. Eleanor Sharpston, en el ap. 31 de su opinión, presentada el 16 de junio de 2010, en el as. C-211/10 PPU, *Povse*.

⁸⁶ Ap. 68.

⁸⁷ Ap. 96. Recuerdan estos términos el proceso de codecisión del art. 17 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (*BOE*, 1-VIII-95); sobre el mismo, *vid.* A. Bucher, “La famille en droit international privé”, *R. des C.*, vol. 283, 2000, pp. 19 ss, esp. p. 156; M. Herranz Ballesteros, *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 196 ss.

circunstancia por la que, precisamente, se declararon incompetentes los tribunales alemanes para conocer de su custodia, solicitada por la madre. Si hubiera funcionado la comunicación entre los tribunales alemanes y españoles habría podido activarse este artículo, pues la decisión sobre la custodia de los mellizos habría debido adoptarse de forma conjunta por el mismo tribunal: aquél de los dos que se considerara mejor situado, habida cuenta de todas las circunstancias y, en particular, del interés superior de los menores⁸⁸.

Sin embargo, para que este artículo funcione han de darse dos presupuestos. En primer lugar, que el mismo órgano jurisdiccional que haya de autorizar dicha transferencia supere ciertos “prejuicios”, derivados, en muchas ocasiones, únicamente de las alegaciones y las pruebas que hubiera podido presentarle sólo uno de los progenitores; y esos prejuicios se superan mediante la comunicación y la cooperación⁸⁹. En segundo lugar, resulta necesario que los Estados miembros establezcan los cauces procesales internos adecuados para su aplicación⁹⁰.

Precisamente el art. 55 c) del Reglamento establece la obligación de las autoridades centrales de cooperar en asuntos concretos, adoptando todas las medidas adecuadas para facilitar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales, en especial para la aplicación de los arts. 11 (aps. 6 y 7) y 15.

Dicha comunicación no tuvo lugar, tampoco la intentada por los tribunales alemanes, requiriendo a los españoles información acerca de su competencia y del comienzo del procedimiento español, a efecto de determinar si existía litispendencia en el asunto *Purrucker II*. En efecto, en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2008 el tribunal alemán ante el que la madre interpuso demanda sobre el fondo, había intentado repetidas veces y por distintos medios, sobre todo a través del magistrado español de enlace de la Red Judicial Europea⁹¹, ponerse en contacto con el Juzgado de Primera Instancia español, sin embargo, éste no contestó, por lo que el 28 de octubre de 2008, el tribunal alemán adoptó una resolución en la que expuso las gestiones realizadas sin éxito. Dio la casualidad de que el mismo día, el órgano jurisdiccional español adoptó el auto citado *supra* en el que, haciendo referencia al escrito que le había enviado el órgano

⁸⁸ La Abogado General calificó como “omisión desafortunada” la ausencia de una regla especial de competencia en el Reglamento para asuntos como éste, que encontraría solución en el citado artículo (aps. 96 a 100 de sus conclusiones). A favor también de que hubiera funcionado en este caso el art. 15 *vid.* E. Rodríguez Pineau, nota, REDI-2010-23-Pr.

⁸⁹ Como señala con agudeza la Abogado General en el ap. 98 de sus conclusiones en el asunto *Purrucker I*.

⁹⁰ *Vid.* C. González Beilfuss, “La cooperación internacional de autoridades...”, *loc. cit.*, p. 189.

⁹¹ Respecto a los antecedentes, los objetivos y las funciones de los jueces de enlace y la Red Judicial Europea, *vid.* G. Garriga Suau, “La creciente potenciación de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil en la construcción del espacio judicial europeo” y C. Parra Rodríguez, “De la cooperación administrativa a la era de los formularios”, en A. Borrás, *La cooperación internacional de autoridades...*, *op. cit.*, respectivamente, pp. 237 ss. y pp. 232 a 234.

jurisdiccional alemán, señalaba que ya había resuelto su competencia en el auto de 8 de noviembre de 2007⁹², remitiéndose al contenido del mismo⁹³.

El órgano jurisdiccional español negó esa información al tribunal alemán, información que, sin embargo, proporcionó en el procedimiento del que venía conociendo en España, despreciando así un mecanismo que en este tipo de litigios tiene como objetivo evitar el riesgo de sentencias inconciliables en materia de custodia, que perjudicarían enormemente el interés superior de los menores. Todo ello pone de manifiesto un incumplimiento flagrante de su deber de cooperar. Un segundo incumplimiento de los tribunales españoles en el asunto *Purrucker*, junto al derivado de no fundar su competencia en el Derecho de la Unión⁹⁴.

En este sentido hay que recordar que el TJ ha declarado el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado incumplidor “cuando sus derechos resulten lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro”. El fundamento de dicha responsabilidad, como ha señalado el TJ, se encuentra en la función de garante de los derechos de los particulares consagrados en las normas comunitarias, que corresponde al poder judicial de los Estados miembros⁹⁵. A ello hay que añadir la posibilidad de que la Comisión Europea demande al Estado incumplidor, a través del recurso por incumplimiento, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que podrá imponerle sanciones pecuniarias o multas coercitivas⁹⁶.

En definitiva y por lo que aquí interesa, si es cierto que la cooperación puede ser una estrategia que afiance la confianza, los asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia durante el año 2010 en materia de custodia de menores, demuestran también que sin esta última difícilmente se da la primera. De hecho, en dicha confianza se viene sustentando la cooperación judicial en la UE, desde las Con-

⁹² *Vid. supra*.

⁹³ *Vid.* STJ 9 de noviembre de 2010, aps. 23 y 34 a 36 y aps. 30 y 40 a 42 de la opinión del Abogado General en el asunto *Purrucker II*.

⁹⁴ *Vid. supra*, ap. III. No es la primera ni la última vez que los tribunales españoles inaplican Derecho de la Unión. Recientemente el auto del TJ (Sala Quinta), de 15 de diciembre de 2010, as. C-352/10, ha declarado manifiestamente inadmisibile la petición de decisión prejudicial planteada por la AP de Oviedo, mediante A 22 de junio de 2010 (DO C 89 de 19.3.2011), porque no cumplía las exigencias del procedimiento previsto en el art. 267 TFUE (no definió el contexto fáctico de la petición de decisión prejudicial; no aportó suficiente información sobre el régimen jurídico español —es decir, la norma de transposición de la Directiva objeto de la cuestión prejudicial—; tampoco precisó las razones que le llevaron a interrogarse sobre la interpretación del Derecho de la Unión y a plantear la cuestión prejudicial, ni en qué medida, la respuesta del TJ resultaba necesaria para resolver el litigio principal). *Vid.* El blog del profesor Federico Garau Sobrino, *Conflictus Legum*, entrada del sábado 19 de marzo de 2011.

⁹⁵ STJ 30 de septiembre de 2003, as. C-224/01: *Köbler* (Rec. p. I-10239, ap. 33).

⁹⁶ Arts. 258 a 260 TFUE, como ha señalado el Abogado General, en el ap. 136 de su opinión, presentada el 7 de diciembre de 2010.

clusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999⁹⁷ y el “Proyecto de Medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”⁹⁸. Posteriormente pasó al “Programa de La Haya: Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea”⁹⁹, y se contempla en la actualidad en el “Programa de Estocolmo – una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”¹⁰⁰, y en la Comunicación de la Comisión, de 20 de abril de 2010, “Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos –Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo”¹⁰¹.

Así, el apartado 1.2.1. del Programa de Estocolmo señala que la confianza mutua entre autoridades y servicios de los diversos Estados miembros y los responsables de la toma de decisiones es la base para una cooperación eficaz en este ámbito. Asimismo, fija como uno de los principales retos para el futuro el de asegurar dicha confianza y encontrar nuevas maneras para aumentarla y para desarrollar la comprensión mutua entre los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

V. Conclusiones

La jurisprudencia del TJ del año 2010 en litigios sobre custodia del RB II *bis*, ha afianzado el principio de inquebrantable confianza en los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros competentes para conocer del fondo y en sus ordenamientos jurídicos, que en su grado máximo –el del reconocimiento mutuo– no conoce límites, ni siquiera los derivados de una interpretación estricta del respeto de los derechos fundamentales –como el derecho del menor a ser oído–. Correlativamente, ha aumentado la desconfianza hacia los tribunales de los Estados miembros incompetentes para conocer sobre el fondo, que pudieran adoptar medidas provisionales, acorralados en un art. 20 de eficacia reducida, en el que acaban de ingresar –por obra de la jurisprudencia *Purrucker*– aquellas medidas provisionales adoptadas por órganos jurisdiccionales de Estados miem-

⁹⁷ Consultar en http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

⁹⁸ DO C 12 de 15 de enero de 2001.

⁹⁹ Adoptado en el Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004, DO C 53 de 3.3.2005, ap. III. 3.2.

¹⁰⁰ DO C 115 de 4.5.2010, aps. 1.2.1 y 3.

¹⁰¹ COM(2010) 171 final. En la doctrina española, *vid.*, entre otros, M. Guzmán Zapater, “Cooperación civil y Tratado de Lisboa...”, *loc. cit.*, ap. IV; J.J. Álvarez Rubio, “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *REEL*, nº 15, 2008, ap. IV; G. Garriga Suau, “La creciente potenciación de la Red Judicial Europea...”, *loc. cit.*, pp. 240–243; A. Chicharro Lázaro, “El Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo: Los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil”, *REEL*, nº 20, 2010, ap. IV. 2. C y 3. A).

bros que incumplan su deber de aplicar y fundamentar su competencia en Derecho de la Unión.

Dicho incumplimiento, junto con el del deber de cooperar, son expresión de las dificultades y las desconfianzas a sortear aún, en el difícil camino hacia la creación de un espacio único de protección de los derechos y libertades fundamentales, y, dentro de éste, de un espacio judicial común, en el que la cooperación ha de cumplir una importante función de potenciación de la confianza comunitaria. Pero no puede existir cooperación eficaz sin confianza recíproca, y ésta no puede presumirse –y menos imponerse–, ha de generarse actuando en varios frentes. Por un lado, avanzando en la armonización, lo que incluye el fomento de la compatibilidad de las normas de procedimiento civil de los Estados miembros (art. 81.2.º.f TFUE), siempre que se preserve, en todo caso, la diversidad de sistemas y tradiciones jurídicas (art. 67.1º TFUE); por otro, habrá que seguir apoyando, como se viene haciendo desde la creación de la Red Judicial Europea, la formación de magistrados y personal al servicio de las distintas administraciones de justicia (art. 81.2.º.h TFUE), creando así las condiciones necesarias para que los sistemas jurídicos de los Estados miembros puedan llegar a considerarse realmente equivalentes.

LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Beatriz AÑOVEROS TERRADAS

Profesora titular de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho de ESADE

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto y tipología de los pactos en previsión de ruptura. III. La calificación de los pactos prematrimoniales a efectos de determinación de la norma de competencia judicial internacional y de la norma de conflicto. 1. Ideas generales. 2. Necesidad de una calificación autónoma: A) Pacto prematrimonial relativo a la compensación por trabajo para la casa; B) Pacto prematrimonial relativo a la pensión compensatoria. IV. Competencia judicial internacional. V. Determinación de la ley aplicable a los pactos prematrimoniales. VI. Consideraciones finales.

RESUMEN: Los importantes cambios sociológicos acaecidos en las últimas décadas en el ámbito del Derecho de familia, y especialmente el aumento sin precedente de los matrimonios mixtos, hace que cada vez se más frecuente la utilización, por parte de los futuros cónyuges, de los llamados pactos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial. A través de ellos los futuros cónyuges deciden anticipar, incluso antes de la celebración del matrimonio, las consecuencias fundamentalmente económicas de una posible ruptura. La disparidad normativa (tanto material como conflictual) existente en la materia conlleva una inseguridad jurídica que contrasta y colisiona con el carácter preventivo del pacto prematrimonial en previsión de ruptura. Los pactos prematrimoniales heterogéneos, ya sea por existir en ellos un elemento internacional o interregional, no tienen garantizada su eficacia. Por ello, es imprescindible una regulación adecuada por parte del Derecho internacional privado (tanto por lo que se refiere a la competencia judicial internacional como al Derecho aplicable) que asegure a los cónyuges la eficacia y validez de los pactos prematrimoniales por ellos celebrados y que a su vez permita respetar los límites a esa autonomía de la voluntad en aras a la consecución de determinados intereses dignos de protección.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO — DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMUNITARIO — DERECHO DE FAMILIA INTERNACIONAL — PACTOS PREMATRIMONIALES — EFECTOS ECONÓMICOS DE LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO.

SUMMARY: *The significant social developments occurred in Family Law, and especially the increase of the so called mobile marriages, have rise the use of the so called pre-nuptial agreements, even before marriage, in order to establish in advance the economic consequences of divorce. The laws of the different jurisdictions with regard to such agreements vary considerably from one state to the other. Such legal disparities (both substantive and conflicts) may jeopardise the preventive character of the*

prenuptial agreement and create legal uncertainty. For this reason, a suitable Community private international law legislation is needed (both in the field of jurisdiction and with regard to the applicable law to the agreement) in order for the spouses to have guaranteed the enforceability and validity of the prenuptial agreement.

KEYWORDS: PRIVATE INTERNATIONAL LAW – EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW – INTERNATIONAL FAMILY LAW – PRE – MARITAL AGREEMENTS – ECONOMIC CONSEQUENCES OF DIVORCE.

I. Introducción

El presente trabajo es la versión escrita de la comunicación que presenté en el seminario organizado por los Profesores Fernández Rozas y De Miguel Asensio y que llevaba por título “Tendencias en la evolución del Derecho internacional privado”. En el estudio que se propone se analiza la respuesta que da y, que en su caso debería dar, el Derecho internacional privado (y en particular, el Derecho internacional privado comunitario)¹ a una figura o institución, los llamados pactos prematrimoniales en previsión de ruptura, cada vez más frecuente en la práctica y que muestran claramente una tendencia, no solo del Derecho material sino también del Derecho internacional privado (DIPr), a ampliar el ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia². Constituye, además, la continuación de un trabajo anterior en el que se realiza una aproximación a esta institución desde el Derecho interregional español a raíz de la nueva regulación catalana de los pactos prematrimoniales en el Libro II del Código Civil de Cataluña (Cc Cat.)³.

Con la expresión pactos prematrimoniales o antenupciales en previsión de ruptura se hace referencia a los acuerdos celebrados entre los cónyuges, o futuros cónyuges donde se contemplan las consecuencias de una posible ruptura familiar por separación o divorcio, o incluso por disolución por muerte de cualquiera de ellos. Como ha expresado Roca Trías los pactos antenupciales “pueden equiparse a un seguro de daños: nadie quiere el daño, aunque el contrato de seguro viene a prevenir el desastre si ocurre”⁴. Es la idea de prevención o prospección lo que caracteriza fundamentalmente a este tipo de acuerdo y lo que los diferencia del convenio regulador⁵ y de los pactos meramente privados celebra-

¹ No se analiza el Derecho convencional.

² Sobre el papel de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia *vid.* E. Jayme, “Party Autonomy in International and Succession law: New Tendencies”, *Yearb. Private Int’l L.*, vol. 11, 2009, pp. 1–10; T. Marzal, “The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 6, 1, 2010, pp. 155–193; E. Roca Trías, “Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis”, *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 2, 2006, pp. 2107–2140.

³ LLei 27/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, *DOGC*, n° 5686, de 2 de agosto de 2010, pp. 61162–61260.

⁴ E. Roca Trías, Prólogo a C. Martínez Escribano, *Pactos prematrimoniales*, Madrid, Tecnos, 2011, p. 12.

⁵ Previsto en el art. 90, 91 y 97 Cc.

dos entre esposos una vez ha surgido la crisis, ampliamente aceptados por doctrina y jurisprudencia⁶, aún cuando no pasen por el proceso de homologación judicial o hayan sido ratificados por uno de los cónyuges en el procedimiento de separación o divorcio⁷. En aras a su autonomía de la voluntad, los cónyuges deciden anticipar, incluso antes de la celebración del matrimonio, las consecuencias de una posible ruptura. Autonomía que deriva del principio de igualdad efectiva entre cónyuges gracias fundamentalmente a la progresiva incorporación de la mujer al mercado laboral y el fomento de esta tendencia por parte del Derecho⁸.

Los pactos prematrimoniales necesitan de una regulación adecuada que dote a los futuros cónyuges de un instrumento que realmente les permita prevenir las consecuencias económicas de una eventual crisis. No obstante, la respuesta, tanto material como conflictual, de los distintos ordenamientos difiere enormemente, existiendo países que los regulan y aceptan sin problema, países que no los contemplan expresamente pero que los admite jurisprudencialmente, así como ordenamientos que los prohíben. Por ejemplo, en Estados Unidos son ampliamente conocidos y utilizados, especialmente (aunque no sólo por ellos) por ricos y famosos con la intención de preservar sus importantes activos patrimoniales⁹. Si bien, tradicionalmente, los Tribunales americanos habían rehusado dar eficacia a los pactos prenupciales por considerar que estos acuerdos estimulaban el divorcio¹⁰, ya en 1972 un Tribunal decía “*Public policy is not violated by permitting (...) persons (...) to anticipate the possibility of divorce and to establish their rights by contract in such an event as long as the contract is entered with full knowledge and without fraud, duress or coercion*”¹¹. Hoy, esta es la visión general¹². En Europa, aunque la situación es muy distinta pues hasta hace relativamente poco eran una rareza, los importantes cambios sociológicos acaecidos en el ámbito del Derecho familia podrían pronosticar una evolución similar. Cambios sociológicos producidos principalmente por la descausalización del divorcio y por la aparición de nuevos modelos familiares como las denominadas familias reconstituidas (esto es, familias formadas por un progenitor, su cónyuge o pareja, los hijos de al menos uno de ellos y si hay los hijos comunes) en las que alguno de los cónyuges debe

⁶ E. Roca Trias, “Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis”, *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 2107–2140.

⁷ M^aP. García Rubio, “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de Familia”, *Nuevos retos de Derecho de familia, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho catalán en Tossa de Mar*, Girona, Documenta universitària/ Universidad de Girona, 2004, pp. 95–121.

⁸ C. Martínez Escribano, *Pactos prematrimoniales*, op. cit., p. 16.

⁹ Sobre los pactos prematrimoniales en el sistema americano, vid. Mark Ellman, “Marital Agreements and Private Autonomy in the United States”, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1514062>.

¹⁰ A. Parkman, *Good Intention Gone Awry. No-Fault Divorce and the American Family*, Rowman & Boston Littlefield Publishers, 2000, p. 121.

¹¹ *Volid v. Volid*, 286 N.E.2d 42, 46–47 (111. App. 1972).

¹² I. Mark Ellman, “Marital Agreements and Private Autonomy in the United States”, loc. cit., p. 10.

hacer frente a determinadas pensiones originadas en un matrimonio anterior. Asimismo, la necesidad de que el patrimonio empresarial no se vea afectado por una crisis matrimonial, ha aumentado el interés por la utilización de pactos prematrimoniales en el ámbito de la empresa familiar. Finalmente, en esta evolución, también ha influido la creciente movilidad de las personas y el consecuente aumento de matrimonios mixtos o que presentan un elemento internacional¹³, pues dichos acuerdos otorgan seguridad jurídica y previsibilidad, en aras a una mejor planificación de la convivencia y al modo de concebir las relaciones conyugales¹⁴. En el Reino Unido, por ejemplo, país totalmente reacio a estos pactos, la famosa sentencia del Tribunal Supremo británico en el asunto *Radmacher v Granatino*¹⁵, ha propiciado un proyecto de reforma para darles validez y eficacia¹⁶. En países como Alemania, por ejemplo, los admiten desde hace tiempo sin problemas¹⁷.

En España, no hay una única regulación. El Derecho común no prevé una normativa al efecto (de hecho ni siquiera los menciona)¹⁸ aunque es mucha la

¹³ Como indica A. Borrás, ya en el *Flash Eurobarometer* de octubre de 2006 el punto de partida era “que la UE da posibilidades de movilidad sin precedente, lo que tiene como consecuencia familias formadas por personas de diferentes Estados o de un mismo Estado residiendo otro”. Como consecuencia los ciudadanos europeos “se preocupan por el Derecho internacional privado (obviamente, sin saber su nombre)”, A. Borrás. “La expansión comunitaria: penetración en el ámbito del Derecho de familia y sucesiones”, en S. Álvarez González (ed.) *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, Univ. Santiago de Compostela, 2009, pp. 65–90, esp. p. 65.

¹⁴ En el informe presentado por E. Hitchings sobre la visión de los abogados expertos en Derecho de familia queda claro que un número muy elevado de supuestos e los que los futuros cónyuges deciden celebrar pactos prematrimoniales de debe a la existencia de un elemento internacional en su relación. Vid. Law Commission Report, “A Study of the Views and Approaches of Family Practitioners Concerning Marital Property Agreements”, <http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/hitchings-report.pdf>.

¹⁵ *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42.

¹⁶ Sobre el proyecto inglés pueden consultarse los siguientes documentos en <http://www.justice.gov.uk/lawcommission>: The Law Comisión Consultation Paper n° 198; Marital Property Agreements Executive Summary. Vid. también, N. Lowe, “Pre-nuptial agreements: the English position, text of the address prepared for the International Society of Family Law’s Colloquium on Family Law delivered on 11 October 2007 in Toledo, Spain”, *In Dret*, 1/2008 http://www.indret.com/pdf/508_en.pdf; A. Sanders, “Private Autonomy and Marital Property Agreements”, *Int’l Comp. L.Q.*, vol 59, 2010, pp. 571–603.

¹⁷ Existe un proyecto de investigación liderado por Jens Scherper, y cuyos resultados serán próximamente publicados en un libro titulado *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*. También en el ámbito de la *Comisión on European Family Law*, se han desarrollado estudios sobre las relaciones patrimoniales entre esposos por un lado, y sobre divorcio y alimentos entre esposos, por otro. Sobre la base de informes nacionales en estas materias el objeto es elaborar unos Principios de Derecho de Familia Europeo. En materia de divorcio y obligaciones alimenticias entre esposos éstos han sido ya publicados en K. Boele-Woelki, W. Pintens, F. Ferrand, C. González-Beilfuss, M. Jänterä-J., N. Lowe y D. Martiny (eds.), *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses. European Family Law*, 2004. También puede encontrarse una recopilación de los informes nacionales en ambas materias en: K. Boele-Woelki, B. Braat e I. Summer (eds.), *European Family Law in Action*, vol. I, II, III y IV (2003–2009), Amberes, Intersentia, 2009.

¹⁸ Sí hay otras normas, de carácter más general, que inciden en la materia y que se considera constituyen los parámetros para su validez. En particular, se suele recurrir a las normas generales en el ámbito

doctrina que los defiende y la jurisprudencia que los admite¹⁹. En Cataluña, recientemente el Libro II del Cc Cat ha desarrollado su regulación (previamente art. 15 CF) estableciendo por primera vez los requisitos formales y sustantivos para su validez y eficacia. También la ley Valenciana y la Aragonesa de régimen económico matrimonial contienen alguna regulación al respecto²⁰.

Esta disparidad normativa conlleva una inseguridad jurídica que contrasta y colisiona con el carácter preventivo del pacto prematrimonial en previsión de ruptura. Los pactos prematrimoniales heterogéneos, ya sea por existir en ellos un elemento internacional o interregional, no tienen garantizada su eficacia. Por ello, es imprescindible una regulación adecuada por parte del DIPr (tanto por lo que se refiere a la competencia judicial internacional como al Derecho aplicable) que asegure a los cónyuges la eficacia y validez de los pactos prematrimoniales por ellos celebrados y que a su vez permita respetar los límites a esa autonomía de la voluntad en aras a la consecución de determinados intereses dignos de protección. En este sentido, el presente trabajo pretende llevar a cabo un análisis de la regulación existente, centrándonos principalmente en la regulación conflic-

contractual y en concreto al art. 1255 Cc como límite a la autonomía de la voluntad, Asimismo y en la medida en que afectan a las relaciones entre cónyuges son de aplicación el art. 1323 y 1325 Cc. Sobre estas normas y su aplicación a los pactos prematrimoniales vid. C. Martínez Escribano, *Pactos prematrimoniales*, Madrid, Tecnos, 2011, p. 87.

¹⁹ C. Martínez Escribano, “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad”, en C. Guilarte Martín-Calero (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Madrid, Lex Nova, 2009, pp. 101–11; M^a P. García Rubio, “Los pactos prematrimoniales de renuncia”, *loc. cit.*, pp. 1653–1674; *id.*, “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de Familia”, *Nuevos retos de Derecho de familia*, *loc. cit.*, pp. 95–121; J.P. González del Pozo, “Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)”, *Boletín de Derecho de familia*, n^o 81, julio, 2008, p. 1–5; *id.*, “Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)”, *Boletín de Derecho de familia*, n^o 82, julio de 2008, pp. 1–10; J. Egea Fernández, “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, *Libro Homenaje al profesor Luís Díez Picazo*, t. 3, Madrid, Civitas, 2002, pp. 4451.4574; L. Zarraluqui, “Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal”, *Economist & Jurist*, Marzo 2008, 2008, pp. 18–30; A.L. Rebolledo Varela, “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)”, *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. I, Cizur Menor, Thomson Civitas, pp. 735–755; C. Pinto Andrade, *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Barcelona, Bosch, 2010.

²⁰ El art. 25 Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico del matrimonio incluye dentro del contenido de la carta de nupcias o capitulaciones “cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que los que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio”. La ley aragonesa de Régimen Económico matrimonial y Viudedad apunta la posibilidad de que los capítulos otorgados con anterioridad al matrimonio pueda producir efectos a partir de un momento posterior a la celebración del mismo (podríamos entender incluido el momento en que se produzca la crisis). C. Martínez Escribano, *Pactos prematrimoniales*, *op. cit.*, p. 86.

tual, aunque sin dejar de mencionar la importancia que en este ámbito revisten igualmente las normas de competencia judicial internacional.

II. Concepto y tipología de los pactos en previsión de ruptura

Para lograr una regulación conflictual adecuada a los objetivos preventivos de estos pactos en previsión de ruptura matrimonial es imprescindible establecer los rasgos característicos esenciales, lo cuál es especialmente complejo si no partimos de la regulación de un concreto ordenamiento jurídico²¹. Es precisamente la heterogeneidad y diversidad normativa existente en relación a este tipo de pacto, lo que dificulta enormemente la construcción de un concepto único que englobe los diferentes pactos prematrimoniales.

La tipología de pactos en previsión de ruptura matrimonial es muy variada tanto por lo que se refiere al momento en el que se celebran como por el contenido del pacto. En este sentido, dependiendo del momento en que se otorguen podemos hablar de dos tipos de pactos en previsión de ruptura: los pactos otorgados antes de la celebración del matrimonio y los otorgados después de la celebración matrimonial. Dentro de esta última categoría podemos distinguir entre los pactos otorgados antes de sobrevenir la crisis matrimonial²² o después de ésta. Y dentro de estos últimos podemos diferenciar según esté o no judicializada la crisis²³. Sólo en el caso de los primeros estamos ante pactos realmente preventivos, pues si los mismos se celebran existiendo ya el matrimonio pero antes de surgir la crisis, su validez puede ser más discutida en la medida en que la fecha

²¹ Sobre esta dificultad en el ámbito de los pactos sucesorios *vid.* A Font i Segura, “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, *InDret*, 2/2009, pp. 1–28, 6.

²² Algunos ordenamientos, como el sueco y el holandés, prevén la posibilidad de que los cónyuges celebren lo que denominan un “pre-acuerdo” en los supuestos en los que la separación o el divorcio es inminente (Ch. 9§13 del Código Matrimonial Sueco) y que, según el Informe nacional sueco realizado por los Prof. Maarit Jänterä-Jareborg, Margareta Brattström and Kajsa Walleng, para el estudio realizado por la *Comisión on European Family Law* (CEFL) en el ámbito de la relaciones patrimoniales entre esposos, puede definirse como “*an agreement to make an agreement in a close future with a certain content. In their pre-agreement the spouses can, e.g., agree that certain assets shall be allocated to one of them at the future division of property, how a deduction of a debt shall then be made or how the assets should be valued.*”⁷⁹ *If a spouse after the divorce proceedings have been commenced refuses to confirm this agreement, the other spouse can request the court to appoint a property division executor. The property division executor shall follow the pre-agreement, on condition that he or she finds it to be valid and reasonable*”, <http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Sweden.pdf>. *Vid.* asimismo el informe holandés realizado por los profesores Katharina Boele-Woelki, Fred Schonewille and Dr. Wendy Schrama en <http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Netherlands.pdf>.

²³ Por ejemplo, el ordenamiento suizo no contempla explícitamente este tipo de pactos denominados *planification du divorce* o *conventions anticipées de divorce*. No obstante, parece que tanto la doctrina como el Tribunal Federal están a favor de su admisión, sujeta siempre a ratificación del juez en el proceso de divorcio. Además sólo se plantean la eficacia de este tipo de acuerdos sobre las consecuencias patrimoniales del divorcio.

de la crisis sea próxima, pues podría ser el resultado de las maquinaciones de uno de los cónyuges que tiene pensado instar la separación o el divorcio y que no quiere verse perjudicado²⁴. Otra de las clasificaciones importantes depende del contenido pues pueden referirse a aspectos patrimoniales y personales en relación con los cónyuges, con los hijos o incluso con otros familiares²⁵. En la presente comunicación me centraré en los acuerdos o pactos antenuupciales otorgados por los futuros cónyuges antes de la celebración del matrimonio y cuyo contenido se refiere a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en contemplación de una posible ruptura matrimonial y que se centra en las medidas reguladoras de la eventual separación o el divorcio y la liquidación del régimen económico matrimonial²⁶. En concreto hay dos tipos de pacto que se dan con bastante frecuencia: uno, relacionado con la liquidación del régimen económico matrimonial, y en concreto con el régimen de separación absoluto²⁷. Me refiero al pacto sobre la compensación económica por el trabajo para la casa²⁸; el otro

²⁴ C. Martínez Escribano, *Pactos prematrimoniales*, op. cit., p. 78.

²⁵ En EE UU, por ejemplo, la Sección 2 del *Uniform Premarital Agreement Act* prevé que “(a) *Parties to a premarital agreement may contract with respect to: (1) the rights and obligations of each of the parties in any of the property of either or both of them whenever and wherever acquired or located; (2) the right to buy, sell, use, transfer, exchange, abandon, lease, consume, expend, assign, create a security interest in, mortgage, encumber, dispose of, or otherwise manage and control property; (3) the disposition of property upon separation, marital dissolution, death, or the occurrence or nonoccurrence of any other event; (4) the modification or elimination of spousal support; (5) the making of a will, trust, or other arrangement to carry out the provisions of the agreement; (6) the ownership rights in and disposition of the death benefit from a life insurance policy; (7) the choice of law governing the construction of the agreement; and (8) any other matter, including their personal rights and obligations, not in violation of public policy or a statute imposing a criminal penalty. (b) The right of a child to support may not be adversely affected by a premarital agreement*”. Sobre esta disposición y los diferentes pactos, vid. I. Mark Ellman, “Marital Agreements and Private Autonomy in the United States”, <http://ssrn.com/abstract=1514062>. El *Uniform Premarital Agreement Act* (UPAA) puede consultarse en <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/upaa83.htm>. Fue aprobado en 1983. Vid. asimismo los American Law Institute (ALI), *Principles of the Law of Family Dissolution*, aprobados en mayo de 2000 y que pretenden ser una guía tanto para el legislador como para los tribunales. En Derecho catalán, el Cc Cat. regula también los pactos respecto del régimen y ejercicio de la guarda de los hijos menores (art. 233–5.3 y 233–11.f) y respecto la atribución del uso de la vivienda familiar (233–21.4).

²⁶ C. Martínez Escribano, *Pactos prematrimoniales*, op. cit., p. 89.

²⁷ También podríamos imaginarnos, como afirma M^a P. García Rubio, “un pacto por el que los esposos o futuros esposos cuyo régimen económico es el de gananciales renuncian a participar en determinadas ganancias del otro, derivadas, por ejemplo, de una concreta actividad”, cf. “Los pactos prematrimoniales de renuncia”, loc. cit., pp. 1653–1674; id., “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de Familia”, loc. cit., p. 114. Nosotros, nos limitaremos a los dos señalados en el texto.

²⁸ Respecto del pacto antenuupcial sobre la compensación económica por trabajo (232–5.4 y 232–7 Cc Cat.) está expresamente regulado en el art. 232–7 Cc Cat. Se prevé su posible incremento, reducción e incluso exclusión o renuncia. Según el Cc Cat, en el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa (o para el otro cónyuge sin retribución), tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre que en el momento de la extinción de régimen por separación,

relativo a la pensión compensatoria o similar²⁹. En ambos casos los pactos prematrimoniales pueden ser limitativos (en el sentido de establecer cantidades o modulaciones) o de renuncia.

Sin poder entrar en cada uno de ellos, sí es común en las distintas regulaciones establecer requisitos de forma: se suele exigir forma *ad solemnitatem*, aunque se pueden adoptar o bien en capítulos matrimoniales o en escritura no capitular³⁰. En el caso de ser prematrimoniales deben celebrarse antes de (un tiempo determinado) los 30 días anteriores a la celebración del matrimonio³¹. También es muy común el reforzar la exigencia de requisitos en la formación del acuerdo con el objetivo de asegurar la integridad del consentimiento. Así se establece que el notario, antes de autorizar la escritura ha de informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que se pretenden introducir respecto del régimen legal supletorio y debe advertirles del deber recíproco de proporcionar información sobre su patrimonio, ingresos, etc³². La doctrina habla de forma informativa³³, esto es, la forma actúa como el medio imperativo para que los estipulantes puedan tener la información adecuada y neutral del notario así evitar posibles vicios de la voluntad. Se impone la carga de la prueba de que el otro cónyuge disponía de información suficiente a quien pretenda la eficacia del pacto³⁴. En cuanto a los pactos de exclusión o limitación de derechos se establece que éstos han de tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia³⁵.

Finalmente, se suele establecer una limitación importante pues aquellos pactos, que llegado el momento sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges no son eficaces si se acredita que han sobrevenido circunstancias relevan-

divorcio, nulidad o muerte, el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior. Se trata de un presupuesto. No parece que haya limitación respecto a su modulación, determinación e incluso renuncia.

²⁹ El art. 233-16 Cc Cat. prevé propiamente el pacto sobre la pensión compensatoria en previsión de ruptura. Según este precepto los cónyuges pueden pactar sobre la modalidad, la cuantía, la duración y la extinción de la prestación siempre y cuando no comprometan la posibilidad de atender las necesidades básicas del cónyuge acreedor. Como se ha señalado “dado que cuando se pacta no puede preverse con certeza absoluta si quedarán o no comprometidas dichas necesidades básicas, pues también influye el propio patrimonio e ingresos de acreedor, parece que *ab initio* debe admitirse el pacto de exclusión absoluta, si bien en el momento de producirse la ruptura el pacto puede requerir de su incorporación al convenio regulador–y consiguiente homologación judicial–para su plena eficacia”, A. Serrano, “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el código civil de Catalunya” (cortesía del autor).

³⁰ En Derecho americano el § 7-04 de los Principios ALI es especialmente riguroso en los temas de formación del acuerdo. En Derecho catalán, el Cc Cat. en su art. 231.20 prevé que estos pactos se puedan otorgar bien en capítulos matrimoniales o en escritura no capitular.

³¹ Art. 231.20 Cc Cat.

³² Art. 231.20.2 Cc Cat.

³³ A. Serrano, “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el código civil de Catalunya” (cortesía del autor).

³⁴ Art. 231.20.4 Cc Cat.

³⁵ Art. 231.20.3 Cc Cat.

tes que no se previeron ni se podían razonablemente prever en el momento en que se otorgaron³⁶.

Vemos por tanto, que se plantean tanto cuestiones de forma, de formación de la voluntad como de fondo. Me limitaré a dar unas pinceladas sobre la validez material o sustantiva de los pactos.

III. La calificación de los pactos prematrimoniales a efectos de determinación de la norma de competencia judicial internacional y de la norma de conflicto

1. Ideas generales

Del análisis anterior se deduce que con carácter general los pactos prematrimoniales son acuerdos entre los futuros cónyuges que constarán en un mismo acto o contrato (capitular o no) y que estarán llamados a surtir efectos una vez surgida la crisis matrimonial. Para saber el sistema conflictual aplicable al pacto en cuestión deberemos determinar previamente el juez competente. En este sentido, la Comunidad Europea está realizando una importante labor unificadora, tanto de las normas de competencia judicial internacional como del Derecho conflictual en el ámbito del Derecho de familia³⁷. No obstante, no es por el momento una regulación completa desde el punto de vista material ni universal en todos sus ámbitos. Así, en materia de competencia judicial internacional los instrumentos comunitarios prevén algunas competencias residuales³⁸. Además esta labor unificadora se está llevando a cabo a través de varios instrumentos comunitarios según la materia de que se trate. A esta fragmentación material debemos añadirle, como ha manifestado A. Borrás, una fragmentación en la aplicación del Derecho comunitario³⁹ dado que el Reglamento 1259/2010 en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (RR III)⁴⁰, prevé

³⁶ Art. 231–20.5 C Cat. y el § 7–05 de los Principios ALI.

³⁷ *Vid.* al respecto, A. Borrás, “La expansión comunitaria...”, *loc. cit.*, pp. 65–90. También habrá que considerar en cada caso la situación del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

³⁸ A. Borrás, “Competencias ‘exclusivas’ y competencias ‘residuales’: de “Bruselas II” a “Roma III””, en National and Kapodistrian University of Athens et al. (eds.), *Essays in honour of Konstantinos K. Kerameus*, vol. I, Atenas / Bruselas, Ant. N. Sakkoulas / Bruylant, 2009, pp. 165–182.

³⁹ A. Borrás, “La fragmentation des sources de droit international privé communautaire. Le cas de la responsabilité nucléaire”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, París Dalloz, 2008, pp. 41 ss y A. Borrás, “La falta de unificación del ámbito de aplicación del Derecho internacional privado comunitario”, *El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, 2009, pp. 853–870.

⁴⁰ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, de 20 de diciembre de 2010, DO L 343 de 20.12.2010, p. 10. Este Reglamento se aplicará a partir del 21 de junio de 2010, con la excepción del art. 17, que se aplicará a partir del 21 de junio de 2011. Hasta ese momento el juez español aplicará

una cooperación reforzada⁴¹. Por tanto, en la medida en que no haya unificación comunitaria, cada Estado aplicará sus propias normas de competencia judicial internacional y de conflicto, ya sean internas o convencionales.

En materia de pactos prematrimoniales, lo habitual será que los mismos reclamen su eficacia en un proceso de divorcio o separación, aunque no necesariamente. Esto es, instada la separación o el divorcio, alguno de los cónyuges querrá hacer valer la validez o eficacia del pacto prematrimonial en el que se contemplan las consecuencias de una posible crisis que finalmente ha sobrevenido⁴². Como es bien sabido, cuando se abre un proceso de nulidad, separación o divorcio deben resolverse diversas cuestiones vinculadas a la relación matrimonial⁴³, entre ellas, la nulidad o disolución/atenuación del vínculo, las relaciones con los hijos (si los hubiere), alimentos respecto de los hijos y entre cónyuges, y los efectos de la crisis sobre las relaciones patrimoniales entre los esposos: disolución o liquidación del régimen económico, establecimiento de pensión compensatoria, etc. Como hemos visto, a través de los pactos prematrimoniales los cónyuges anticipan estas cuestiones relativas a sus relaciones patrimoniales y liquidación del régimen matrimonial post divorcio.

la norma contenida en el art. 107.1º Cc en materia de nulidad matrimonial y el 107.2º Cc respecto de la separación y el divorcio.

⁴¹ En el Consejo celebrado los días 5 y 6 de junio de 2008 se concluyó que una amplia mayoría de Estados miembros apoyaba los objetivos de la propuesta de Reglamento del Consejo pero que no habiéndose podido obtener la unanimidad que requería la adopción del Reglamento, los objetivos del RR III no podrían alcanzarse dentro de un plazo razonable mediante la aplicación de las disposiciones pertinentes de los Tratados. Los trabajos debían, sin embargo, proseguir con vistas a estudiar las condiciones y las implicaciones de la posibilidad de establecer una cooperación reforzada entre los Estados miembros. En el Consejo de los días 24–25 de julio de 2008, 8 Estados (Austria, Eslovenia, España, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo y Rumania) se manifestaron favorables a una propuesta de cooperación reforzada, a la que luego se han añadido otros Estados (Bulgaria). Sobre esta cooperación reforzada ver A. Borrás. “La expansión comunitaria...”, *loc. cit.*, pp. 65–90, 82 y 83. *Vid.* asimismo sobre la génesis del RR III, los trabajos realizados en el seno del GEDIP en <http://www.gedip-egpil.eu>, propuestas originarias en Milán (1992) y Heidelberg (1993). Revisadas en Viena (2003) y Chania (2004). Nota informativa de todas las reuniones de A. Borrás y J.D. González Campos en *REDI*.

⁴² Por ejemplo, el art. 233–5 del Cc Cat. prevé que la acción para exigir el cumplimiento de los pactos se puede acumular a la de nulidad, separación o divorcio y se puede solicitar su incorporación a la sentencia. También se puede solicitar que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que se recojan en su caso en la resolución judicial.

⁴³ R. Arenas, “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales”, en S. Álvarez González (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 39–63, 43; J. Carrascosa., “Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito”, en A.L. Calvo Caravaca e I. Castellanos Ruiz (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 213–227; B. Añoveros Terradas, “Implementation of the Brussels II bis Regulation in the Spanish Legal System”, *Brussels II bis: Its Impact and Application in the Member States*, Amberes, Intersentia, 2007, pp. 279–295.

En materia de crisis matrimoniales existen, a nivel comunitario, una pluralidad de instrumentos que determinan las normas de competencia judicial internacional (también de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales) y, en ocasiones, de Derecho aplicable respecto de las diversas cuestiones que se plantean en un proceso de nulidad, separación o divorcio⁴⁴. Esta pluralidad genera o puede generar, como veremos, un fraccionamiento del litigio no siempre deseable⁴⁵.

En efecto, en DIPr comunitario, el Reglamento (CE) n° 2201/2003 (RB II *bis*)⁴⁶ unifica parcialmente las normas de competencia judicial internacional en materia crisis matrimoniales, pues su ámbito de aplicación se limita a la disolución del vínculo matrimonial (también prevé algunas cuestiones relacionadas con la responsabilidad parental), quedando el resto de problemas fuera del mismo. Por su parte, el Reglamento (CE) n° 44/2001 (RB I) y, a partir del 18 de junio de 2011 el Reglamento (CE) n° 4/2009⁴⁷, establece normas de competencia

⁴⁴ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 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, (DO L 338 de 23.12.2003, p. 1); Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 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, (DO L 7 de 10.1.2009, p. 1.); Reglamento (UE) n° 1259/2010 Del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, (DO L 343 de 29.12.2010, p. 10). *Vid.* asimismo, Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, COM(2011) 127 final, Bruselas, 16.3.2011 ([COM(2011) 125 final] [COM(2011) 126 final] [SEC(2011) 327 final] [SEC(2011) 328 final]); 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, COM(2011) 126 final, Bruselas, 16.3.2011 ([COM(2011) 125 final] [COM(2011) 127 final] [SEC(2011) 327 final] [SEC(2011) 328 final]).

⁴⁵ R. Arenas, "Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales", *loc. cit.*, p. 54.

⁴⁶ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 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 (DO L 338 de 23 de diciembre de 2003, p. 1).

⁴⁷ Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 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, DO L 7 de 10 de enero de 2009. *Vid.*, asimismo, Corrección de errores del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 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, DO L 131 de 18.5.2011. El pasado 8 de abril, durante la celebración del Consejo de Asuntos Generales de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Unión Europea ratificó el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias. De momento, la de la UE es la única ratificación, por lo que este texto convencional todavía no ha entrado en vigor. No obstante, en el momento de la ratificación, la UE declaró que "*it will apply the rules of the Protocol provisionally from 18 June 2011, the date of application of Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations*"), *if the Protocol has not entered into force on that date in accordance with Article 25(1) thereof*". Ya en el art. 4 de la Decisión relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, de 30 de

en materia de obligaciones de alimentos (en el caso del Reglamento (CE) n° 4/2009 también se prevén normas de reconocimiento y ejecución, ley aplicable y cooperación de autoridades). Téngase en cuenta que el Reglamento (CE) n° 4/2009 sustituye las disposiciones del Reglamento (CE) n° 44/2001 aplicables en materia de obligaciones de alimentos. Ello significa que los Estados miembros deberán aplicar en materia de obligaciones alimenticias, las disposiciones del Reglamento (CE) n° 4/2009 a partir del 18 de junio (fecha de aplicación del Reglamento (CE) n° 4/2009)⁴⁸. Como vemos quedan fuera muchas de las cuestiones que normalmente se deciden en un proceso de separación o divorcio, y por lo que al tema que nos ocupa se refiere, no alcanza a las cuestiones relativas a la liquidación del régimen económico ni a los efectos patrimoniales de la crisis respecto de los cónyuges⁴⁹. En materia de régimen económico matrimonial, la Comisión ha presentado recientemente una Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales⁵⁰. Ahora bien, al

noviembre de 2009 (DO L 331 de 16.12.2009) se establecía que las normas establecidas en el Protocolo se aplicarían con carácter provisional, sin perjuicio a partir del 18 de junio de 2011, fecha de aplicación del Reglamento (CE) n° 4/2009, si el Protocolo no hubiere entrado en vigor antes de esa fecha. *Vid.* A. Borrás sobre “La Comisión especial sobre la aplicación del Convenio y el Protocolo de La Haya de 2007 en materia de alimentos (10–17 de noviembre de 2007)”, *REDI*, 2009, 2, pp. 567–572, 568. Por tanto, parece clara la aplicación provisional del protocolo por parte de la Comunidad. Es cierto que en el art. 76.3º Reglamento (CE) n° 4/2009 se establece que “el presente Reglamento se aplicará, con excepción de las disposiciones mencionadas en el párrafo segundo, a partir del 18 de junio de 2011, siempre y cuando el Protocolo de La Haya de 2007 sea aplicable en la Comunidad en esa fecha. De no darse esa circunstancia, el presente Reglamento se aplicará a partir de la fecha de aplicación de dicho Protocolo en la Comunidad”. Y que el art. 25.1º del Protocolo de 2007 determina que “el Protocolo entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del segundo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión previsto en el art. 23”. Ello lleva a F. Garau a afirmar que la cuestión se centra fundamentalmente en la interpretación de los incisos del art. 76 del Reglamento “siempre y cuando el Protocolo [...] sea aplicable en la Comunidad” y “se aplicará a partir de la fecha de aplicación de dicho Protocolo en la Comunidad”. Al respecto es preciso tener en cuenta la aplicación provisional de un tratado se prevé en el art. 25 Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los tratados, que la permite cuando el tratado así lo disponga o cuando los Estados negociadores lo convengan de otro modo. Pues bien, en el Protocolo de 2007 no se prevé expresamente su aplicación provisional antes de la entrada en vigor, por lo que se plantea la duda, según dicho autor, de si la declaración de la UE en el momento de la ratificación puede interpretarse como el acto por el que los Estados miembros así lo convienen, en definitiva, si es “otro modo” de acordarlo previsto en la Convención de Viena. Sobre esta cuestión interpretativa *vid.* <http://conflictus-legal.blogspot.com/2010/05/la-ue-ratifica-el-protocolo-de-la-haya.html>.

⁴⁸ Cdo. 44 del Preámbulo y art. 68.1º Reglamento (CE) n° 4/2009.

⁴⁹ Cdo. 19.

⁵⁰ 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, COM(2011) 126 final, Bruselas, 16.3.2011 ([COM(2011) 125 final] [COM(2011) 127 final] [SEC(2011) 327 final] [SEC(2011) 328 final]). *Vid.* asimismo, Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de

tratarse de una mera propuesta, el juez español para determinar su competencia en materia de régimen económico matrimonial deberá, por el momento, acudir a la norma interna del art. 22 LOPJ.

Por su parte, el RR III, regula exclusivamente la ley aplicable a la separación y al divorcio (queda fuera la nulidad) y en concreto la ley que determinará la disolución/atenuación del vínculo matrimonial. Quedan excluidos, *inter alia*, aspectos como las obligaciones alimenticias y las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales (art. 1.2º RR III). En el primer caso el Reglamento (CE) nº 4/2009, remite para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (art. 15), al Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 23 de noviembre de 2007.

2. Necesidad de una calificación autónoma

La primera cuestión que se plantea es la calificación de los pactos prematrimoniales o antenupciales a efectos de su subsunción en el supuesto de hecho de la correspondiente norma de conflicto y norma de competencia judicial internacional. No existe en Derecho comunitario ni en Derecho español⁵¹ una norma de competencia ni una norma de conflicto específica en materia de pactos prematrimoniales en previsión de ruptura. Por tanto, para determinar tanto la norma de competencia judicial internacional como la norma de conflicto aplicable al pacto prematrimonial, debe determinarse la naturaleza jurídica de los pactos en previsión de ruptura teniendo en cuenta la función que desempeñan.

En la medida en que sea aplicable un instrumento comunitario es fundamental que los conceptos que utilicemos sean interpretados de forma autónoma, teniendo en cuenta los objetivos y principios del instrumento en cuestión. Es, además, necesaria una interpretación coherente con el sistema de Derecho internacional privado comunitario en el ámbito del Derecho de familia. Ambos principios deben informar la calificación de los pactos prematrimoniales.

Lo primero que hay que decir a efectos de calificación de los pactos prematrimoniales en previsión de una ruptura matrimonial, es que se trata de contratos en el ámbito del Derecho de familia. Tienen, por tanto, naturaleza contractual pero desempeñan su función en el Derecho de familia. Esta función en el ámbito familiar debe prevalecer frente a la naturaleza contractual, y así lo ha entendido el legislador comunitario. Por un lado, excluye expresamente del ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) nº 593/2008, sobre ley aplicable a las obli-

las uniones registradas, COM(2011) 127 final, Bruselas, 16.3.2011 ([COM(2011) 125 final] [COM(2011) 126 final] [SEC(2011) 327 final] [SEC(2011) 328 final]);

⁵¹ Ahora bien no es, como se ha dicho, una figura desconocida en Derecho español pues, como hemos visto, el Cc Cat. los regula, desarrollando el precedente art. 15 CF, y las leyes valenciana y aragonesa los contemplan.

gaciones contractuales (RR I), “las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tiene que tiene efectos comparables, incluida la obligación de alimentos y c) las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación considere que tiene efectos comparables la matrimonio, y de testamentos y sucesiones” (art. 1.2 b RR I)⁵². Está claro que las normas de conflicto utilizadas en el RR I no responden a los intereses del estatuto familiar y alimentista. Por otro, el Reglamento (CE) n° 44/2001 (RB I) en su art. 1.2º.a) excluye “el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones”. No excluyó, sin embargo, las obligaciones alimenticias (tampoco lo hizo su antecesor el Convenio de Bruselas de 1968)⁵³.

A partir del panorama legislativo descrito en el apartado anterior, es preciso determinar la función que cumple cada uno de los pactos prematrimoniales para subsumirlo en el correspondiente instrumento comunitario o, en su caso, la correspondiente norma de conflicto autónoma o norma autónoma de competencia judicial internacional.

Una de las dificultades que presentan este tipo de pactos es que su contenido es o puede ser, como se ha visto, heterogéneo pudiendo contemplar aspectos patrimoniales y personales de los futuros cónyuges. Además, dentro de los primeros, será en ocasiones muy difícil “discriminar lo que es una liquidación de bienes o indemnización por ruptura de la vida en común o incluso lo que es una pensión alimenticia”⁵⁴. Precisamente por ello, parece compleja una calificación general aplicable a todo pacto prematrimonial pues, como veremos, cumplen funciones divergentes incluso dentro de los que se establecen para regular las relaciones patrimoniales entre cónyuges.

A) Pacto prematrimonial relativo a la compensación por trabajo para la casa

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de la compensación por razón de trabajo. Se trata de una figura que tiende a corregir los resultados perversos que el régimen económico de separación de bienes absoluto puede comportar para alguno de los cónyuges y constituye una regla especial de liquidación⁵⁵.

⁵² Vid. sobre este tema, A. Rodríguez Benot, “La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y de sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 1, 2009, pp. 112–130.

⁵³ Vid., en particular Art. 5.2º CB y del Reglamento (CE) n° 44/2001.

⁵⁴ S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, p. 158.

⁵⁵ En Europa siguen este régimen Austria, Suiza, Finlandia, Turquía y Grecia. Asimismo, en España lo prevén como régimen legal Cataluña y Baleares. En ocho estados de Estados Unidos (Arizona, Cali-

Como es bien sabido, en el régimen de separación puro, cada cónyuge mantiene la propiedad, administración y disposición de los bienes que adquirió con anterioridad a la celebración del matrimonio así como los adquiridos durante el mismo. Ahora bien, a pesar de ser ésta la base del régimen económico matrimonial, cada ordenamiento jurídico prevé su propia regulación y particularidades no pudiendo hablarse de una armonización⁵⁶. Es bastante frecuente que los ordenamientos que prevén un régimen de separación puro, contemplen una figura similar a lo que en Derecho catalán se conoce como compensación por trabajo para la casa. La evolución del régimen de separación en Cataluña muestra que la razón de ser de dicha compensación fue la situación en la que se encontraba uno de los cónyuges, casi siempre la mujer, cuando se producía una crisis matrimonial, si durante la convivencia este cónyuge se había dedicado a trabajar para la casa o en la actividad o negocio del cónyuge, sin recibir nada a cambio⁵⁷. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que dicha situación, muy frecuente en un pasado reciente, ha disminuido considerablemente con la inserción de la mujer en el mundo laboral, dejando de ser la regla general. Actualmente, es muy habitual que ambos cónyuges trabajen y que compartan las tareas familiares, aunque la dedicación a la casa y a la familia por parte de la mujer continua siendo superior que la del hombre. Con carácter general, podemos afirmar que para que nazca el derecho a la compensación por trabajo para la casa es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: primero, que el régimen de separación de bienes se extinga por separación, divorcio o nulidad⁵⁸. Segundo, que el trabajo para la casa o para el otro cónyuge haya sido insuficientemente remunerado o no remunerado⁵⁹. Tercero: que haya habido un enriquecimiento injusto. La compensación económica por trabajo es, por tanto, un correctivo a los efectos perversos que el régimen de separación de bienes absoluta puede conllevar en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. La función social de la institución es, por tanto,

fornia, Nevada, Nuevo México, Texas, Louisiana, Idaho y Washinton) rige desde 1948. E. Gómez Campelo, *Los regímenes matrimoniales en Europa*, Madrid, Reus, 2008, p. 91.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 103.

⁵⁷ En este sentido La STSJC 22 de diciembre de 2008 declaró que “[...] *la compensació econòmica per raó de treball neix per a equilibrar en el possible les desigualtats que es puguin generar durant una convivència quan un dels convivents es dedica a la cura de la llar i del fills o ajuda en el negoci percebent en tal cas una remuneració insuficient, mentre que l'altre dirigeix i administra el negoci amb l'estalvi –de tot tipus afegit que suposa la dedicació a la llar; que aquesta compensació per raó de treball intenta impedir o limitar que en cessar la convivència, qui ha ajudat i propiciat el manteniment i el desenvolupament del negoci quedi sense la capitalització dels esforços mentre que l'altre retengui l'actiu patrimonial íntegre; es tracta d'aconseguir un equilibri patrimonial just mesurat a l'hora de la crisi de convivència però amb la vista posada en la necessitat de retribuir un treball i un esforç col·lateral però convergent no remunerat fins llavors insuficientment*”.

⁵⁸ E. Bosch Capdevila, “L'evolució del règim de separació de béns en el dret civil de Catalunya: la compensació econòmica per raó de treball”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2010, nº 4, pp. 127–150.

⁵⁹ Sobre estos requisitos, *ibid.*, p. 136 ss.

procurar la compensación de un perjuicio patrimonial derivado de una actividad realizada por uno de los cónyuges basada en la buena fe y en el principio de confianza, en la estabilidad de la convivencia, que en un momento determinado se ve defraudada por la crisis matrimonial⁶⁰.

Ahora bien, ¿dónde subsumir el pacto en el que se limita, modula o incluso se renuncia a dicha compensación? Determinada la naturaleza jurídica de la compensación por trabajo para la casa como perteneciente al régimen económico matrimonial, debemos a continuación extender esa naturaleza al pacto que limite, module o incluso excluya esa compensación. La norma de conflicto aplicable debe ser, por tanto, la relativa a los efectos del matrimonio y no la correspondiente a la crisis matrimonial.

B) Pacto prematrimonial relativo a la pensión compensatoria

La calificación de la función que desempeña la pensión compensatoria es si cabe mucho más compleja y controvertida pues en ocasiones engloba una naturaleza indemnizatoria (reparadora del desequilibrio ocasionado por la separación o el divorcio) y alimenticia (cuando uno de los cónyuges se encuentra ante una situación de necesidad) al mismo tiempo, y difiere considerablemente de un ordenamiento a otro⁶¹. Tiene, generalmente, una naturaleza mixta que dificulta su calificación a efectos de subsunción en la correspondiente norma de conflicto. Esta naturaleza mixta permitiría calificar la pensión compensatoria como perteneciente o bien a la crisis matrimonial y, por tanto, subsumirla en la norma de conflicto en materia de separación y divorcio (art. 107.2º Cc / RR III) o bien como obligación alimenticia en cuyo caso recurriríamos a la norma de conflicto del art. 9.7º Cc o del Reglamento (CE) nº 4/2009 que como ya hemos visto remite en materia de ley aplicable al Protocolo de La Haya de 2007. La experiencia

⁶⁰ *Ibid.*, p. 236.

⁶¹ En Derecho español (Cc) desde un principio se impuso la idea de que la pensión compensatoria no debería ir dirigida a cubrir una situación de necesidad sin más, siendo posible que se reconociera el derecho a la pensión sin concurrir tales carencias económicas extremas⁶¹. Tampoco se quiso convertirla en un medio de vida. Para algunos autores, la reforma operada en 2005 del art. 97 Cc y su desarrollo jurisprudencial posterior, parecen alejarla de su sustrato asistencial. La introducción de limitaciones en la temporalidad de la vigencia de la pensión y de requisitos restrictivos en cuanto a su otorgamiento y cuantificación, así como el cambio de terminología del derecho regulado de “pensión” a “compensación” acentúa, en opinión de Martínez Escribano, su sentido reparatorio en detrimento de toda idea de asistencia y ayuda pero no se impone tal naturaleza de manera absoluta⁶¹. Por su parte, el Tribunal Supremo⁶¹ ha destacado en distintas ocasiones la finalidad reequilibradora de la pensión compensatoria, estribando su presupuesto esencial en la desigualdad que resulta de confrontar las posiciones económicas de cada parte, antes y después de la ruptura, no necesitándose prueba de la existencia de necesidad pero sí de que se ha sufrido un empeoramiento en relación a la situación durante el matrimonio y con respecto al otro cónyuge⁶¹. A pesar de todo ello, parece que la defensa de una naturaleza mixta, que la dota de un carácter asistencial, resarcitorio y compensatorio, según el caso, es la más defendida actualmente. *Vid.* en este sentido C. Martínez Escribano, *Pactos prematrimoniales*, *op. cit.*, pp. 119 y 141.

en materia de obligaciones alimenticias en el ámbito del Convenio de Bruselas de 1968 y del Reglamento (CE) n° 44/2001, nos permite decantarnos por una calificación alimenticia. Esta calificación basada en el sustrato alimentista de la pensión garantiza, además, la protección del cónyuge necesitado.

En efecto, a nivel comunitario, el propio TJCE en su jurisprudencia en el asunto *De Cavel II* (as. 120/79, de 6 de marzo de 1980), tuvo que pronunciarse sobre la ejecución de una medida provisional adoptada por un juez francés en un proceso de divorcio por la que se concedía a una de las partes una prestación alimenticia mensual. La cuestión se planteó en el marco de un litigio relativo a la ejecución en Alemania de una resolución dictada por un juez francés por la que se concedía a la esposa una pensión alimenticia (fundada en los arts. 253 ss *Code civil*), con carácter provisional, durante el proceso de divorcio⁶². Se trataba propiamente de una “pensión compensatoria provisional”, pagadera mensualmente, concedida a una de las partes con arreglo al art. 270 *Code civil* según el cual se trata de una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad creada por la ruptura del matrimonio en las respectivas condiciones de vida⁶³. Los criterios que se utilizan para determinar la pensión del Derecho francés son por un lado, las necesidades del cónyuge a quien va destinada y por otro, las capacidades del deudor⁶⁴. En el asunto *De Cavel* el TJCE entendió que las “prestaciones compensatorias” previstas en los arts. 270 ss *Code civil*⁶⁵ (bastante parecidas aunque no idénticas a la pensión compensatoria del Cc []) atañen a las posibles obligaciones económicas entre los antiguos esposos después del divorcio, determinadas en función de los recursos y necesidades recíprocas, y tienen igualmente carácter alimenticio⁶⁶. Determinado su carácter alimenticio, las pensiones en cuestión entraban dentro del ámbito de aplicación material del CB. El TJCE ha mantenido, como puede observarse, una noción amplia de alimentos cubriendo las pensiones compensatorias entre esposos tras la ruptura matrimonial cuando las mismas se establecen teniendo en cuenta los recursos y necesidades de los ex esposos. Ese es, por tanto, uno de los elementos clave para su consideración como prestaciones alimenticias⁶⁷. Del mismo modo en el asunto *Van den Boogaard c. P. Laumen*⁶⁸, el TJCE estableció que “una resolución, dictada en el contexto de un proceso de divorcio, por la que se ordena el pago de

⁶² As. *De Cavel II*, par. 2.

⁶³ *Ibid.*, par. 3, sobre las características de esta pensión vid. S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 44–47

⁶⁴ S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, op. cit., p. 45.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 44–58

⁶⁶ As. *De Cavel II*, par. 5

⁶⁷ S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, op. cit., p. 45.

⁶⁸ STJCE 27 de febrero de 1997, as. C–220/95.

una cantidad global, así como la transmisión de la propiedad de determinados bienes de uno de los esposos a favor de su ex cónyuge, hace referencia a las obligaciones alimentarias (...) en la medida en que tenga por objeto garantizar la manutención de dicho cónyuge”. No es relevante, por tanto, la forma en que se realice la prestación, es decir, si la misma se satisface periódicamente o de forma global.

A partir de aquí, es necesario analizar las soluciones a las que nos lleva, en cada uno de los supuestos, la correspondiente norma de competencia judicial internacional y norma de conflicto. Realizado este estudio podremos valorar si las soluciones actuales satisfacen o no los objetivos perseguidos por los cónyuges al pactar anticipadamente las consecuencias de una posible crisis matrimonial y, los intereses colectivos presentes en el general en el Derecho de familia, y en particular en materia alimenticia. Comenzaremos por un breve análisis de la competencia judicial internacional para pasar luego a determinación de la ley aplicable al pacto prematrimonial de renuncia o limitación/modulación de la compensación por trabajo para la casa. Posteriormente, analizaremos la ley aplicable al pacto sobre la pensión compensatoria.

IV. Competencia judicial internacional

Antes de entrar propiamente en el objeto del presente trabajo, *v.gr.*, la determinación de la ley aplicable a los pactos antenupciales, es importante realizar las siguientes consideraciones en materia de competencia judicial internacional. No podemos, por razones de espacio, analizar detalladamente los temas de competencia judicial internacional que plantean los pactos prematrimoniales pero sí reflejar algunos de los problemas que la actual regulación plantea y fundamentalmente resaltar la conveniencia de introducir en este ámbito la autonomía de la voluntad.

El análisis de la calificación de los pactos prematrimoniales nos ha llevado a una calificación basada en la función que cada uno de ellos desempeña en el ámbito del Derecho de familia, descartando por consiguiente una calificación general y única. Teniendo en cuenta que los pactos antenupciales reclaman generalmente su eficacia en un proceso de divorcio o separación, deberemos considerar todos los instrumentos y normas de competencia aplicables en caso de crisis matrimoniales. Como ha señalado R. Arenas, la pluralidad de instrumentos y de reglas de competencia aplicables a las distintas materiales vinculadas a la crisis “permite que en determinados supuestos el tribunal que se encuentra conociendo de la demanda de separación, nulidad o divorcio pueda resultar incompetente para pronunciarse sobre determinados extremos relevantes para la resolución del

conflicto planteado”⁶⁹. Si trasladamos este razonamiento a los pactos prematrimoniales veremos que este fraccionamiento es del todo posible aunque totalmente indeseable.

En materia de crisis matrimoniales internacionales los instrumentos comunitarios cubren (o cubrirán en un futuro próximo), prácticamente todos los aspectos vinculados a la misma⁷⁰. Así tenemos normas de competencia judicial internacional relativas a la declaración de nulidad, separación y divorcio (RB II *bis*), al conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con respecto a terceros o régimen económico matrimonial (Propuesta de Reglamento en materia de regímenes económicos matrimoniales), y a las obligaciones alimenticias entre cónyuges (Reglamento (CE) n° 4/2009 en materia de obligaciones alimenticias).

Centrándonos ahora en los pactos prematrimoniales examinados, la fragmentación normativa podría llevarnos a que el juez que conozca del divorcio no sea competente para conocer de la validez de un pacto en el que se renuncia (o establece una determinada cantidad) a la pensión por trabajo para la casa o uno relativo a la pensión compensatoria. Como avanzábamos este resultado es del todo insatisfactorio pues, como afirma R. Arenas, “no resulta razonable obligar a los cónyuges a litigar ante tribunales de distintos para obtener una resolución global a sus crisis matrimonial”⁷¹ pudiendo producirse además problemas de reconocimiento. De ahí la importancia de que los diferentes Reglamentos comunitarios garanticen la concordancia de las normas de determinación de la competencia de los tribunales que deben conocer de los aspectos patrimoniales de las uniones con las normas ya existentes o previstas en otros instrumentos europeos. Y esto es precisamente lo que se prevé, por ejemplo, en el art. 4 de la propuesta de Reglamento en materia de Regímenes económicos matrimoniales, aunque limitado al caso en el que haya acuerdo entre las partes⁷². En efecto, según dicho precepto, el tribunal competente para conocer del divorcio, la anulación matrimonial o a la separación, según lo dispuesto en el RB II *bis*, también será competente, si los cónyuges están de acuerdo, para decidir sobre la liquidación del régimen económico matrimonial inducida por el procedimiento de separación y sobre otras cuestiones relacionadas con el régimen económico que determine este procedimiento. Se establece una *vis atractiva* por parte del juez del divorcio, lo cual me parece del todo lógico. No obstante, y a pesar de que considero positivo el

⁶⁹ R. Arenas, “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales...”, *loc. cit.*, p. 44.

⁷⁰ Téngase en cuenta que en este trabajo nos ceñimos a las relaciones patrimoniales entre cónyuges.

⁷¹ R. Arenas, “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales...”, *loc. cit.*, p. 45.

⁷² Según el mismo art. 4 “(...) Dicho acuerdo podrá celebrarse en todo momento, incluso durante el procedimiento. Cuando se celebre antes del procedimiento deberá formularse por escrito e ir fechado y firmado por ambas partes. Si los cónyuges no llegan a un acuerdo, la competencia se regirá por los arts. 5 ss”.

intento de ajuste por parte de la Propuesta, coincido con R. Arenas cuando afirma que “resultaría conveniente (...) que los instrumentos comunitarios que regulan la competencia judicial en materia de crisis matrimoniales incluyesen en su ámbito material de aplicación la forma en que la crisis afecta a las relaciones patrimoniales de los cónyuges”⁷³. De esta forma no se deja a la voluntad de las partes el necesario ajuste, voluntad que no siempre será fácil de alcanzar si tenemos en cuenta que la crisis ya ha sobrevenido. Por otro lado, se evitan los posibles problemas calificadorios que ya hemos comentado.

No obstante, respecto de los pactos prematrimoniales el problema fundamental con el que nos encontramos es que el RB II *bis* no prevé la posibilidad de que los cónyuges (o futuros cónyuges) puedan pactar el tribunal competente para conocer de la separación o el divorcio. Por tanto, difícilmente la eficacia del pacto podrá quedar garantizada con anterioridad al procedimiento de separación o divorcio pues hasta ese momento no se sabrá el tribunal competente. Como es bien sabido, el RB II *bis* contiene en su art. 3 siete foros de competencia alternativos, basados todos ellos en el domicilio del demandante y demandado, la nacionalidad común de los cónyuges o el último domicilio conyugal⁷⁴. La posibilidad de elegir el tribunal competente para conocer de la separación o del divorcio estaba prevista en la Propuesta de Reglamento Roma III, por el que se modificaba el RB II *bis* y por el que se introducían normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial⁷⁵. El art. 3 *bis* establecía una autonomía de la voluntad limitada pues permitía a los cónyuges elegir como competente un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro “siempre que exista una vinculación sustancial entre ellos y ese Estado miembro”. Esa vinculación existirá: si se trata de uno de los tribunales que resulta competente según los criterios del art. 3; si ese Estado ha sido el lugar de la última residencia habitual común de los cónyuges durante un período mínimo de tres años; o uno de los cónyuges sea nacional de ese Estado miembro (del *domicile* de alguno de los cónyuges si se trata del Reino Unido o Irlanda. Es importante resaltar que ninguno de los casos previstos permite un acuerdo atributivo de competencia a un tribunal que pueda determinarse en un momento anterior a la celebración del matrimonio. Es decir, en el caso de que los cónyuges quisieran pactar antes de la celebración del matrimonio el juez que conocerá de la eventual crisis, ninguno de los casos previstos garantiza la eficacia de ese pacto no pueden determinarse

⁷³ R. Arenas, “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales...”, *loc. cit.*, p. 45.

⁷⁴ A estos criterios habría que añadir el supuesto de reconversión (art. 4 RB II *bis*) y el de conversión de la separación en divorcio (art. 5 RB II *bis*).

⁷⁵ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, COM (2006) 399 final de 17 de julio de 2006.

*ex ante*⁷⁶. En el caso de los dos primeros es evidente que se trata de criterios que sólo pueden determinarse en un momento posterior a la celebración del matrimonio. No obstante, tampoco el supuesto del Estado de la nacionalidad de uno de los cónyuges, garantiza la eficacia del pacto pues no se determina el momento en el que se tendrá en cuenta la nacionalidad del cónyuge, pudiendo producirse un cambio *post* celebración del matrimonio.

Dicha modificación del RB II *bis* finalmente no se ha producido⁷⁷ vía RR III (cooperación reforzada) lo que no impide que se produzca en un futuro. En mi opinión es una modificación del todo necesaria especialmente para los casos que estamos examinando pues de lo contrario es muy difícil garantizar la validez y eficacia de los pactos prematrimoniales heterogéneos. En tal caso sería necesario replantear o revisar la lista de Estados que se entenderán vinculados de forma tal que se utilicen criterios que puedan determinarse antes de la celebración del matrimonio.

Por el contrario, sí se prevé la elección de foro en Reglamento (CE) n° 4/2009. Para aumentar la seguridad jurídica, la previsibilidad y la autonomía de los cónyuges, el Reglamento permite a las partes elegir de común acuerdo el órgano jurisdiccional competente en función de factores de vinculación determinados⁷⁸. Ya el Reglamento (CE) n° 44/2001 contenía una norma al respecto pero lo cierto es que como afirma Jayme la autonomía de la voluntad nunca había jugado un papel importante en los litigios en materia alimenticia⁷⁹. Según lo previsto en el art. 4 Reglamento (CE) n° 4/2009 las partes podrán convenir que el órgano o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para resolver los litigios en materia de obligación de alimentos suscitados o que puedan suscitarse entre ellos, siempre que sea uno de los previstos en dicho precepto, y se limitan a: a) el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que una de las partes tenga su residencia habitual; b) el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que sea nacional una de las partes; c) por lo que respecta a las obligaciones de alimentos entre cónyuges o excónyuges: i) el órgano jurisdiccional competente para conocer de sus litigios en materia matrimonial, o ii) el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio hayan tenido su última residencia habitual común los cónyuges durante al menos un año⁸⁰. Como puede observarse la letra c) prevé dos supuestos especiales en ma-

⁷⁶ De hecho, incluso en el caso del Estado de la nacionalidad de uno de los cónyuges, no se determina el momento en el que se tendrá en cuenta la nacionalidad del cónyuge, lo cual nuevamente puede poner en tela de juicio la eficacia del pacto.

⁷⁷ *Vid.* nota 38 sobre los motivos de la cooperación reforzada.

⁷⁸ Cdo. 19 Reglamento (CE) n° 4/2009.

⁷⁹ E. Jayme, "Party Autonomy in International and Succession law: New Tendencies", *loc. cit.*, p. 4.

⁸⁰ Sobre el acuerdo de elección el art. 4 prevé además "(...) Las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) tendrán que cumplirse en el momento de celebrarse el convenio relativo a la elección del foro o de presentarse la demanda.

La competencia atribuida por convenio será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes.

teria de obligaciones alimenticias entre cónyuges o excónyuges. En estos casos se entiende que existe una especial vinculación con el órgano jurisdiccional que conoce de la crisis matrimonial y con el tribunal del último lugar de residencia habitual común durante al menos un año. De nuevo nos encontramos con una *vis atractiva* por parte del juez del divorcio que debería ser completada con la posibilidad de pactar ese tribunal antes de la celebración del matrimonio.

V. Determinación de la ley aplicable a los pactos prematrimoniales

Partiendo de las consideraciones anteriores respecto de la competencia judicial internacional y del análisis realizado respecto de la calificación de los distintos pactos prematrimoniales a efectos de su subsunción en la correspondiente norma de conflicto, veamos ahora la determinación del Derecho aplicable a dichos pactos. Si en el apartado anterior hemos visto que la pluralidad de fuentes normativas y de instrumentos comunitarios aplicables en materia de crisis matrimoniales puede conllevar una fragmentación del pleito nada deseable, el planteamiento en sede de ley aplicable es, como veremos a continuación, diferente⁸¹.

Como se recordará hemos descartado la calificación contractual de los pactos prematrimoniales. Tampoco la subsunción de todos los pactos en la norma de conflicto en materia de separación y divorcio es posible. En efecto, el RR III excluye de su ámbito de aplicación material los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio de los cónyuges debiendo determinarse la ley aplicable a estas cuestiones por las normas de conflicto aplicables en el Estado miembro participante de que se trate⁸². En este sentido, la solución que aporta nuestro art. 107.2º Cc no nos parece adecuada pues deja poco margen a la autonomía de la voluntad, siendo en este ámbito de gran relevancia. En se-

2. El convenio relativo a la elección del foro se celebrará por escrito. Se considerará hecho por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

3. El presente artículo no es aplicable a los litigios relativos a la obligación de alimentos respecto de un menor de edad inferior a 18 años.

4. Si las partes hubieren acordado atribuir una competencia exclusiva a un órgano jurisdiccional o a los órganos jurisdiccionales de un Estado parte en el Convenio relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (1), firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007 (denominado en lo sucesivo ‘el Convenio de Lugano’), y dicho Estado no fuere un Estado miembro, dicho Convenio será de aplicación excepto en lo referente a los litigios mencionados en el apartado 3”.

⁸¹ R. Arenas, “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales...”, *loc. cit.*, p. 54.

⁸² El art. 1.2º RR III establece: “El presente Reglamento no se aplicará a los siguientes asuntos, aun cuando se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o separación judicial: a) la capacidad jurídica de las personas físicas; b) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; c) la nulidad matrimonial; d) el nombre y apellidos de los cónyuges; e) las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales; f) la responsabilidad parental; g) las obligaciones alimentarias; h) los fideicomisos o sucesiones”.

gundo lugar, aunque los pactos están llamados a surtir efectos en el caso de sobrevenir una crisis matrimonial, lo realmente característico de estos pactos es el elemento preventivo. En ese sentido, las conexiones en cascada que utiliza nuestro art. 107.2º Cc quedan fijadas en un momento en el que la crisis ya ha surgido, *v.gr.*, en el momento de presentación de la demanda. Si se produce un conflicto móvil, *v.gr.*, un cambio en la vecindad/residencia de los cónyuges, entre el momento de la celebración del pacto y el de la presentación de la demanda, el elemento preventivo no queda garantizado pues puede ciertamente variar la eficacia del pacto.

La aplicación de diferentes normas de conflicto para subsumir en ellas los diferentes pactos prematrimoniales, dependiendo de la función que desempeñen, plantea la necesidad de realizar dos consideraciones previas. En primer lugar, es importante determinar la posibilidad de fraccionamiento o *depeçage*, es decir, la posibilidad de aplicar distintas leyes a los diferentes pactos prematrimoniales dependiendo de su función y contenido. Como avanzábamos, ese fraccionamiento nos parece no sólo posible sino deseable en el ámbito del Derecho aplicable. Es cierto que probablemente el conjunto de pactos prematrimoniales constará en una escritura capitular y que para parte de la doctrina no parece de recibo que la validez de los distintos pactos contenidos en las capitulaciones pueda fragmentarse u observarse conforme a leyes distintas dentro del art. 9.3º Cc. Una sola ley debe ser retenida para determinar la validez global de las capitulaciones⁸³. Personalmente, no estoy conforme con esta opinión pues, como hemos visto, la escritura capitular (o la escritura pública), por ejemplo en Cataluña (y también en el Cc), puede contener pactos no sólo relativos al régimen económico matrimonial sino también otros relativos a la sucesión (pactos sucesorios)⁸⁴, a alimentos entre cónyuges, a hijos menores, etc. Someter todos esos acuerdos a una misma ley podría ir en contra de los intereses perseguidos por los distintos estatutos cuya materia regulan (alimentista, relación paterno filial). Ahora bien, ello no impide que en la medida en que los distintos pactos consten en una escritura capitular sea necesario un doble análisis: por una parte, habrá que determinar si la ley de las capitulaciones permite incorporar este tipo de cláusulas. Por otra, será la ley del fondo, la *lex causae* (de la relación jurídica que se pretende introducir), la que establezca si y con qué alcance es posible realizar estos negocios

⁸³ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 408.

⁸⁴ B. Añoveros Terradas, "Los pactos sucesorios vinculados a la transmisión de la empresa familiar desde la perspectiva del derecho interregional", *El nou Dret Successori del Codi de Catalunya*, Documenta Universitaria, 2009; *id.*, "Tratamiento conflictual de los pactos sucesorios en Derecho internacional privado español", *Perspectivas del Derecho Sucesorio en Europa*, Marcial Pons, 2009, pp. 157-174; A. Font i Segura, "La ley aplicable a los pactos sucesorios", *InDret*, 2/2009, pp. 1-28.

en capitulaciones. Sólo cuando concurren las dos condiciones podremos admitir la validez del negocio así introducido⁸⁵.

Por otro lado, la aplicación de leyes diferentes a los distintos pactos puede ocasionar ciertos desajustes, principalmente cuando los mismos versen sobre las relaciones económicas de los cónyuges o futuros cónyuges, siendo necesario llevar a cabo una adaptación que tenga en cuenta todos los ordenamientos jurídicos en presencia⁸⁶. Partiendo de este fraccionamiento veamos ahora la ley aplicable a los dos pactos objeto de este estudio.

El pacto prematrimonial por el que se limita, modula o incluso se renuncia a compensación por trabajo para la casa, es un pacto relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial, subsumible por tanto en la norma de conflicto que rige los efectos del matrimonio. A nivel comunitario, existe en esta materia 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 matrimoniales⁸⁷. Sin perjuicio de llevar a cabo un análisis de las normas que se introducen en dicha Propuesta, lo cierto es que por el momento el juez español deberá aplicar la norma de conflicto española en materia de efectos del matrimonio. Veamos en primer lugar la norma autónoma para luego comparar la solución aportada con la futura regulación comunitaria⁸⁸.

En materia de efectos del matrimonio, en la medida en que los cónyuges han hecho capitulaciones matrimoniales el art. 9.3º Cc establece: “los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico serán válidos cuando sean conformes a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento”. Los cónyuges pueden pactar (aunque de forma limitada, *v.gr.*, eligiendo alguna de las leyes del 9.3º Cc⁸⁹) el régimen económico que estimen más conveniente. Sin querer entrar en el significado exacto de esta norma, lo cierto es que a través de la misma se da entrada al prin-

⁸⁵ E. Rodríguez Pinau, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, p. 50.

⁸⁶ B. Añooveros Terradas, “Compensación económica por razón de trabajo y pensión compensatoria: pluralidad de leyes aplicables y necesidad del mecanismo de la adaptación. Comentario a la STSJC, Sala Civil y Penal, 22.9.2008”, *InDret*, 1/2009.

⁸⁷ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimonial, de 16.3.2011, COM (2011) 126 final.

⁸⁸ El análisis de la norma autónoma desde la perspectiva del Derecho interregional español puede verse en B. Añooveros Terradas, “Ley aplicable a los pactos de renuncia anticipada a la compensación por trabajo y a la pensión compensatoria: una perspectiva interregional”, en A. Font i Segura (ed.), *L'aplicació del Dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Barcelona, Atelier, 2011.

⁸⁹ Sobre la relación entre el art. 9.2º y 9.3º Cc *vid.* E. Rodríguez Pinau, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, pp. 27–43.

cipio de autonomía de la voluntad aplicado a las relaciones internacionales⁹⁰. Algunos autores hablan de autonomía de la voluntad conflictual “oculta”⁹¹. Por el contrario, en materia de efectos de la crisis matrimonial no hay prácticamente posibilidad de pacto. La cuestión que se plantea a continuación es el análisis de la solución que aporta el mencionado art. 9.3º Cc. Recordemos que este art. establece como supuesto de hecho “Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio”. El hecho de que el art. 9.3º Cc utilice una expresión tan amplia podría llevarnos a entender que sí cabría entender comprendido en él el pacto prematrimonial sobre la compensación por trabajo para la casa aunque no forme parte de la escritura capitular pues se trata de una modificación del régimen económico matrimonial. En aplicación del art. 9.3º Cc el pacto prematrimonial será válido si es conforme a algunas de las cinco leyes previstas por el mismo, *v.gr.*, ley que rija los efectos del matrimonio, ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento del pacto. Ahora bien, ¿cuál de estas leyes será la que determine los requisitos de validez material del pacto si las partes no han llevado a cabo propiamente una elección conflictual o no han efectuado una referencia a un régimen concreto (*v.gr.*, el régimen de separación catalán)? Se trata de una cuestión muy discutida en la doctrina dada la confusa redacción del precepto⁹². Como ha sido puesto de manifiesto por Fontanellas, tres son las soluciones que parecen razonables. La primera, consistiría en aplicar la ley más vinculada con la relación matrimonial⁹³; la segunda primaría el objetivo sustantivo, *i.e.*, la validez y eficacia del pacto prematrimonial y precisaría de una modulación caso por caso determinado como aplicable la ley que mejor procure el objetivo perseguido⁹⁴; finalmente la tercera, defendida por dicho autor, consistiría en hacer prevalece sobre las demás una de las conexiones utilizadas, en concreto la ley que rige los efectos (según el art. 9.2º Cc).

Si comparamos la solución interna con la prevista en la Propuesta de Reglamento sobre regímenes económico-matrimoniales, vemos que a pesar del claro

⁹⁰ La admisión de la autonomía de las partes en el ámbito del derecho aplicable al régimen económico matrimonial es admitida por la mayoría de derechos europeos (excepto Grecia y Portugal). Tal designación también está prevista en el Convenio de la Haya de 1978 sobre Ley aplicable a los Regímenes matrimoniales (del que España no es parte) en su art. 3. A. Bonomi, “Le régimes matrimoniaux en droit international privé comparé”, en Bonomi-Steiner, *Le régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé*, 2006, Ginebra, Librairie Droz, pp. 59–75, 62.

⁹¹ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, 11ª ed., Granada, Comares, 2011, p. 138–139.

⁹² J.Mª. Fontanellas, “Reflexiones sobre el apartado 3 del art. 9 del Código Civil”, en Mª T. Areces Piñol, (coord.), *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Granada, 2009, pp. 356–370.

⁹³ Defendida por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 141–142.

⁹⁴ *Vid.* Resoluciones DGRN 23 de noviembre de 2006 y 25 de septiembre de 2007, en materia de ley aplicable a la forma de las capitulaciones matrimoniales.

triumfo de la autonomía de la voluntad como conexión en materia de régimen económico matrimonial, no se prevé propiamente una regulación respecto del contenido material de los pactos o contratos matrimoniales (capitulaciones). A diferencia de nuestro art. 9.3º Cc, la Propuesta sólo contempla la posibilidad, limitada a ciertas leyes⁹⁵, de elección del ordenamiento jurídico aplicable al régimen económico matrimonial. En efecto, según el art. 16 de la Propuesta de Reglamento sobre regímenes económico matrimoniales los cónyuges sólo podrán elegir como ley aplicable a su régimen económico matrimonial: a) la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges, o b) la ley del Estado de residencia habitual de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección, o c) la ley del Estado de nacionalidad de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección. Obsérvese que en este caso tanto la letra b como c prevén leyes determinables en el momento de la elección, lo cual es positivo desde el punto de vista de los pactos prematrimoniales.

Ahora bien, la posibilidad de que elegir el Derecho aplicable al régimen económico matrimonial, aunque bienvenida, no deja de ser una opción poco utilizada en la práctica, pues los futuros cónyuges normalmente se limitan a pactar sobre los distintos extremos relativos a su relación. No hay una norma específica que determine la ley aplicable al contrato matrimonial a falta de elección por los cónyuges o futuros cónyuges. Si los cónyuges no han elegido la ley aplicable al contrato matrimonial, éste se regirá por la ley aplicable determinada objetivamente, *v.gr.*, esta ley será: a) la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges después del matrimonio o, en su defecto, b) la ley del Estado de nacionalidad común de los cónyuges en el momento del matrimonio o, en su defecto, c) la ley del Estado con el que los cónyuges tengan conjuntamente vínculos más estrechos, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, en particular, el lugar de celebración del matrimonio. En ese sentido, aunque confuso, el art. 9.3º Cc aporta una solución más ajustada pues aporta una mayor flexibilidad dado que utiliza puntos de conexión alternativos y no subsidiarios.

⁹⁵ En el mismo sentido el art. 3 del Convenio de La Haya sobre Ley aplicable a los Regímenes Matrimoniales de 1978 (del que España no es parte) establece “El régimen matrimonial se someterá a la ley interna designada por los cónyuges antes del matrimonio. Los cónyuges sólo podrán designar una de las leyes siguientes: 1. la ley de un Estado del que uno de los cónyuges sea nacional en el momento de la designación; 2. la ley del Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en el momento de la designación; 3. la ley del primer Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges establezca una nueva residencia habitual después del matrimonio. La ley así designada se aplicará al conjunto de sus bienes.

Sin embargo, los cónyuges, hayan procedido o no a la designación prevista en los párrafos precedentes, podrán designar en lo que se refiere a los inmuebles o a algunos de ellos, la ley del lugar en que tales inmuebles están situados. Podrán igualmente prever que los inmuebles que adquieran con posterioridad se regirán por la ley del lugar de su situación”.

Por su parte, respecto del pacto prematrimonial sobre la pensión compensatoria nos hemos decantado por una calificación alimentista. En este sentido deberemos estar a lo previsto el Reglamento (CE) n° 4/2009 que en materia de ley aplicable remite al Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (art. 15), en el cuál se prevé la posibilidad de que acreedor y deudor de alimentos pacten la ley aplicable a la obligación de alimentos. De hecho, se prevé por un lado, que acreedor y deudor de alimentos pacten, únicamente a los efectos de un procedimiento específico en un determinado Estado, la aplicación de la ley de dicho Estado a la obligación alimenticia. En tal caso, la designación hecha antes de la iniciación del procedimiento deberá ser objeto de un acuerdo, firmado por ambas partes, por escrito o registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta (art. 7 Protocolo de La Haya). Nótese que en este caso el pacto se realiza a los efectos de un procedimiento específico lo que significa que se presume que el acreedor de alimentos o el deudor han interpuesto o van a interponer una acción en materia alimenticia⁹⁶. Ello impide que esta posibilidad pueda ser utilizada por los futuros cónyuges a efectos de determinar la ley aplicable a un pacto prematrimonial en el que se module, limite o incluso renuncie a la pensión compensatoria.

Por su parte el art. 8 del Protocolo de La Haya prevé que las partes puedan pactar, en cualquier momento, la aplicación de una de las siguientes leyes previstas por el propio precepto. Como indica Bonomi, es la preocupación por el acreedor de alimentos lo que lleva a someter la elección a diversas condiciones y restricciones. La primera se refiere al objeto de la elección pues se limita el elenco de leyes elegibles a las siguientes: a) ley de un Estado del cual alguna de las partes tenga la nacionalidad en el momento de la designación; b) la ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación; c) la ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones; d) la ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación (art. 8 Protocolo de La Haya).

Los apartados a) y b) fijan en el tiempo (momento de la elección) las conexiones previstas, *v.gr.*, la nacionalidad o la residencia habitual de cualquiera de las partes. Ambos supuestos podrían ser utilizados por los futuros cónyuges para determinar la ley aplicable al pacto prematrimonial sobre la pensión compensatoria. En ambos casos se asegura la estabilidad del pacto independientemente de que con posterioridad se produzcan cambios en la nacionalidad o la residencia habitual de la parte correspondiente. Mucho más conflictos son los apartados c)

⁹⁶ *Vid.* el Informe Explicativo del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias realizado por A. Bonomi. El Informe puede consultarse en http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=3&cid=133.

y d), referidos a la ley que rige el régimen económico matrimonial y la ley del divorcio. De hecho, la oportunidad de introducir ambos supuestos fue largamente debatida como se señala en el Informe Explicativo⁹⁷. En contra de ello se alegaba que dichos criterios crean un sistema muy complejo sin que ello fuera realmente necesario pues las conexiones previstas en a) y b) ya son suficientemente amplias. Además, las opciones de las letras c) y b) remiten a las normas de conflicto autónomas de los distintos Estados en materia de régimen económico matrimonial y separación y divorcio con lo que se crea únicamente una apariencia de uniformidad. Este argumento, aunque por el momento puede extenderse al ámbito comunitario, variará si la Propuesta de Reglamento en materia de regímenes matrimoniales se convierte en instrumento comunitario y si la cooperación reforzada del RR III se extiende a los Estados que por el momento han quedado fuera del mismo. Por otro lado, si las partes deciden someter la obligación alimenticia a la misma ley que rige el divorcio o el régimen económico matrimonial, la validez de dicha elección dependerá de la validez del pacto respecto del régimen económico matrimonial o del divorcio. En los instrumentos comunitarios hemos visto que se permite dicha elección aunque también limitada a ciertas leyes. En efecto, según el art. 16 de la Propuesta de Reglamento sobre regímenes económico matrimoniales, los cónyuges podrán elegir entre: a) la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges, o b) la ley del Estado de residencia habitual de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección, o c) la ley del Estado de nacionalidad de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección. Obsérvese que las letras b) y c) no añaden nada nuevo y la a) no puede determinarse *ex ante*. En cuanto al RR III, su art. 5 permite a los cónyuges convenir 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 de residencia habitual de los cónyuges, 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 del foro. Teniendo en cuenta lo dicho en materia de competencia judicial internacional, poco añade la ley del foro. Por el contrario, la letra a) sí supone una opción alternativa.

A favor de la utilización de estos criterios de remisión a la ley del régimen económico matrimonial o del divorcio se argumenta que de esta forma una única ley rige las distintas cuestiones que se dirimen en un procedimiento de separación o divorcio.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 32.

Finalmente, el art. 8 en su apartado segundo prevé que “tal acuerdo deberá constar por escrito o ser registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta, y deberá ser firmado por ambas partes”. En caso de que las partes pacten la ley aplicable queda descartada la solución conflictual general prevista en el art. 3 (que remite a la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor de alimentos) y de la especial, prevista en el art. 5, respecto de las obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges y según la cual “(...)...el art. 3 no se aplicará si una de las partes se opone y la ley de otro Estado, en particular la del Estado de su última residencia habitual común, presenta una vinculación más estrecha con el matrimonio. En tal caso se aplicará la ley de ese otro Estado”.

VI. Consideraciones finales

De todo lo dicho hasta ahora se deduce la importancia que en materia de pactos prematrimoniales debe tener la autonomía de la voluntad tanto en el ámbito de la competencia judicial internacional como en el ámbito conflictual. Sólo a través de la misma se puede garantizar la eficacia de los pactos prematrimoniales. En aras a la previsibilidad necesaria es fundamental que los futuros cónyuges puedan pactar tanto el juez que, llegado el momento, conocerá de la separación o el divorcio (el juez del divorcio) como la ley aplicable a los diferentes pactos antenupciales. En el primer caso es conveniente que un solo juez conozca de todas las cuestiones relacionadas con los efectos de la crisis matrimonial respecto de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Como se ha dicho no parece razonable el obligar a los cónyuges a litigar ante tribunales de distintos para obtener una resolución global a sus crisis matrimonial. En sede de ley aplicable, en cambio, sí somos partidarios del fraccionamiento, esto es, de la aplicación de distintas normas de conflicto a los diferentes pactos prematrimoniales, según la naturaleza y función desempeñada por cada uno de ellos. De nuevo es imprescindible que la autonomía de la voluntad de los cónyuges juegue un papel importante. Ahora bien, una autonomía conflictual ilimitada podría ciertamente poner en peligro ciertos intereses dignos de protección, pues como hemos señalando al comienzo se trata de contratos en el ámbito del Derecho de familia. Por ello, la tendencia observada en ciertos instrumentos comunitarios e internacionales a limitar el elenco de leyes elegibles a las realmente vinculadas a la situación, nos parece la opción más acertada. Además, ello permite aplicar una misma ley a todos los pactos. Finalmente, es también relevante que el legislador comunitario cuando establezca el elenco de leyes elegible tenga en cuenta conexiones previsibles antes de la celebración del matrimonio y que las fije en el tiempo.

LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA LEY APLICABLE AL ESTATUTO FAMILIAR *

José Ignacio PAREDES PÉREZ

Profesor asociado de Derecho internacional privado
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Introducción. II. Derechos fundamentales y DIPr. 1. Universalismo jurídico de los derechos fundamentales y su incidencia en las funciones del DIPr. 2. Particularismo de los derechos fundamentales y abandono de la perspectiva nacional en DIPr. III. Incidencia de los derechos fundamentales sobre las técnicas de reglamentación. 1. Los derechos fundamentales como principios estructurales. 2. Los derechos fundamentales como directivas de política legislativa. 3. La aplicación de los derechos fundamentales: A) El orden público internacional; B) Normas de aplicación necesaria.

RESUMEN: La vocación universalista de los Derechos humanos, en lugar de suavizar los particularismos entre los diferentes ordenamientos jurídicos, ha fomentado el conflicto de civilizaciones, y con ello, la alteración de las funciones del DIPr. Más allá de la función de coordinación entre los ordenamientos jurídicos, el DIPr actual deviene un DIPr de cooperación intercultural, preocupado más por evitar la constitución de situaciones jurídicas claudicantes, que por el objetivo clásico de la armonía internacional de las soluciones. El DIPr de la familia deviene, en este sentido, un auténtico banco de prueba de la incidencia que han tenido, y siguen teniendo hoy, los derechos fundamentales no solo en relación con los objetivos del DIPr, sino también en la construcción del sistema y en el funcionamiento de las mismas técnicas de reglamentación.

PALABRAS CLAVE: DERECHOS FUNDAMENTALES — DERECHOS HUMANOS — DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA FAMILIA — SOCIEDADES INTERCULTURALES — NORMA DE CONFLICTO — ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.

SUMMARY: *The universalist scope of human rights, instead of tempering the particularities among different legal systems, has widened the conflict among civilizations, and thus, the alteration of the role of international private law. Apart from the coordination role among legal systems, current international private law (IPL) has become an IPL of intercultural cooperation, more concerned with avoiding claudicating legal situations than with the classical goal of solution's international harmony. IPL in family matters becomes, in this sense, a real testing ground of the impact that fundamental rights have*

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2009–11702 (Subprograma JURI) “Daños internacionales especiales”.

had, and still have, not only regarding goals of the IPL but also in the construction of the legal system and the functioning of the regulation techniques themselves.

KEYWORDS: *FUNDAMENTAL RIGHTS, HUMAN RIGHTS, INTERNATIONAL PRIVATE FAMILY LAW, INTERCULTURAL SOCIETIES, CONFLICT OF LAW, INTERNATIONAL PUBLIC ORDER.*

I. Introducción

La incidencia de los derechos humanos/fundamentales¹ en el sector de la ley aplicable es un tema que, en plena correspondencia con la temática del V Seminario Internacional de DIPr, nos permite efectuar una breve incursión por los diversos avatares que ha sufrido en un pasado este sector del ordenamiento jurídico, a sabiendas que nos va a devolver a un presente marcado por una excesiva complejidad. Resulta paradójico que, si en un pasado, era el DIPr quien daba la espalda a los derechos fundamentales, merced al formalismo y positivismo imperante²; por el contrario, ya en una época reciente, marcada por un DIPr de fuerte carga axiológica, se hayan oído voces a favor de la relajación de aquéllos en la resolución de los conflictos de civilizaciones. Sin duda, el auge de los movimientos migratorios, irrogado por el creciente fenómeno económico de la globalización, ha dado lugar a la configuración de sociedades multiculturales, que

¹ Entendemos con L.M. Díez Picazo, *Sistema de Derechos fundamentales*, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, p. 40, que la expresión “derechos humanos” designan aquellos derechos que, refiriéndose a valores básicos, están declarados por tratados internacionales. La diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales estriba en la fuente que los reconoce y protege: interna, en el caso de derechos fundamentales, e internacionales, en el caso de los derechos humanos. Desde el punto de vista de la familia, los principios directores e inspiradores se deducen de una serie de textos, cuya fuente, sin pretender ser exhaustivos, es de “origen universal” (la DUDH, de 10 de diciembre de 1948; los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966); el Convenio relativo al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 1962; el Convenio sobre los Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989. De origen europeo, que englobarían los adoptados en el marco del Consejo de Europea, a través del CEDH de 4 de noviembre de 1950, y la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CDF), de 7 de diciembre de 2000, firmada en Niza. Ambos instrumentos forman un Derecho constitucional europeo. Hasta no hace mucho la CDF no constituía un instrumento jurídico vinculante, sin embargo, si formaban parte de los principios generales del Derecho que garantiza el TJ (*vid.*, a modo de ejemplo, la STJ 27 de junio de 2006, as. C-540/03: *Parlamento Europeo c. Comisión*). Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, al art. 6 TUE establece que la CDF tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. Por otra parte, el TJ ha recurrido a los derechos del CEDH como criterios hermenéuticos para garantizarlos y, como prevé el precepto citado, forman parte de la UE. Por último, de fuente estatal, los consagrados en la CE, y, concretamente, que afectan al Derecho de familia: arts. 10.1º, 14, 16, 32.2º y 39.2º

² Dichas posiciones identificaban el DIPr con el método conflictual, considerando que la norma de conflicto era un mero mecanismo técnico de remisión neutral, sustraído a la influencia de los derechos fundamentales. Precisamente, la asignación a la norma de conflicto de su función de delimitación del ámbito de aplicación espacial de la normativa del foro, determinaba la incidencia parcial de los derechos fundamentales únicamente cuando era declarada aplicable ésta última, y no cuando se trataba de una *lex aliena*, *vid. infra*.

han contribuido al incremento de las relaciones personales y familiares en las que intervienen elementos culturales diversos³. El Derecho de la persona y la familia son los sectores más sensibles a ese fenómeno marcado por la creciente naturaleza transterritorial de la vida social⁴, marcada por la tensión entre la integración social del extranjero y el respeto a la identidad cultural⁵. En el trasfondo de ese conflicto subyacen los derechos fundamentales, que sin renunciar a su vocación universal, necesita de la colaboración del DIPr para la resolución adecuada de las actuales relaciones internacionales personales y familiares. Dicha cooperación, como vamos a ver, ha supuesto cambios en las funciones de la disciplina, como en la aplicación e interpretación de las técnicas de reglamentación.

II. Derechos fundamentales y DIPr

1. Universalismo jurídico de los derechos fundamentales e incidencia en las funciones del DIPr

La vocación universalista de los derechos humanos, lejos de trascender los particularismos de los diferentes ordenamientos y, con ello, favorecer la coordinación de sistemas jurídicos, ha fomentado los conflictos de civilizaciones, poniendo en serios aprietos al objetivo de la armonía internacional de las soluciones. Siendo la universalidad de los derechos humanos su característica esencial de los mismos, y no su aspiración a la unificación, ello debería de haber supuesto, por un lado, la superación de fronteras políticas y su eficacia en ordenamientos diferentes, y, por otro, su proyección a todos los individuos con independencia de los vínculos que presente con el ordenamiento concreto que reconozca positivamente tales Derechos. Como señala R. Arenas García⁶, estas dos consecuencias presentan gran relevancia en el contexto de un mundo globalizado, pues permitirían establecer una estructura jurídica mínima de alcance global, facilitando el tratamiento de la complejidad derivada de un mundo cada vez más interrelacionado. La consecuencia lógica de semejante aseveración sobre el DIPr es que debería suavizar el particularismo de los diferentes sistemas jurídicos a través del reconocimiento de un *corpus principium* común a todas las naciones⁷.

³ J.C. Fernández Rozas, "Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XX", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 9, 2000, pp. 7-32, esp. pp. 8-9.

⁴ Vid. PA de Miguel Asensio, "El Derecho internacional privado ante la globalización", *AEDIPr*, t. I, 2000, pp. 37-87, esp. p. 39.

⁵ Vid. P. Abarca Junco, "La regulación de la sociedad multicultural", en AL Calvo Caravaca (dir.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 163-181.

⁶ Id., "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-Gasteiz*, 2007, pp. 19-94, esp. p. 78.

⁷ H. Fulchiron, "Droits fondamentaux et règles de droit international privé: conflits de droits, conflits de logiques? (L'exemple de l'égalité des droits et responsabilités des époux au regards du mariage,

Sin embargo, la ausencia de la necesaria homogeneidad cultural y política a nivel global ha supuesto un obstáculo importante en pos de la pretendida universalidad de los derechos humanos⁸, frente a lo cual, como bien ha señalado el autor antes citado⁹, el DIPr se erige en uno de los principales encargados de gestionar la complejidad que se deriva de la tensión entre aquélla y la relatividad de su reconocimiento positivo.

Como ha apuntado S. Sánchez Lorenzo¹⁰, el Derecho de familia deviene un banco de prueba de cómo en el mundo occidental e islámico la pretendida universalidad se realiza mediante la universalización de una cultura particular, generando irreversiblemente conflictos de civilizaciones¹¹. En este sentido, para B. Fauvarque-Cosson¹² cuanto más diferentes son las civilizaciones, la coordinación de los sistemas jurídicos solo resulta posible preservando el relativismo del DIPr, de lo contrario, el objetivo de la armonía internacional de soluciones deviene inaccesible. En este contexto se integran las concepciones relativistas que propugnan, ante la imposibilidad de un consenso entre las diferentes culturas, la inviabilidad de la universalidad de los derechos humanos. La traducción jurídica de esta posición anclada en el relativismo cultural puede definirse de la siguiente manera: la extrema diversidad de Derechos de familia que coexisten en el mundo ponen de manifiesto la diversidad de concepciones culturales y religiosas en

durant le mariage et lors de sa dissolution)”, en F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, 2002, pp. 353–386, esp. 355.

⁸ Vid. P.A. De Miguel Asensio, “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *RDP*, julio–agosto, 1998, pp. 541–558, esp. p. 5.

⁹ R. Arenas García, “Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, p. 80.

¹⁰ S. Sánchez Lorenzo, “Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia”, *AHLADI*, vol. 17, 2005, pp. 87–130, esp. p. 95.

¹¹ Prueba de ello es, por un lado, la adaptación por los países islámicos de las declaraciones universales de Derechos humanos inspiradas en la concepción de la cultura occidental para proponer sus propias declaraciones (vid. S. Sánchez Lorenzo, “Globalización...”, *loc. cit.*, pp. 98 y 99). Por otro lado, el vacío de contenido de los instrumentos universales por parte de los Estados musulmanes que se adhirieron a los mismos bajo el recurso de la formulación de reservas (vid. P. Kinsch, “Droits de l’homme, droit fondamentaux et droit international privé”, *R. des C.*, t. 318, 2005, pp. 9–332, esp. p. 221. En el mismo sentido, P.A. De Miguel Asensio, “Derechos humanos...”, *loc. cit.*, p. 5), subordinando la aplicación de dicha normativa a su compatibilidad con el Derecho islámico, o bien recurriendo a la tergiversación jurídica formulando la aceptación como vía para aplazar o dilatar en el tiempo la ratificación (M. Guzmán Zapater, *Sociedad internacional y Derecho internacional privado*, Colex, Madrid, 2006, p. 64). Por último, la especial atención en los pueblos africanos a los derechos colectivos frente a los individuales de la concepción occidental, y es en esta línea en la que se enmarca la coexistencia en los países de corte islámico de comunidades religiosas cuyos fieles se someten a sus respectivas normas confesionales. Por ejemplo, la Carta de Derechos Humanos de la OUA, la Carta Africana de Derechos humanos y Derechos de los Pueblos, vid. en este sentido, E. Mayer, “Current Muslim Thinking on Human Rights”, en Au-Naim y F.M. Deng (eds.), *Human Rights in Africa : Cross Cultural Perspective*, Washington, 1990, p. 148.

¹² B. Fauvarque-Cosson, “Droit comparé et droit international privé: la confrontation de deux logiques a travers l’exemple des droits fondamentaux”, *Rev. int. dr. comp.*, 2000, n° 4, pp. 798–818, esp. p. 809.

la constitución de relaciones personales y familiares. El DIPr acostumbrado a ese pluralismo, deviene el cauce idóneo para garantizar el respeto a la diversidad cultural y paridad de los ordenamientos jurídicos que coexisten en el mundo¹³; siendo su función la preservación y protección de la identidad cultural¹⁴.

Sin embargo, como apunta P.A. De Miguel Asensio, la tendencia a convertir la protección de la identidad cultural en uno de los fundamentos del DIPr “puede devenir en ocasiones un peligroso instrumento de represión, pues esa actitud puede servir para fundamentar el traslado a un círculo cultural diverso de preceptos jurídicos incuestionables (de base religiosa) cuya fundamentación y desarrollo se encuentran muy alejados de los que es propio del Derecho en el área occidental”¹⁵. En efecto, una cosa es aceptar el relativismo cultural de los derechos humanos y otra bien distinta es aceptar con todas sus consecuencias el relativismo jurídico. Dato este último que, lejos de ser aprehendido bajo cualquier forma de creencia etnocéntrica, sirve para poner de relieve la inevitabilidad del conflicto intercultural y jurídico merced al límite infranqueable al reconocimiento de la diversidad cultural como resulta el respeto a los derechos fundamentales¹⁶. Partiendo de esta preposición, el DIPr se enfrenta a la tarea de proporcionar una reglamentación adecuada a la compleja realidad de los conflictos interculturales en el ámbito del Derecho de familia.

La presencia en el territorio de un número creciente de extranjeros provenientes de diferentes culturas plantea una tensión especial entre la necesidad de fomentar la integración social del extranjero y el respeto a la diversidad e identidad cultural. Por consiguiente, en la actualidad, el Estado se encuentra presionado desde arriba por los Derechos humanos y desde abajo por el respeto de respeto de la identidad cultural de los inmigrantes¹⁷. Como señala G. Esteban de la Rosa¹⁸, partiendo de una noción funcional de la integración, que tome en consideración las especialidades del hecho inmigratorio, cabe afirmar, que no se trata de cuestiones opuestas sino complementarias. La integración o cohesión social deviene, así, un *príus* necesario para la conformación de sociedades pluriculturales, lo cual, para evitar la segregación y el diferencialismo, hace precisa la equiparación en derechos de todas las personas que conviven en una sociedad (art 14

¹³ Vid. en este sentido, H. Guademet-Tallon, “Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l’arc-en-ciel): cours général”, *R. des C.*, t. 312, 2005, pp. 23–488, esp. p. 429.

¹⁴ E. Jayme, “Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *R. des C.*, t. 251, 1995, pp. 9–268, esp. p. 34.

¹⁵ P.A. de Miguel Asensio, “Derechos humanos...”, *loc. cit.*, p. 8.

¹⁶ Cf. S. Sánchez Lorenzo, “Globalización...”, *loc. cit.*, p. 90.

¹⁷ Vid. J. Vidal-Beneyto, “Prólogo”, en A. Blanc Altemir (ed.), *El Mediterráneo: un espacio común para la cooperación, el desarrollo y el diálogo intercultural*, Madrid, 1999, pp. 9–16, esp. p. 9.

¹⁸ G. Esteban de la Rosa, *Inmigración y Derecho internacional privado*, Madrid, Difusión Jurídica, 2009, p. 33.

CE)¹⁹, pues no es la mera diversidad la que contribuye a la conformación de las actuales sociedades multiculturales²⁰, sino el reconocimiento del derecho de la diferencia basada en la identidad cultural (art. 10.1º CE)²¹. Por tanto, el DIPr de la familia, basado en la noción funcional de integración, lejos de ser un Derecho de coordinación de sistemas jurídicos²², está llamado a ser un DIPr intercultural. Un canal de comunicación entre los diversos códigos culturales de las civilizaciones, cuya función es promover la continuidad espacial de las relaciones familiares de las personas que migran tanto en el país de destino, como en el país de procedencia, con el que no pierden los lazos por el sólo hecho de que no regresen de forma inmediata²³. Por ello, la coordinación entre sistemas jurídicos cede a favor de la cooperación internacional, no sólo entre autoridades administrativas o judiciales, sino entre los distintos ordenamientos jurídicos que entran en relación en cada situación privada internacional²⁴.

2. Particularismo de los derechos fundamentales y abandono de la perspectiva estatal en DIPr

La consagración positiva de los derechos fundamentales pone de relieve una resistencia al abandono de la perspectiva estatal, en lo referente al proceso de interpretación y aplicación de los mismos; todo lo contrario, de lo que ha sucedido en DIPr, tras la segunda mitad del siglo pasado, a results del proceso de

¹⁹ *Id.*, pp. 38–39.

²⁰ *Id.*, pp. 77.

²¹ *Id.*, pp. 33–34.

²² La función de DIPr como Derecho de coordinación entre sistemas jurídicos no se compadece bien con las necesidades de reglamentación que demandan las situaciones personales o familiares mezcla de diversas concepciones culturales y jurídicas. Dicha función responde al planteamiento savigniano, forjado en el contexto de la comunidad de Derecho entre las naciones, entre ordenamientos que no presentaban diferencias sustanciales entre sí. Esa ausencia de variedad cultural permitía que todos los Derechos fueran perfectamente intercambiables y se acomodara al objetivo de la armonía internacional de las soluciones. Principio que sobrevivió al relativismo particularista, que introdujeron los nacionalismos, y tuvo plena vigencia a lo largo del siglo pasado al ser el objeto del DIPr relaciones familiares entre personas pertenecientes a la misma civilización (*vid.* S. Sánchez Lorenzo “Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de siglo”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1997, pp. 149–173, esp. p. 155). Por el contrario, la nueva base sociológica que constituye el actual objeto ha puesto al descubierto la carencia de la función de coordinación para lograr la continuidad espacial de las relaciones personales y familiares, pues lo importante no es que la respuesta jurídica sea la misma con independencia de la autoridad ante la que se presente como procurar que la relación personal o familiar que se pretende constituir no resulte claudicante en el país de origen del inmigrante (*vid.* G. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, p. 137. Igualmente, sobre la función de DIPr como coordinador de sistemas jurídicos en el ámbito del Derecho de familia, *vid.* A. Bucher, “La famille en droit international privé”, *R. des C.*, t. 283, pp. 9–186, esp. p. 49–59.

²³ G. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, p. 41. *Vid.* en el mismo sentido, P. Juárez Pérez, “Hacia un Derecho internacional privado intercultural”, en A.L. Calvo Caravaca y P. Blanco-Morales Limones (dirs.), *Globalización y Derecho*, Madrid, Colex, pp. 331–349, esp. pp. 347–349.

²⁴ G. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, p. 169.

transformación de la sociedad contemporánea. El resultado de este cambio, motivado por determinados factores ligados al fenómeno de la globalización, es el debilitamiento del paradigma estatal²⁵. Dicho fenómeno se explica en nuestro país²⁶, merced a la cláusula de interpretación de los derechos fundamentales, prevista en el art. 10.2º CE. Este precepto impone al intérprete la tarea de confrontar o contrastar el significado y alcance del derecho fundamental con el que se desprende del examen de la normativa internacional sobre derechos humanos, lo que implica que su contenido “se convierta en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo Segundo del Título I de la CE”²⁷. A resulta del citado pronunciamiento, señala J.D. González Campos²⁸, el art. 10.2º CE constituye una cláusula de garantía del contenido de los derechos humanos reconocidos por la CE, al excluir, por vía de interpretación, que se pueda reducir su contenido²⁹. Desde una perspectiva europea, sin negar que el recurso a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo forja una homogeneización de los derechos humanos de mano de un pretendido orden público europeo, no es menos cierto que, en virtud de la cláusula del art. 10.2º CE, el CEDH constituye el *minimum* a partir del cual resulta posible extender o dilatar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en la CE. Dicho con otros términos, la cláusula prevista en el art. 10.2º CE deja abierta la puerta a un posible particularismo nacional en relación con la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales cuyo efecto negativo es la posible quiebra de un auténtico orden público europeo en el ámbito del Derecho de familia.

Un ejemplo de este particularismo jurídico es el caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo. De la redacción del art. 32 CE y 12 CEDH no se puede colegir de manera rotunda que proteja el derecho a contraer matrimonio pero tampoco cabe extraer su prohibición; más liviana resulta la redacción del art. 9 CDFUE. No obstante, al margen de posibles razonamientos en términos de discriminación por razón de sexo, la cuestión que se plantea es si hay obstáculos constitucionales para ampliar la institución matrimonial y dar cabida a ella a parejas del mismo sexo. La respuesta a esta cuestión, como señala L.M. Díez—

²⁵ M. Guzmán Zapater, *op. cit.* pp. 10 ss. Igualmente, R. Arenas García, *loc. cit.*, pp. 21 ss.

²⁶ En Alemania, señala P. Kinsch (*loc. cit.*, pp. 210–211), la concreción del significado y alcance de los derechos fundamentales se realiza sobre la base de criterios o cánones hermenéuticos nacionales.

²⁷ STC 36/91, de 14 de febrero.

²⁸ J.D. González Campos, “Las normas internacionales sobre derechos humanos y los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución española (art. 10.2 CE)”, en P. Cruz Villalón, J.D. González Campos y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Tres lecciones sobre la Constitución*, Sevilla, Merglabum, 1999, pp. 31–54. esp. p. 53.

²⁹ *Vid.* igualmente A. Barero Ortega, “La transformación de la Constitución española a la luz del Derecho constitucional europeo”, *RDCE*, nº 10, julio–diciembre, 2008, pp. 365–384, esp. p. 373 ss.

Picazo³⁰, depende de que se adopte una visión de los citados preceptos, bien como derecho subjetivo, en cuyo caso no impediría al legislador ampliar la institución matrimonial a parejas del mismo sexo, o bien de que se adopte una visión de aquéllos próxima a una garantía institucional, en cuyo caso no tendría cabida en la institución matrimonial. La primera interpretación es la que han seguido legislaciones internas como Países Bajos, Bélgica y España. En todo caso, la propia jurisprudencia evolutiva del TEDH en esta materia, atenta a las transformaciones sociales, seguramente se irá orientando en la línea de incorporar el matrimonio entre homosexuales al contenido del art. 12 CEDH. A ello apunta su nueva doctrina respecto al matrimonio entre transexuales (STEDH 11 de julio de 2002, en el as. *Christine Goodwin c. Reino Unido*)³¹, donde se insiste en que la incapacidad para una pareja de concebir o criar a un hijo no puede ser motivo para privarle del derecho casarse³². Sin pretender poner en duda el forjamiento progresivo de un orden público europeo, sin embargo, son evidentes los casos que ponen de manifiesto la ausencia de homogeneidad o valores compartidos en el seno de los países de la UE³³, cuyo efecto puede ser negativo toda vez que irroga una renacionalización del DIPr de la familia³⁴, susceptible de comprometer las oportunidades de una eventual unificación europea. Como bien indica S. Sánchez Lorenzo³⁵, a pesar de la estrecha vinculación cultural y un catálogo uniforme de derechos fundamentales, la diversidad cultural³⁶ de las distintas

³⁰ L.M. Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 489–492.

³¹ En la misma dirección se ha pronunciado la STJ 7 de enero de 2004, as. C–117/01: *K.B c. National Health Service Pensions Agency*.

³² *Vid.* en particular el FJ §103.

³³ Sobre esta misma cuestión señala H. Gaudemet-Tallon (“Le pluralisme...”, *loc. cit.*, p. 437): “pour les droits de l’homme touchant au statut personnel, la Cour de Strasbourg est prudente: constatant que les opinions sont encore loin d’être unanimes sur diverses questions, elle évite de prendre parti et laisse aux Etats ‘une marge nationale d’appréciation’. Par exemple, loin d’affirmer un droit absolu pour l’enfant à voir sa filiations établie, elle admet l’accouchement sous X connu du droit français au nom de la marge nationale d’appréciation. Et l’on peut se poser la question de savoir si la Cour admettrait ou non un ‘droit au mariage’ entre personnes de même sexe car, si cette union est admise par certains Etats, elle est encore soit au moins discutée soit carrément rejetée dans d’autres. Il paraît également difficile que la Cour de Strasbourg impose une position unitaire à tous les Etats contractants en ce qui concerne le recours aux diverses techniques de procréation assistée: qu’il s’agisse, par exemple, de la liceité du diagnostic préimplantatoire ou du recours aux mères porteuses, les droits et les opinions publiques des Etats contractants sont trop partagés pour qu’il soit, actuellement, concevable d’imposer telle ou telle réponse. Sur de telles questions, la réaction de l’ordre public restera donc dictée par les considérations nationales et la proximité avec l’ordre juridique du for pourra légitimement jouer un rôle”.

³⁴ S. Sánchez Lorenzo, nota en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, p. 618.

³⁵ *Id.*, “Globalización...”, *loc. cit.*, p. 91.

³⁶ Si nos situamos en el ámbito de los derechos fundamentales en la UE, y, más en concreto, en el apartado relativo a los criterios de interpretación, las disparidades también pueden producirse dentro del espacio de la integración económica. Por un lado, a pesar de que la CDF disponga que se estará al mismo sentido y alcance que le confiere el CEDH a un derecho previsto también en aquélla, ello no

familias jurídicas en Europa explica que el Derecho de familia en modo alguno resulta permeable a la unificación jurídica. Prueba de la falta de consenso europeo en determinadas materia es el recurso por el TEDH a tener que adoptar un nuevo concepto de “tendencia internacional continua” como vector fundamental de expansión jurisprudencial de la CEDH³⁷.

III. La influencia de los derechos fundamentales en las técnicas de reglamentación

1. Los derechos fundamentales como principios estructurales

Una gran parte del siglo pasado estuvo presidida por la idea de que el sistema conflictual de cada ordenamiento estatal, en cuanto delimitador de la esfera de validez del mismo, estaba sustraído a la influencia de la Constitución³⁸. Un giro copernicano se produjo con la célebre Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 4 de mayo de 1971³⁹, al afirmar, con carácter general el control de constitucionalidad de las normas de DIPr y el rechazo de su carácter neutro⁴⁰.

obstante, la CDF reserva la posibilidad de conceder una protección más extensa (art. 52.3º). De este modo, el CEDH sigue siendo el mínimo común denominador, a partir de cual, cabe ofrecer un nivel de protección más elevado. Ahora bien, esto que podría permitir un alineamiento por arriba de la protección entre los Estados miembros puede verse frenado al disponer CDF que los derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones (art. 52.4º).

³⁷ Vid. FJ §85 de la STEDH *Christine Goodwin c. Reino Unido*. Vid., S. Sánchez Lorezno, “note...”, *loc. cit.*, pp. 620 y 621.

³⁸ Vid. J. Puente Egido, “Influencia del Derecho constitucional en la configuración de nuevas reglas de conflicto: examen de la jurisprudencia civil de nuestro Tribunal Supremo de 1933 a 1937 en la determinación de la ley aplicable a las relaciones entre cónyuges”, *REDI*, 1973, pp. 327–348, esp. p. 328. En Alemania, el debate surgió a raíz de la entrada en vigor de la Ley Fundamental, en particular, ante la tensión entre su art. 3.2º (prohibición de discriminación entre hombres y mujeres) y la norma de conflicto sobre los efectos del matrimonio –§ 15. 1 y 2 *EGBGB*, que utilizaba la ley nacional del marido como criterio de conexión–. La jurisprudencia civil conservadora mantuvo la aplicación de la ley nacional del marido no necesariamente perjudicaba a la mujer y que, al contrario, podría ser más ventajosa para ella que la aplicación de su ley nacional (*vid. P. Kinsch, loc. cit.*, p. 138). En este sentido, cabe citar la Sentencia del *Bundesgerichtshof*, de 8 de enero de 1964 (*vid. F. Rigaux “Droit constitutionnel et droit international privé”, en M. Dony (coord.), Mélanges en hommage à M. Waelbreck*, vol. I, Bruselas, 1999, pp. 111–137, esp. pp. 121 y 122).

³⁹ Vid. R. Arroyo Montero, “Derecho internacional privado y Constitución (proyección en la jurisprudencia española de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal de Alemania)”, *REDI*, nº 2, 1988, pp. 89–103, esp. pp. 95–96. También, J.M. Espinar Vicente, “Constitución, desarrollo, legislativo, y Derecho internacional privado”, *REDI*, 1986, pp. 109–134, esp. pp. 109–110.

⁴⁰ La referida sentencia sirvió de referente a la jurisprudencia civil para declarar la inconstitucionalidad de la conexión basada en una concepción patriarcal del matrimonio, que fue posteriormente reformada en 1986 para tratar por igual a los dos esposos. Esta reforma fue precipitada por dos Sents. del BVerfG de 22 de febrero de 1983 y 8 de enero de 1985 (*vid. F. Rigaux, loc. cit.*, pp. 121 y 122). La evolución en el Derecho alemán influyó bastante en Italia, cuyo Tribunal Constitucional rechazó el carácter neutro de las normas de atribución a través de dos importantes Sentencias de la Corte Constitu-

Tras la entrada en vigor de la CE, en España se ha asistido a un proceso de reforma legislativa profunda con el objeto de adecuar la normativa de DIPr a la idea nuclear de aseguramiento del respeto a los derechos fundamentales establecidos en la misma, pues, en efecto, los principios directores o estructurales que incorpora la CE afectan, igual que al resto del ordenamiento jurídico español, al DIPr en función de lo dispuesto en el art. 9.3º CE: el ordenamiento reposa en los principios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica⁴¹. Todo ello ha llevado al poder legislativo a proceder a la modificación de las normas incompatibles con los principios estructurales o, en ausencia de reforma legislativa, a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas preconstitucionales contrarias a la CE, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1º (vinculación directa de la CE a los poderes públicos) y 2º (remoción de los obstáculos que se opongan a la efectiva incorporación de los principios a las decisiones adoptadas) del art. 9 CE⁴².

El Derecho de familia ha sido el sector más sensible a dicha adecuación. Un claro ejemplo de la inconstitucionalidad de normas preconstitucionales de DIPr es el relativo a los efectos del matrimonio en los art. 9.2º y 3º Cc, introducidos ambos por el Real Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, de Reforma del Título Preliminar del Cc. Dichos preceptos sobrevivieron en nuestro sistema de espaldas al principio de igualdad general (art. 14 CE) y específico de los cónyuges (art. 32 CE) hasta la reforma de 1990. Durante ese lapsus de tiempo se plantearon problemas de Derecho transitorio, que, finalmente, dio pie a la STC 39/2002, de 14 de febrero, en respuesta a un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 9.2º Cc, —extensible al Derecho interregional por el art. 16 Cc—, que sometía el régimen económico matrimonial a la Ley nacional del marido. La inconstitucionalidad sobrevenida, basada en la retroactividad de la CE, justificó que, finalmente, el TC declarase la inconstitucionalidad del anterior art. 9.2º Cc, si bien, como señaló J.D. González Campos⁴³, dicha cuestión no parece haber quedado

zionale: de 26 de febrero de 1987 (en relación con el art. 18 Disposiciones Preliminares al Cc italiano y los arts. 3.1º y 29 Constitución italiana) y, poco después, de 25 de noviembre de 1987 (en relación con el art. 20 de las Disposiciones Preliminares al Cc italiano y las relaciones paterno-filiales)

⁴¹ La vinculación de los derechos fundamentales a los órganos de aplicación del Derecho permite traer aquí las denuncias realizadas desde la doctrina —por ejemplo, E. Artuch Iriberrí, “Matrimonios mixtos: diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *Derecho registral internacional*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 199–222, esp. pp. 201–217; S. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *ibid.*, pp. 247–273), en relación con la mala práctica de la jurisprudencia registral que conculca principios esenciales del ordenamiento, como el de legalidad derechos fundamentales, como el derecho al matrimonio, e inaplicar normas de rango de ley (art. 9.1º Cc: ley aplicable al consentimiento matrimonial), para evitar el matrimonio simulado.

⁴² *Vid.* R. Arroyo Montero, *loc. cit.*, pp. 95 y 96.

⁴³ J.D. González Campos, “The Spanish Constitution and Private International Law in Constitutional Jurisprudence”, *Spanish Yearb. Int’l L.*, vol. IX, 2003, pp. 1–26, esp. p. 17. Igualmente, *vid.* S. Álvarez González, “Desarrollo y normalización constitucional del Derecho internacional privado español”, *Paces*

resuelta, merced a decisiones, como la SAP Baleares 10 de septiembre de 2002⁴⁴, que prefieren expresamente el principio de seguridad jurídica, *ex art.* 9.3º CE, frente a la inconstitucionalidad sobrevenida.

Cabría preguntarse, por último, si una norma de conflicto que utilice la conexión de la nacionalidad puede ser contraria al principio de no discriminación⁴⁵. Dicha cuestión se planteó en el ámbito del Derecho comunitario⁴⁶ a raíz de la consulta, elevada al TJ, en el asunto *Johannes c. Johannes*⁴⁷, que, lamentablemente, no resolvió al considerar que la norma de conflicto de un Estado miembro en materia de divorcio no se podía oponer al antiguo art. 12 TCE al no formar parte aquélla del ámbito de aplicación del TCE. Más allá de las críticas a

Artis. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos, t. II, Madrid, 2005, pp. 1140–1163, esp. pp. 1145–1149.

⁴⁴ *Vid.*, igualmente, la SAP Castellón 6 de octubre de 2001, y las SSTs 6 de octubre de 1986 y 11 de febrero de 2005. La preferencia por la seguridad jurídica es, como indica J.D. González Campos (“The Spanish Constitution...”, *loc. cit.*, pp. 16–17), la solución que acogió también el Tribunal Constitucional portugués en su sentencia 90/03, de 14 de febrero de 1990, posteriormente, consagrada en la Const.; *vid.* también S. Álvarez González, *loc. cit.*, p. 1148. En resumen, con decisiones como esta última hace que, desde luego, posean aún vigencia, las palabras del profesor R. Arroyo Montero (*loc. cit.*, p. 89), en 1988, en relación con las interpretaciones de sentencias, incompatibles con los principios y valores establecidos en la CE, como las SSTs, de 6 de octubre y 9 de diciembre de 1986, pues impiden afirmar la consecución del sistema de DIPr, al menos, desde el punto de vista de su aplicación.

⁴⁵ En un plano teórico no es posible ver a la norma de conflicto como una norma *per se* discriminatoria, pues, partiendo del principio de igualdad, resulta claro que, por definición, lo homogéneo y lo heterogéneo requieren de un tratamiento distinto (*vid.* J.M. Espinar Vicente, *Ensayos sobre la teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 123 y 124). La cuestión se ha trasladado a las normas de conflicto de carácter sustantivo, que utilizan criterios de conexión alternativos, subjetivos (autonomía conflictual) para la consecución de la realización de un efecto material. Así, M. Wengler (“Les conflits de lois et le principe d’égalité”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, pp. 203–321) considera que son discriminatorias al romper el principio de igualdad entre las situaciones internas e internacionales, subyacente al método bilateral; si bien, reconoce la excepción de las situaciones absolutamente internacionales, que exigen la necesidad de reglamentación específica, a través de normas materiales especiales. En contra, *vid.* P. Patocchi (*Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Ginebra, Librairie de l’Université, 1985, p. 271 ss.).

⁴⁶ Un caso similar se planteó con la STEDH 18 de diciembre de 1986 (as. *Johnston c. Irlanda*). Un nacional irlandés, con domicilio en su país en la época en que estaba prohibido el divorcio (art. 41.3.2º de la Constitución irlandesa), quiso hacer valer ante el TEDH la situación de discriminación en que se hallaba frente a otras personas (irlandesas y no irlandesas) domiciliadas fuera de Irlanda, las cuales, a través de las reglas jurisprudenciales irlandesas en sede de reconocimiento, podían obtener el divorcio en el extranjero y reconocerlo después en Irlanda. El TEDH no vió –FFJJ 60 y 61– que hubiera ninguna vulneración, toda vez que se trataban de situaciones desiguales.

⁴⁷ STJ 10 de junio de 1999, as. C–430/97: *Johannes c. Johannes*). Se consultó al TJ si la norma de conflicto belga en materia de divorcio –la cual remitía en el caso a la ley alemana, en virtud de la conexión de la nacionalidad de los cónyuges– resultaba contraria al antiguo art. 12 TCE. Concretamente, el Sr. Johannes (funcionario europeo) consideraba que existía una discriminación por razón de la nacionalidad, pues la aplicación de la ley alemana –que reconoce el mecanismo de reparto compensatorio de los derechos de pensión entre esposos divorciados–, le obligaba a pagar una suma más elevada de dinero, de la que estaría obligado a pagar en la misma situación un funcionario belga –cuyo Derecho desconoce dicho mecanismo de reparto–.

este pronunciamiento⁴⁸, es evidente que la nacionalidad constituye un criterio de discriminación pero no es menos cierto que se trata de una discriminación legítima, reflejo de la diversidad de los Estados. Conforme a esta lógica, la nacionalidad se justifica por el respeto a la autonomía de los ordenamientos jurídicos y por la presunción de que la aplicación de su ley nacional a las cuestiones del estatuto personal responde a los intereses del extranjero en cuanto que expresa el vínculo personal permanente con el Estado del que es nacional. Dicho con otras palabras, en el ámbito del estatuto personal y familiar el criterio de la nacionalidad actúa de forma neutral, sin conferir un trato privilegiado a los nacionales del foro ni discriminatorio a los no nacionales⁴⁹; la desigualdad de situaciones es el resultado de la aplicación de Derechos nacionales diferentes. Cuestión distinta es la incidencia del Derecho comunitario en la solución al conflicto positivo de nacionalidades cuando concurren las de dos Estados miembros, como sucedió en el ámbito del estatuto personal con el asunto *García Avello*⁵⁰. Más allá de las críticas en relación con la justificación de la aplicación del Derecho comunitario a este caso⁵¹, en lo que aquí interesa la importancia del mentado asunto es doble en la medida que, por un lado, el TJ basa en la noción de la ciudadanía europea la infracción del Derecho comunitario por parte de las autoridades belgas en la solución del conflicto positivo de nacionalidades (pertenecientes a Estados miembros) en materia de cambio de apellidos, considerando que se infringía el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, al tratar de la misma forma dos situaciones distintas (la de los hijos con nacionalidad belga y la de los que poseen doble nacionalidad) y por los perjuicios derivados para la libre circulación de los ciudadanos de la diversidad de apellidos que provoca la sujeción a dos sistemas jurídicos dispares. Por otro lado, la decisión del TJ afecta de forma directa en las normas previstas en cada Estado para la determinación del punto de conexión de la nacionalidad en las normas de conflicto. En efecto, co-

⁴⁸ Es sabido que la incidencia del Derecho comunitario sobre el DIPr estatal no se agota solo con los resultados que conduce el proceso de integración positiva, dado que también el Derecho comunitario, en general, a través de sus principios y del desarrollo de las libertades básicas incide sobre el DIPr de los Estados miembros, en sectores no armonizados (como era el caso en el momento en que se dicta la mentada sentencia). *Vid.* en este sentido, S. Sixto Sánchez Lorenzo, "Incidencia del Derecho comunitario en la interpretación de las normas del Derecho internacional privado estatal a la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp. 339-375, esp. p. 340.

⁴⁹ Todo lo contrario de lo que acontece en el ámbito del Derecho patrimonial. *Vid.* S. Sánchez Lorenzo, "La incidencia del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1998, pp. 61-81.

⁵⁰ STJ 2 de octubre de 2003, as. C-148/02: *García Avello*.

⁵¹ *Vid.* A. Quiñones Escámez, "Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)", *RDCE*, n° 18, 2004, pp. 507-529, esp. pp. 511-512.

mo señala la Instrucción General, de 23 de mayo de 2007, de la DGRN, “sobre apellidos de los extranjeros nacionales españoles y su consignación en el Registro civil español”⁵², la sentencia *García Avello* impide que se aplique sistemáticamente el art. 9.º Cc, y que se imponga al doble nacional hispano-comunitario los apellidos correspondientes según la Ley española. El alto órgano directivo aboga en estos casos por la autonomía conflictual, reconociendo a los interesados plurinacionales, o a sus representantes legales, el derecho a elegir libremente cualquiera de las leyes nacionales, sin necesidad siquiera de que la ley elegida coincida con la nacionalidad más efectiva⁵³.

2. Los derechos fundamentales como directivas de política legislativa

Como he indicado *supra*, la base social del actual DIPr de la familia es muy diferente de la que se ocupaba en el siglo pasado —situaciones que afectan a personas pertenecientes a la misma civilización—, lo que obliga al DIPr a procurar una respuesta adecuada a las relaciones que puedan llegar a constituirse entre personas que pertenecen a culturas diferentes en el sector de la persona y la familia. En este orden de consideraciones se ha defendido la idoneidad del criterio de conexión de la nacionalidad⁵⁴, no tanto como un atributo de la soberanía estatal, como expresión de la auténtica cooperación y comunicación entre ordenamientos en orden a dar respuesta a las situaciones vinculadas con la inmigración, y del derecho al libre desarrollo de la persona (art. 10.1º CE)⁵⁵, con el límite del orden público/aplicación directa de los derechos fundamentales cuando la ley nacional sea contraria a los valores superiores del foro. Siendo respetuosa con la identidad de la persona e idónea⁵⁶ para identificar fácilmente, en el seno de un sistema interpersonal, el Derecho que le corresponde a la confesión de la persona, sin embargo, dicha remisión, que presupone ciertas creencias religiosas, puede ser en contra de la libertad personal del inmigrante⁵⁷. Por el contrario, los partidarios de una política no tanto de integración como de asimilación prefieren la conexión de la residencia habitual o el domicilio⁵⁸, más en sintonía con el art.

⁵² BOE, 4-VII-07.

⁵³ En definitiva, se trata, por un lado, de un claro ejemplo de la especialización por el ámbito espacial de las normas, de la que se refería J.C. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation”, *R. des C.*, t. 287, 2000, pp. 9-426, esp. p. 185, ante la necesidad de ofrecer un tratamiento diferencial a las situaciones internacionales intracomunitarias frente a las extracomunitarias; y, por otro, como indica P. Kinsch, *loc. cit.*, p. 137, una directiva esencialmente postmoderna para la evolución del DIPr de familia en el interior de la UE.

⁵⁴ Sobre la evolución de la conexión nacionalidad en el ámbito del estatuto personal y familiar, *vid.* A. Bucher, “La famille...”, *loc. cit.*, pp. 24-34.

⁵⁵ *Vid.* E. Jayme, *loc. cit.*, p. 34.

⁵⁶ A. Bucher, “La famille...”, *loc. cit.*, p. 61.

⁵⁷ *Vid.* S. Sánchez Lorenzo, “Globalización...”, *loc. cit.*, p. 102.

⁵⁸ Acerca del significado de la residencia habitual y el domicilio como expresión de la integración del individuo en una comunidad social estatal, su consagración en distintos sistemas estatales de DIP, su

14 CE –asimilando al extranjero a los nacionales– y susceptible de traducir los valores de la sociedad en la que el inmigrante ha optado por desarrollar su proyecto vital –en clave de nacionalidad sociológica–. Se puede objetar, sin embargo, que la asimilación de la persona extranjera puede realizar a través del expediente de la aplicación imperativa de las normas que desarrollan los derechos fundamentales –*ex art. 13.1º CE*– sin sacrificar, por ello, la identidad cultural. Precisamente, cobran aquí importancia las distintas soluciones con vistas a hacer del DIPr un canal de comunicación entre culturas. A título ejemplificativo, cabe mencionar la sustitución y equivalencia de instituciones⁵⁹, el análisis en doble escalón⁶⁰; la autonomía conflictual⁶¹; el método de reconocimiento⁶² y la atenuación del orden público internacional (*vid infra*).

idoneidad para evitar discriminaciones entre los cónyuges (domicilio común), *vid.* A Bucher, “La famille...”, *loc. cit.*, pp. 35–42.

⁵⁹ *Vid.* J.C. Fernández Rozas, “Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, nº 5, 2009, pp. 9–44, esp. pp. 14–15: “la institución extranjera que se pretende tomar en consideración deberá, en todo caso, comportar consecuencias similares a la del foro tanto desde el punto de vista de su formación (unión homosexual, matrimonio poligámico (...), como desde sus efectos: se trata de verificar si en el Derecho extranjero la relación considerada es susceptible de producir unas consecuencias similares que las que se solicitan ante el juez del foro”. En este sentido, la Sent. del Tribunal del menor de Brescia, de 12 de marzo de 2010, en relación con una *kafala* (*Riv. dir. int. pr. proc.*, 2010, pp. 764).

⁶⁰ E. Jayme, *loc. cit.*, p. 254, en relación con la Sentencia del Tribunal de Heidelberg, de 12 de julio de 1985.

⁶¹ *Vid.* S. Sánchez Lorenzo, “Globalización...”, *loc. cit.*, p. 103–107. Se dice que se compadecer bien con la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad, si bien, para evitar situaciones fraudulentas, limitada a la ley de la nacionalidad –identidad cultural– o la ley de la residencia habitual –cohesión social–, bajo reserva de la cláusula de orden público (optando por la no aplicación de la cláusula, *vid.* Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, Bruylant, 1992, en contra, A. Bucher, “La famille...”, *loc. cit.*, pp. 92 y 93. Esta opción permitiría la realización de los intereses de las partes al tiempo que posibilita un cierto control sobre la institución constituida por parte de uno de los Estados implicados (*vid.* M. Guzmán, *loc. cit.*, pp. 67–68).

⁶² Este método tiene básicamente como objetivo evitar la existencia de situaciones claudicantes que se suscita respecto a un círculo de ordenamientos jurídicos, compuestos siempre por el del foro y otro (o varios ordenamientos jurídicos), al que se le atribuye un valor decisivo, como punto de referencia. Dicho método traspasa la solución clásica de la norma de conflicto, tratando el conflicto bajo una aprehensión global y unitaria de los ordenamientos jurídicos. De esta manera, existe un conflicto entre el ordenamiento jurídico del foro y otro/s ordenamiento/s jurídicos extranjeros en el caso de que la situación jurídica creada o constituida en el foro no va a poder ser reconocida en el otro/os ordenamiento/s. Desde la perspectiva de la creación de una situación jurídica en el foro, el objetivo de este método es que la relación pueda producir efectos en el ordenamiento de referencia. Para G. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, pp. 224–225, el sector del reconocimiento deviene entonces una técnica de reglamentación. En su desarrollo solo resultan aplicables las normas declaradas aplicables por la norma de conflicto, si bien en el resultado final influyen la toma en consideración del/os ordenamiento/s de referencia como *data*. Dicho método de reconocimiento es el que, por poner dos ejemplos, prevén los arts. 49 y 50 Cc (*vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, “La doctrina de la DGRN en materia de reconocimiento registral de los matrimonios extranjeros, con especial referencia al matrimonio consular”, en *Derecho registral...*, *op. cit.*, pp. 275–285) y en los arts. 18 a 21 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. A

3. La aplicación de los derechos fundamentales

A) El orden público

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada aboga mayoritariamente por recurrir al orden público internacional como cláusula que integra en el ordenamiento de cada Estado los derechos fundamentales consagrados a nivel universal, regional y estatal⁶³. La aplicación rígida del orden público⁶⁴ se ha visto sucedida por un proceso de flexibilización con el objeto de evitar el debilitamiento del carácter excepcional del correctivo funcional frente a instituciones jurídicas desconocidas en los ordenamientos jurídicos occidentales –Alemania (*Inlandbeziehung*), Suiza (*Binnenbeziehung*) y Francia (*l'ordre public de proximité*). Si nos centramos en nuestro país vecino, el orden público internacional de proximidad ha permitido neutralizar el carácter abrupto de la distinción⁶⁵, tras la decisión *Rivière*⁶⁶, entre el orden público pleno y el orden público atenuado. Desde una posición anclada en el relativismo cultural⁶⁷, se concibe que los derechos fundamentales no resultan afectados por la aplicación

diferencia del método de P. Picone, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, *R. des C.*, t. 276, 1999, pp. 11–296, que se cifra en la remisión al ordenamiento jurídico competente, G. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, pp. 216–242 considera que, en el sistema actual de DIPr, existe una cláusula general (hermenéutica) que permite la toma en consideración de la ley del país de origen, que no tiene necesariamente ser ley nacional del inmigrante (puede ser la del país del domicilio o residencia habitual anterior al momento del desplazamiento al país de destino), con el objeto de ponderar los intereses en juego y verificar si la decisión pueda ser reconocida en dicho país. Vistos los matices del método de reconocimiento, considero que no se debe subordinar la competencia judicial internacional de los jueces a la posibilidad de reconocimiento de la situación porque podría ser contrario al principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) a la opción de elegir la posibilidad de constituir una situación aunque luego vaya a resultar claudicante en el país de origen (se vulneraría, de lo contrario, por ejemplo, el *ius connubii* ex art. 32 CE).

⁶³ Sobre la incidencia de los derechos fundamentales del CEDH en el orden público nacional y su incidencia sobre los convencios internacionales, *vid.* H. Fulchiron, *loc. cit.*, pp. 367 a 369, en particular, sobre la incidencia en el Convenio franco-marroquí, de 5 de octubre de 1957, de asistencia judicial y exequátur de decisiones, que hizo fracasar los objetivos del Convenio franco-marroquí, de 10 de agosto de 1981, relativo al estatuto de las personas, la familia y la cooperación judicial, que asimilaba el repudio y las decisiones de divorcio. También, *vid.* P. Courbe, “L’ordre public de proximité”, *Le droit international privé, esprit et méthodes mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, París, 2005, pp. 227–239, esp. p. 234), en relación con las decisiones argelinas de repudio, a las que se opuso el orden público, previsto en el art. 1.d) Convenio franco-argelino, de 27 de agosto de 1964, sin invocar el CEDH.

⁶⁴ *Vid.* J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, “Art. 12, apartado 3 del Código Civil”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. Albadalejo y S. Díaz Alabart (eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995, pp. 894–826.

⁶⁵ *Vid.* H. Gaudement-Tallon, *loc. cit.*, p. 439:

⁶⁶ *Court de Cassation (Ch. civ. 1^{ère} sect.)* 17 de abril de 1953, *Rev. crit. crit. int. pr.*, 1953, pp. 412 ss y nota de H. Batiffol.

⁶⁷ *Vid.* H. Gaudement-Tallon, *loc. cit.*, pp. 439–440, destacando el papel del orden público de proximidad para conciliar los valores fundamentales del foro y el respeto a las culturas extranjeras a través de un marcado relativismo cultural.

de una ley extranjera cuando la situación no mantiene una vinculación lo suficientemente estrecha con el ordenamiento jurídico francés, resultando admisible entonces la neutralización de la excepción del orden público⁶⁸. Sin embargo, a nuestro juicio, el orden público internacional de proximidad no debiera tener cabida en España⁶⁹, toda vez que vulnera el art. 13.1º CE y 14 CE⁷⁰. Obstáculo que no desaparece por mucho que se pretende flexibilizar o relajar el vínculo exigido en función del contenido o el origen del derecho fundamental⁷¹. Sin embargo, en nuestro sistema jurídico una cláusula especial⁷² de orden

⁶⁸ Vid. B. Fauvarque-Cosson, *loc. cit.*, p. 812.

⁶⁹ Desde el punto de vista de la constitución de relaciones jurídicas en el foro, la primera decisión que consagra en Francia el orden público de proximidad fue en materia de divorcio con la Sent. de la Corte de Casación, de 1 de abril de 1981 (*Iturralde*), en la que exige la nacionalidad y residencia de la demandante para verificar la existencia de un vínculo espacial de proximidad con el ordenamiento jurídico francés. En otras decisiones referidas al estatuto familiar dichas conexiones se han suavizado de mano de la exigencia alternativa de dichas conexiones –Sent. de la Corte de Casación, 10 de febrero de 1993 (*enfant Sarah*) cuando la ley extranjera (en el caso la ley tunecina) privan al hijo francés o con residencia francesa del derecho al establecimiento de su filiación– o, solamente de la residencia francesa del interesado en materia de cambio de sexo –Sent. del Tribunal de Apelación de París, de 11 de junio de 1994, (*Osmar*)–. Para un análisis de la jurisprudencia francesa, vid. A. Ancel, “Regards critiques sur l’érosion du paradigme conflictuel”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2005, pp. 345–415, esp. pp. 355–388. Sobre un análisis crítico de las principales decisiones francesas en materia de repudio vid. H. Fulchiron, *loc. cit.*, pp. 353–386.

⁷⁰ Se habla de *privilegium gallicum* para referirse al trato discriminatorio que da lugar el recurso acumulativo o alternativo a la nacionalidad y/o la residencia francesa (vid. P. Kinsch, *loc. cit.*, pp. 154–158). Igualmente, A. Ancel, *loc. cit.*, p. 387 y J. Carrascosa González, “Nuevos modelos de familia y Derecho internacional privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº. 21, 2003, pp. 109–143, esp. p. 117.

⁷¹ Otra vía de flexibilización es la propuesta por P. Hammje, “Droits fondamentaux et ordre public”, *Rev. crit. cr. int. pr.*, n. 1, 1997, pp. 1–17, esp. pp. 15–17, conocida también como *théorie de l’affinement de l’exception d’ordre public international*, quien mantiene, en relación con el orden público internacional, la exigencia de la proximidad pero bajo “una apreciación diferente, ligada directamente al origen y contenido del derecho fundamental”. La citada autora busca el ámbito de aplicación especial del derecho fundamental en cuestión tomando en consideración el origen del texto normativo donde se halle. De tratarse de un derecho fundamental consagrado en el CEDH, el enfoque europeo debería prevalecer sobre el nacional (los vínculos a tener en cuenta deberían ser los que conectan al orden jurídico europeo, no al orden jurídico del foro). Este último quedaría operativo solamente cuando lo que está en juego es un derecho fundamental de origen nacional –no consagrado por un convenio internacional–. Así las cosas, cabría preguntarse qué enfoque debería prevalecer en caso de que se trate de un derecho humano reconocido de manera universal, regional y nacional, pues en este caso el enfoque universal haría desaparecer toda exigencia de proximidad, y, por tanto, el abandono de la premisa de la que parte la P. Hammje (exigencia de proximidad). Es, por ello, que autores, como A. Bucher, “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *R. des C.*, t. 239, 1993, pp. 9–116, esp. pp. 53–54, abandonen toda condición de proximidad. A mi juicio, la *théorie de l’affinement* conduce a una errónea interpretación de la noción jurisdicción (*ex art. 1 CEDH*) en sentido territorial, que no casa bien con la postura del TEDH en relación con el ámbito de aplicación del CEDH (vid. STEDH 12 de diciembre de 2001, as. *Bancovik c. Bélgica*), de lo contrario, quedarían fuera del reconocimiento de los derechos fundamentales de personas no residentes o domiciliadas en un Estado parte. Desde la perspectiva española, tampoco tendría cabida en virtud de la interpretación que hace el TC del art. 13.1º CE.

público internacional de proximidad se halla en el segundo párrafo del art. 107.2° Cc, al prever la aplicación del Derecho español en los supuestos en los que uno de los cónyuges es español o residente en España y la ley extranjera sea discriminatoria o contraria al orden público español. Más allá de otras consideraciones críticas sobre el citado precepto⁷³, al supeditar la aplicación de la ley española a los supuestos en los que existe una vinculación determinada de la situación con nuestro ordenamiento, permite pensar que no se aplicará el Derecho español cuando no se den las circunstancias previstas; esto es, cuando ninguno de los cónyuges es español ni reside en España. Por muy remota que se dé esta circunstancia –solamente en los supuestos de sumisión a nuestros tribunales–, ello no evita el trato discriminatorio y, con ello, la infracción al principio de igualdad (art. 14 y 32 CE), lo que obligaría a la aplicación de la ley española, bien a través de la incidencia directa del derecho fundamental afectado, bien a través de la cláusula general de orden público (art. 12.3° Cc)⁷⁴. Precisamente, por esto último, deviene importante tener un sistema de competencia judicial internacional basado en foros de competencia no exorbitantes, pues evita tener que recurrir al orden público de proximidad⁷⁵. En definitiva, como bien ha puesto de manifiesto B. Ancel⁷⁶, en el orden público internacional de proximidad no es tanto el tenor de la ley extranjera como la ausencia de vocación de aplicación lo que justifica su evicción.

El objeto social del actual DIPr de la familia requiere, como señala G. Esteban de la Rosa⁷⁷, una nueva interpretación del orden público, con la finalidad princi-

⁷² Igualmente, art. 45.2° y 61.3° Ley suiza de DIPr; art. 17.1° EGBGB; arts. 31 y 32 Ley italiana de DIPr.

⁷³ Vid. R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales: nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago Compostela, Universidade de Santiago Compostela, 2004, pp. 274–280.

⁷⁴ R. Arenas García, *op. cit.*, pp. 277–280, considera que, en caso de que el Derecho reclamado por el primer párrafo del art. 107.2° Cc es contrario al orden público español, y no se dan las circunstancias para que se aplica la legislación española, dado que ninguno de los cónyuges es nacional español ni reside en España, una interpretación a sensu contrario del precepto conduce a que se aplique, en aras a satisfacer el principio inspirador del precepto, el Derecho más próximo al litigio.

⁷⁵ Vid. J. Carrascosa González, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *BIMJ*, n° 2065, p. 27. Un ejemplo es la norma unilateral, que crea la DGRN (Resolución–Circular, de 29 de julio de 2005, de la DGRN, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (BOE, 8–VIII–05), que extiende la aplicación de la ley española a la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo cuando se trate de español y extranjero o entre extranjeros residentes en España en correspondencia con los criterios de competencia de autoridades en la materia.

⁷⁶ Para M. Ancel, *loc. cit.*, pp. 355–359, lo que es realmente se esconde tras el orden público de proximidad es la teoría de F. Kahn de la conexión local –que, posteriormente influyó en E. Zitelmann en el § 30 EGBGB–. La conexión local es puesta al servicio del orden público con el objeto de corregir la defectuosa localización de la norma de conflicto bilateral, de modo que permita la aplicación del foro a una serie de casos donde la relación jurídica está lo suficientemente integrada como para no dejar la aplicación a una ley extranjera. En el orden público de proximidad, para M. Ancel, la impugnación recae sobre la conexión de la norma de conflicto bilateral, no sobre el contenido de la ley designada.

⁷⁷ G. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, p. 276.

pal de verificar hasta qué punto los derechos fundamentales pueden ser interpretados de conformidad con el valor de la diversidad cultural extranjera. Se trataría de un orden público que actúe no tanto como excepción –en línea con su carácter rígido–, sino como cláusula de salvaguarda o flexible⁷⁸; donde la cuestión se centre no tanto en valorar qué específicos contenidos de la ley extranjera resultan incompatibles con los valores superiores del ordenamiento, sino en delimitar el contenido esencial del derecho fundamental y determinar *in casu* hasta qué punto éste puede asumir la diversidad cultural⁷⁹. Esto conduce a consultar el Derecho extranjero, compararlo con el derecho fundamental considerado, no aplicándose aquél cuando choque con los valores superiores de nuestro sistema. En otros casos es posible, tras dicha valoración, establecer cierta equivalencia en cuanto a la función que desarrollan las instituciones en ambos sistemas, sin que sea necesario entonces que actúe la excepción de orden público.

B) Normas de aplicación inmediata

Otras de las vías posibles para la aplicación de los derechos fundamentales a las situaciones internacionales del Derecho de familia es su consideración como normas de aplicación necesaria, con lo que el orden público pasaría a ser un expediente residual. En contra de esta opción se ha alegado, por un lado, la ausencia en las constituciones de un índice que delimite expresamente el ámbito de aplicación espacial de los derechos fundamentales⁸⁰, y, por otro, su condición ab-

⁷⁸ En este mismo sentido se pronuncia A. Quiñones Escámez, *Derecho registral internacional*, p. 302 y 303), en relación con el repudio: “la invocación del orden público no debe ser perezosa, sino flexible y circunstancial. En ningún caso debe ser una defensa abstracta de los derechos fundamentales ajena a la circunstancia del caso y a los destinatarios de la norma. No es el derecho extranjero (repudio) lo contrario al orden público (sino lo sería siempre o nunca) sino sus efectos *in casu* en el foro. En definitiva, es necesario evitar actitudes fundamentalistas en la defensa de los derechos fundamentales, que puedan ir en contra de las personas a las que se protege. (...) El Derecho español reposa en los principios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica, pero tales parámetros no deben entenderse como un freno a la necesaria búsqueda de la justicia en el resultado. Las relaciones con elemento extranjero reclaman cada vez más soluciones *ad hoc*, creadoras, que lleven al juez a asumir responsabilidades en el ámbito de la protección (no abstracta) de los derechos fundamentales”. Termina señalando la citada autora que “la libertad que ofrece al juez la excepción general de orden público es, hoy, puesta en entredicho. Ante la incertidumbre que genera, se propone que sea el propio legislador el que prescriba la solución legislativa de valor general que garantice un resultado acorde con los principios del foro”. Lo cual no ha sido el caso de la SAP Asturias 23 de marzo de 2009 (*vid.* nota de P. Orejudo Prieto de los Mozos, *REDI*, 2010, pp. 248–251), ni de la SAP Asturias 11 de marzo de 2009 (*vid.* nota de C. Ruiz Sutil, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1035–1037).

⁷⁹ *Vid.* G. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, p. 278, esp. pp. 279–280, el análisis que hace la autora en relación con la regulación de la disolución del matrimonio en el CFM, sin que se pueda considerar en el momento actual atentatoria contra el contenido esencial del derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer; *vid.* igualmente la misma autora aplicando el método de reconocimiento en relación con la constitución del derecho de custodia de los hijos a la mujer de nacionalidad marroquí (pp. 336 a 345).

⁸⁰ *Vid.* A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2010, pp. 41 y 42.

solutista, incompatible con los objetivos de DIPr, pues conduce a la aplicación *a priori* de los derechos fundamentales, sin consideración del Derecho extranjero⁸¹.

Cualquier derecho fundamental, por su misma esencia, presupone siempre una determinada conexión con el conjunto de relaciones de vida, dentro de la esfera de validez de la Constitución⁸². Su aplicación al caso se hace depender normalmente de la existencia de una cierta vinculación de la relación privada internacional con el foro⁸³. En este sentido, es posible, por un lado, deducir, de conformidad con la interpretación que realiza el TC del art. 13.1º CE⁸⁴, un indicador de carácter personal que ordena extender el disfrute de los derechos fundamentales a toda persona, con independencia de su nacionalidad. Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el numeral primero del art. 5 LOPJ, cada vez que las autoridades españolas actúen dentro del ámbito de su competencia (judicial), en aras al respecto del principio de igualdad (art. 14 CE), están obligadas a aplicar los derechos fundamentales a todos los supuestos de hecho. En efecto, como señalan J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo⁸⁵, dicha sujeción a los valores que consagran los derechos fundamentales condiciona al intérprete desde el momento en que debe conocer del supuesto litigioso. Los derechos fundamentales en el sector del Derecho de familia están dotados de un carácter universal, con independencia de la mayor o menor vinculación de la relación personal o familiar con el sistema jurídico español; cuestión distinta es la posibilidad de atenuar sus efectos.

Dicho carácter universal tiene una doble lectura. De un lado, los derechos fundamentales consagrados en la constitución no son meros principios, sino que están dotados de normatividad propia, con independencia de su nivel imprecisión o indeterminación y los mandatos que contienen son directamente vinculantes y exigen su ejecutividad. De otro lado, indica que todas las normas que son desarrollo de derechos fundamentales constituyen normas materiales imperativas⁸⁶. En este sentido, M.A. Lara Aguado⁸⁷ señala que la aplicabilidad directa de

⁸¹ Vid. B. Fauvarque-Cosson, *loc. cit.*, p. 811.

⁸² STC alemán 4 de mayo de 1971.

⁸³ En estos mismo sentido, P.E. Herzog, "Constitutional Limits of Choice of Law", *R. des C.*, t. 234, 1992, pp. 239-330, esp. pp. 326-327.

⁸⁴ Vid. J.C. Fernández Rozas, "Extranjería: principio de Derecho internacional general", *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, nº 11, 1991, pp. 47-48. También, J.M. Espinar Vicente, "De lo tradicional y lo nuevo en el Derecho internacional privado contemporáneo", *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010 (en prensa).

⁸⁵ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2007, p. 129.

⁸⁶ J. M. Espinar Vicente, *loc. cit.*, en prensa, señala que toda disposición interna directamente vinculada con la forma de concebir y desarrollar un derecho fundamental, tiende a traducirse en una norma de aplicación necesaria al tráfico externo, y, en este contexto, resulta natural que la técnica conflictual vaya siendo entendida como un conjunto de preceptos de carácter predominantemente orientativo, que coopera con el ordenamiento jurídico reclamado, integrando el Juez en su decisión lo establecido por las disposiciones extranjeras de pertinente aplicación, pero nunca remitiendo su labor a las previsiones

las normas materiales imperativas extraíbles de la CE no se opone a que el operador jurídico consulte la norma de conflicto y la aplique si el resultado de su puesta en práctica es el mismo que ha deducido del principio, si bien tal consulta resulta irrelevante, por cuanto no podrá aplicarse aquél, sino en la medida en que coincida con el contenido esencial de la norma material imperativa⁸⁸.

normativas de otra Ley. En este sentido, I. García Rodríguez (*Matrimonio e inmigración. El control del consentimiento matrimonial en la reagrupación familiar*, Madrid, Colex, 2008, pp. 29–30) señalaba que, pese a que la capacidad de los extranjeros para contraer matrimonio es de aplicación su ley nacional, los requisitos de capacidad que establece el Cc suponen la creación de un nuevo estándar mínimo que resulta aplicable a los españoles y extranjeros que contraigan matrimonio conforme a las reglas de nuestro ordenamiento jurídico, y que completen la capacidad general en una capacidad nupcial que les permite emitir válidamente el consentimiento matrimonial. *Vid.* también A. Bucher, “La famille...”, *loc. cit.*, pp. 68 y 69, poniendo de relieve el carácter de normas de aplicación necesaria en Francia de las normas relativas a los derechos y deberes de los cónyuges y el régimen económico matrimonial primario.

⁸⁷ M.A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998, p. 309.

⁸⁸ *Id.*, *op. cit.*, p. 149. Como indica la autora citada, “cabe poner como ejemplo el actual Derecho de familia en Marruecos, en particular, la regulación dada a la disolución del matrimonio. El CFM mantiene distintas formas de extinción del pacto matrimonial cuando dicha disolución es solicitada por el hombre o por la mujer. ¿Cabe considerar que esa diferencia de regulación es incompatible con el derecho a la igualdad de sexos que recoge el art. 14 CE. La respuesta ha de ser negativa, en la medida en que la regulación que otorga en el citado Código permite la referida extinción por desavenencia entre la pareja, tanto cuanto es solicitada por el hombre como cuando es solicitada por la mujer, de forma que pueda alegar la existencia de tales desavenencias ante el TPI, que dictará sentencia tras intentar la reconciliación. Ahora bien, incluso cuando el derecho fundamental no permite que sean integradas en su contenido la especificidades (culturales) de una regulación extranjera, es posible tener en cuenta la citada legislación en orden a la protección de otro derecho fundamental, al libre desarrollo de la personalidad, que constituye (...) la dimensión activa de la dignidad de la persona (art. 10.1º CE)”.

¿HACIA UN DERECHO DISPOSITIVO EN MATERIA DE ESTATUTO PERSONAL Y FAMILIAR? REFLEXIONES A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

Montserrat GUZMÁN PECES

Profesora doctora de Derecho internacional privado
Universidad de Alcalá de Henares

SUMARIO: I. Antecedentes y delimitación del objeto de estudio. II. Manifestaciones de la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado en el ámbito familiar. 1. En el ámbito de la filiación adoptiva. 2. En materia de establecimiento de filiación mediante gestación sustitutiva. 3. Determinación del nombre y apellido. 4. Matrimonio: Efectos, celebración y prestación del consentimiento. III. La autonomía de la voluntad en relación con las fuentes de producción normativa institucionales. IV. Consideraciones finales.

RESUMEN: En este trabajo se abordan algunas de las últimas reformas legislativas en materia de estatuto personal y familiar de diferente fuente de producción normativa para inducir si existe una tendencia hacia un Derecho dispositivo en el Derecho internacional privado actual tanto en el ámbito de la competencia judicial internacional como en el sector del Derecho aplicable. Para ello se analizan diversas instituciones jurídicas como la filiación, el matrimonio y las obligaciones alimenticias.

PALABRAS CLAVE: ESTATUTO PERSONAL Y FAMILIAR – DERECHO DISPOSITIVO – FILIACIÓN – MATRIMONIO – CRISIS MATRIMONIAL – ALIMENTOS.

ABSTRACT: *This paper analyzes the recent legal reforms in matters of personal and family status to be induced if there is a trend to a law device in the current private international law both in the field of international jurisdiction and in the sector of applicable law. To this end, we analyze various legal institutions such as parenthood, marriage and marital crisis and maintenance obligations.*

KEYWORD: PERSONAL AND FAMILY STATUS – LAW DEVICE – PARENTHOOD – MARRIAGE AND MARITAL CRISIS – MAINTENANCE OBLIGATIONS.

I. Antecedentes y delimitación del objeto de estudio

A principios del siglo pasado lo que se consideraban como obligaciones convencionales entre las partes constituía una de las cuestiones más controvertidas

de nuestra disciplina. La autonomía de la voluntad tenía que ser conjugada con la autoridad de las leyes imperativas y la esfera de eficacia de aquella se circunscribía casi exclusivamente al ámbito contractual, dado que en las demás materias el legislador establecía una reglamentación no dispositiva y su inobservancia se sancionaba con la nulidad de los actos jurídicos constituidos. En el ámbito familiar, curiosamente fue en materia matrimonial, donde la voluntad de los contrayentes alcanzó cierto protagonismo, especialmente para extender los efectos extraterritoriales de los contratos y romper con los límites estrictos de los estatutos (personales y reales), evitando así el posible conflicto de leyes¹. A lo largo del siglo XIX ocupó un papel ciertamente preponderante, pero en el siglo XX se debate si la voluntad de las partes de establecer estipulaciones contractuales queda sometida al imperio de la ley².

Pues bien, en los trabajos de los últimos quince años la doctrina más destacada ha puesto de relieve la transformación del Derecho internacional privado (DIPr), en diversos ámbitos y, un ejemplo de ello lo constituye el papel preponderante de ciertas fuentes de producción normativa³ y, el avance de la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual y familiar⁴.

Por otro lado, los principios orientadores de la regulación de tráfico externo han cambiado y la búsqueda de la sede de la relación jurídica que constituía la

¹ Se le atribuye a Dumoulin (siglo XVI) la creación de la teoría de la autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial. J.P. Niboyet relata como la idea parte de este abogado, con el objetivo de satisfacer las necesidades de sus clientes y ganar sus asuntos, dado que en la práctica encontraba bastantes obstáculos para garantizar los efectos extraterritoriales al contrato matrimonial. Para asegurar dichos efectos, consideró que en los contratos matrimoniales la voluntad de las partes podría resultar soberana y auténtica fuente de producción normativa, garantizándose así, su aplicación universal. Esta idea caló y fue acogida por la jurisprudencia de la época, desarrollándose por los autores del siglo XVIII, que llegaron a concebir en este ámbito a la voluntad de las partes como una regla principal. No obstante, como puso de manifiesto Bertrand d'Argentré, contemporáneo y adversario de Dumoulin, esta doctrina no consideraba el alcance de las normas imperativas, como posteriormente se puso de manifiesto en el siglo XIX., época en la que se desarrolló ampliamente la doctrina de la autonomía de la voluntad, entendiéndose como un derecho de las partes de elección de ley con algunas excepciones: en materia de capacidad, forma, inexistencia de conflicto de leyes, contratos no comprendidos en el Derecho privado, donaciones y sucesiones y, el orden público. Vid. J.P. Niboyet, *Principios de Derecho internacional privado*, traducción de A. Rodríguez Ramón, 1ª ed., Madrid, Reus, 1930, pp. 651-661; *id.*, "La théorie de l'autonomie de la volonté", *R. des C.*, 1927, vol. I, pp. 8-13 y 53.

² J.P. Niboyet, *Principios...*, *op. cit.*, p. 669.

³ Desde la perspectiva del DIPr español, es innegable como el proceso de cooperación reforzada entre los Estados miembros ha conducido a que la regulación de fuente autónoma juegue un papel menos preponderante en el sector de la competencia judicial internacional, del derecho aplicable y del reconocimiento de resoluciones judiciales. Tampoco resulta particularmente claro establecer el papel de las fuentes de producción internacional cuando se trata de Convenios anteriores ratificados por Estados miembros en materias que se ven afectadas por la normativa reglamentaria ni precisar la dimensión *ad extra* de la normativa emanada de la UE.

⁴ Vid. A.E. von Overbeck, "L'irresistible extension de l'autonomie en droit international privé", *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 619-636.

máxima del método multilateral cede a favor de otras fórmulas que tienen en cuenta otro tipo de intereses en presencia⁵, especialmente de protección de la parte débil de la relación jurídica y el respeto a los derechos humanos⁶. Además ciertos objetivos e intereses vinculados a la integración socio-política, económica y jurídica condicionan las fuentes de producción normativa⁷, las técnicas de reglamentación⁸ (ley aplicable o cooperación de autoridades) y claramente la opción metodológica (búsqueda de un método unitario, flexible, etc.). También el fenómeno globalizador que se traduce en un aumento de las relaciones jurídico privadas internacionales requiere un tratamiento particularista en relación a los distintos escenarios internacionales⁹ en que se desenvuelven las mismas¹⁰. Por su parte, el individuo a la hora de constituir una relación jurídica busca traspasar las fronteras jurídicas de los Estados y convertirse en sujeto activo de la regulación, sin ser verdaderamente consciente del riesgo que supone en algunas ocasiones la integración de la respuesta jurídica amparada en

⁵ E. Jayme, "Identité culturelle et integration: le droit privé postmoderne (Cours general de droit international privé)", *R. des C.*, t. 252, 1995, pp. 56 ss.

⁶ Reflexiones extraídas del trabajo todavía inédito de J.M. Espinar Vicente, titulado en la versión que generosamente me ha facilitado el autor, "De lo tradicional y de lo nuevo en el Derecho internacional privado contemporáneo".

⁷ A.V.M. Struycken, "Les conséquences de l'integration Européenne sur le development du droit international privé", *R. des C.*, t. 232, 1992-I, p. 270. En relación a las consecuencias del desplazamiento del DIPr de los Estados miembros a favor de una "comunidad de Derecho". *Vid.* también P.A. de Miguel Asensio, "Integración europea y Derecho internacional privado", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, n° 2, pp. 429-430. También *vid.* A. Espiniella Menéndez, "La 'europeización' de decisiones de Derecho privado", *REDI*, vol. LX, 2008-I, pp. 47 ss. Como señala el autor, la relación entre el sistema europeo y los sistemas constitucionales de los Estados miembros, en el ámbito del reconocimiento de decisiones extranjeras se había producido a través del orden público del Estado requerido, pero al suprimirse ese control por ejemplo en los títulos europeos supone una constatación de la integración de sistemas, de la cesión de la soberanía de los Estados y, en definitiva de la pérdida de protagonismos de los Estados miembros.

⁸ *Vid.* J.D. González Campos, "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé", *R. des C.*, t. 287, 2000, pp. 121 ss; S. Sánchez Lorenzo, "La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material", *Paces Artis. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, 2005, pp. 1765-1786.

⁹ *Vid.* J.M. Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 108 ss. El autor describe como en la actualidad las relaciones privadas internacionales se desenvuelven en torno a cuatro escenarios: integración, coordinación, cooperación y confrontación, atendiendo al grado de afinidad jurídica entre los diversos sistemas jurídicos. En el último trabajo por el momento inédito que el autor ha tenido la amabilidad de facilitarme, describe como en el nuevo orden internacional los principios claves del modelo anterior, basados en la reciprocidad, equidad y neutralidad axiológica han cedido a favor de planteamientos basados en la legitimidad; la cesión de soberanía del Estado y el de la primacía de los intereses de la Comunidad Internacional. *Vid.* del mismo autor, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Madrid, UAH, 2008, pp. 60-63.

¹⁰ *Vid.* Ch. P. Pamboukis, "Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé (Cours general de Droit International privé)", *R. des C.*, t. 330, 2008, en especial pp. 417-428. El autor plantea las dificultades de articulación de reglas en el modelo de integración por la multiplicidad de espacios jurídicos.

derechos divergentes. Es a la hora de dotar eficacia a las relaciones jurídicas constituidas por los particulares al margen de los cauces diseñados por el legislador nacional cuando se plantean verdaderos conflictos, puesto que en ocasiones sin llegar a oponerse frontalmente al orden público, llega a quebrar la lógica y coherencia del sistema.

Pues bien, todos estos componentes interconectados entre sí constituyen el soporte desde el que analizar el papel de la autonomía de la voluntad en las diferentes instituciones seleccionadas, en atención, fundamentalmente a los cambios legislativos experimentados en los últimos años. Se trataría de inducir si en estos sectores caracterizados tradicionalmente por su carácter no dispositivo, predomina la libertad de las partes a la hora de constituir, disolver y transformar situaciones jurídicas internacionales y, si existe cierta coherencia legislativa entre los distintos sectores analizados. En ocasiones es el propio Estado el que a través de su sistema jurídico concede ese margen de libertad individual manifestándose en la posibilidad de elección de tribunal, del Derecho aplicable y del contenido material de la relación jurídica como tendencia imparable en las sociedades modernas de nuestro entorno y, en otras, será el propio individuo el que busque el amparo de la legislación que más se adecue a sus intereses y, aquí se muestra totalmente permeable el comportamiento de los sujetos a la hora de planificar su esfera de intereses patrimoniales o económicos y la conformación de su ámbito personal y familiar¹¹. Es fundamentalmente esta última cuestión la que se muestra más interesante de análisis, especialmente cuando el individuo en uso de su libertad personal configura situaciones jurídicas al margen de lo establecido, incluso contraviniendo normas imperativas. Por lo tanto el objeto de análisis se centraría, al hilo de las manifestaciones más recientes de la autonomía de la voluntad en el ámbito familiar, en poner de manifiesto su alcance en relación con los valores o intereses en presencia apreciados en un momento de gran trascendencia para el DIPr actual por las transformaciones políticas, sociales, culturales y económicas de la sociedad en su conjunto.

II. Manifestaciones de la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado en el ámbito familiar

1. En el ámbito de la filiación adoptiva

En la constitución de la filiación adoptiva resulta interesante destacar cómo interactúa la autonomía de la voluntad del adoptante o adoptantes con la protección del interés prioritario y superior del menor. Pues bien, en esta materia se detecta como la libertad individual actúa de modo especialmente relevante en

¹¹ Vid. P. Gannagé, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 441 ss.

lo que he venido denominando las vías previas a la constitución judicial de la adopción. En este proceso cuando los adoptantes se dirigen a la Entidad Pública con competencia en materia de protección de menores, la de la residencia habitual de los adoptantes, para que ésta emita el denominado certificado de idoneidad, éstos en uso de su autonomía de la voluntad pueden configurar una relación jurídica con un menor procedente de un país determinado, incluso región, concretando la edad, sexo, raza entre otras cuestiones¹². El certificado de idoneidad se otorga en función del país elegido para la adopción, de tal modo que si la adopción concreta no llega a constituirse, la autoridad central del Estado de recepción (en terminología convencional) debe proceder a su adaptación. Por tanto, la declaración de idoneidad, se establece en relación con menores de unas edades y características específicas, atendiendo a las preferencias expresadas por los adoptantes¹³. Además dicha declaración de idoneidad no supone un acto constitutivo de un derecho, es más si transcurridos tres años de la declaración de idoneidad no se llega a constituir, será preciso actualizar el expediente procediéndose a una nueva valoración¹⁴. En particular en la adopción internacional, la voluntad de los adoptantes juega un papel crucial a la hora de determinar que aspectos de los menores estarían dispuestos a aceptar

¹² En cuanto a los criterios que se tienen en cuenta para declarar idóneos a los adoptantes, hay que señalar que existe un criterio general, que surgió tras la reunión de la “Comisión Técnica Inter-autonómica” organizada por la Dirección General de Protección Jurídica del Menor y la Familia que tuvo lugar con anterioridad a la ratificación del Convenio de la Haya. Del informe elaborado además de las consideraciones sociales, familiares, medios de vida etc., se acordó tener en cuenta: La consideración de las motivaciones a la hora de la elección de un niño extranjero; disponibilidad para la aceptación de rasgos étnicos diferenciados; referencias en cuanto a la cultura del país de origen del menor; aceptación de riesgos de naturaleza psíquica o física de niños extranjeros, internos en instituciones de protección; aceptación de enfermedades; edad del niño, sexo, existencia de hermanos etc.

¹³ Vid. M. Guzmán Peces, *La adopción internacional. Guía para adoptantes mediadores y juristas*, Madrid, La Ley, 2007, especialmente, pp. 186–190.

¹⁴ 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*, n° 1888, marzo 2001, pp. 18 ss. Coincidimos con los citados autores en que la importancia de la valoración de la idoneidad de los adoptantes es inadecuada en algunas resoluciones de la DGRN respecto de niños nepalíes, por cuanto se califica como un “requisito formal fácilmente subsanable”. En otras ocasiones, como ponen de ejemplo los autores, se ha llegado a conceder la idoneidad a un enfermo de esquizofrenia paranoide (AAP Guipúzcoa 13 de noviembre de 1998), dato que extraña por cuanto las enfermedades mentales en muchos casos se tienen en cuenta para la retirada de la guarda y custodia de menores a los padres biológicos. 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*, n° 12, octubre 1998, p. 20. En definitiva la importancia del requisito de la idoneidad en el reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero obedece como señala la citada autora a que “... en ciertos supuestos su ausencia puede ser indicativa de la existencia de una adopción fraudulenta, o cuanto menos, irregular”.

en relación con las diferencias étnicas, culturales¹⁵, religiosas, etc., cuestión con la que me he mostrado especialmente crítica por considerar que constituyen “adopciones a la carta” y que la legislación aplicable, lejos de limitar, fomenta.

Ahora bien, la asignación de los menores en la adopción internacional corresponde de forma exclusiva a las autoridades del Estado de origen de los menores (terminología convencional), de manera que éstas atendiendo al certificado de idoneidad determinarán qué menores susceptibles de ser adoptados se adecuan más a las solicitudes presentadas. Y esta cuestión ha generado problemas en el caso de adopciones internacionales procedentes de acogimientos temporales de vacaciones, que conforme a la Ley 54/2007 está prohibido su constitución hasta que no cese la medida de protección temporal. En concreto, el apartado tercero del art. 4 señala que “la tramitación de solicitudes para la adopción de aquellos menores extranjeros que hayan sido acogidos en programas humanitarios de estancia temporal por motivo de vacaciones, estudios o tratamiento médico, requerirá que tales acogimientos hayan finalizado conforme a las condiciones para las que fueron constituidos y que en su país de origen participen en programas de adopción debidamente regulados”.

Pues bien, se estaría estableciendo un límite de carácter temporal para este tipo de adopciones, cuestión que no resulta criticable, pero no se estaría estableciendo un cauce o un procedimiento acorde con sus peculiaridades, cuestión que sí imposibilita la constitución de este tipo de adopciones, por cuanto las autoridades competentes para declarar la idoneidad de los adoptantes no pueden declarar ésta en relación a un menor determinado, puesto que la asignación de los mismos corresponden a las autoridades donde el menor tenga su residencia habitual. En definitiva, traemos a colación esta problemática, que no es novedosa, para poner de manifiesto las dificultades que plantea equiparar este tipo de adopciones, en las que el menor temporalmente ha estado en situación de acogimiento en familia, al resto de adopciones internacionales. En este supuesto, no se acaba de entender en qué se opone al interés de un menor en concreto, que una vez finalizado el acogimiento temporal si las circunstancias personales de los menores así lo aconsejan (situación de abandono u orfandad) se procure la adopción de un menor determinado y, no de otro asignado por las autoridades competentes del Estado de origen. Y es que con carácter general el desconocimiento de la identidad de los menores que van a ser adoptados responde al objetivo de la prevención del tráfico y comercio de menores; pero en

¹⁵ Vid. SAP Barcelona, secc. 18ª, 15 de junio de 1999, rec. 908/1998, en la que la Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto contra el auto que resolvía que la demandante no era idónea para adoptar un niño de nacionalidad guatemalteca. La Sala valorando todo el material probatorio obrante en Autos entiende que la solicitante de adopción está en condiciones de garantizar las necesidades, la estabilidad, cuidados y respeto a sus señales de identidad que le permitan un desarrollo integral, por lo que debe ser valorada como persona idónea para adoptar a ese menor.

las adopciones procedentes de un acogimiento, el conocimiento y la convivencia se encuentran en el origen de la constitución de la relación jurídica, lo que evidencia lo injusto que resulta equipar lo radicalmente distinto.

En realidad la Ley 54/2007 al limitar que no prohibir este tipo de adopciones, intentaba dar respuesta a un problema que se llegó a plantear precisamente con los acogimientos temporales de menores rusos por parte de familias españolas, puesto que al finalizar los períodos de tiempo deseaban prolongarlos incluso iniciar procedimientos adoptivos¹⁶. De hecho, durante un tiempo se llegaron a suspender este tipo de acogimientos. En definitiva, en la siguiente reforma que se plantee en esta materia, sería deseable que se estableciera un procedimiento específico cooperando con las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor y atendiendo al interés prioritario de protección de un determinado menor, que en este caso coincidiría con la voluntad del adoptante. Aquí no se trataría de ampliar o reducir el margen de autonomía de los solicitantes sino de buscar un equilibrio entre los intereses en presencia, como materialización del interés prioritario de un menor específico.

2. En materia de establecimiento de filiación mediante gestación sustitutiva

En este caso son los particulares los que en uso de su libertad no amparada en la legislación aplicable, buscan dotar de eficacia a una relación de hecho constituida en el extranjero que desplegará su efectos en España. Hasta aquí, el juego normal de la actividad privada, lo que sorprende es el razonamiento que emplea la DGRN, primero en la Resolución de 18 de marzo de 2009¹⁷, sobre inscripción de filiación de hijos nacidos por gestación de sustitución y posteriormente en la Instrucción de 5 octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Los hechos eran los siguientes: Un matrimonio de varones homosexuales (entiendo que el razonamiento hubiera

¹⁶ Cf. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2008, p. 65. Los autores señalan que esta previsión (ap. 4.3 LAI) es importante porque no obliga a repatriar al menor a su país de origen ni impide que el menor sea adoptado por la familia anfitriona española en atención a la ley de extranjería y el Reglamento de desarrollo. Pero el problema que se presenta en este tipo de adopciones es otro diferente. Por el momento los menores desplazados por períodos vacacionales a España (práctica cada vez más extendida respecto de menores saharauis y procedentes de países del Este) regresan al finalizar la medida de protección temporal al país de su residencia habitual y serán las autoridades de la residencia habitual las encargadas de establecer la medida de protección adecuada y, en el caso de que se promueva una adopción internacional, serán éstas las encargadas de asignar al menor. No debemos olvidar que en estos procesos la cooperación con las autoridades de procedencia del menor es el mejor cauce para resolver los conflictos planteados.

¹⁷ Para una defensa de los argumentos de la decisión del centro directivo, *vid.* A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, octubre 2009, vol. I, nº 2, pp. 294–319.

sido idéntico con independencia de la condición sexual de los solicitantes) viajan a California y contratan según el procedimiento establecido en dicho Estado los servicios de una mujer gestante que da a luz a gemelos (el material genético es aportado por uno de los cónyuges). En este caso, en la certificación registral californiana constaba que los padres biológicos eran los solicitantes. Al instar la inscripción del nacimiento en el Registro Civil Consular español en los Ángeles se rechazó al considerar que conforme a la legislación española aplicable la filiación materna se determinaba por el parto.

En primer lugar, hay que señalar que el art. 10 de la Ley de reproducción asistida, Ley 14/2006 decreta nulo de pleno derecho el contrato en el que se convenga la filiación por sustitución. No obstante, plantea soluciones que se han ignorado por el momento: Primero, quedaría determinada la filiación del nacido por el parto, Segundo, prevé la determinación de la filiación respecto del padre biológico y, Tercero, permite la adopción del hijo del consorte. Por lo tanto, el carácter imperativo de la norma impide a los españoles contratar la filiación por sustitución y lo sanciona con la nulidad de pleno derecho, pero dota de eficacia a la filiación biológica materna y en su caso, la del padre que aporta el material genético. La madre cuya filiación queda determinada podría renunciar al hijo, aunque dicha renuncia para que despliegue efectos en España tendrá que realizarse pasados treinta días del parto. A partir de este momento se podría adoptar al hijo del consorte como preceptúa el apartado tercero del art. 10 y, teniendo en cuenta que la Constitución española consagra la protección de los hijos con independencia del tipo de filiación, en nada perjudica esta vía de solución al interés superior de los menores en este caso.

En segundo lugar, no encontramos ningún sentido en acudir al orden público para integrar en nuestro sistema jurídico una relación jurídica constituida en el extranjero contraviniendo una norma de policía española. Pero es que además la eficacia en España de los actos o relaciones jurídicas constituidas en el extranjero será la que prescriba el sistema jurídico español y no la pretendida por los solicitantes o la que conste en una certificación registral extranjera, puesto que es necesario integrar el alcance de la misma de manera que no quiebre la coherencia del sistema jurídico. Tampoco entendemos en qué se opone al interés superior del menor la inscripción de una filiación acorde con la realidad. Es más, creo que se opone al interés del menor y a derechos fundamentales recogidos en textos internacionales la inscripción pretendida por los solicitantes.

Pongamos otro símil para entender mejor el planteamiento. En España la Ley 30/1979, de 27 de octubre sobre extracción y transplante de órganos, en su art. 2 establece que “no se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo ni para la familia del

fallecido. En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano transplantado”. Imaginemos que existe un receptor de órganos que en lugar de seguir el cauce previsto en una norma imperativa española decide comprar un órgano en el extranjero y acudir a un Hospital con una certificación médica oficial (registral incluso) para que se realice el transplante. No parecería de recibo amparar este tipo de prácticas que envuelven tráfico o comercio de órganos a costa de personas procedentes normalmente de países subdesarrollados, amparándonos en que no se opone al orden público y la protección de cualesquiera otro tipo de intereses en presencia. Y estas connotaciones, a mi juicio, se reproducen en el supuesto de la gestación por sustitución.

Pues bien, llegados a este punto de reflexión existirían dos planteamientos: El primero de ellos, despojado de juicios de valor, consistiría en reformar la legislación vigente¹⁸ y permitir la gestación por sustitución en España e inscribir obviando la filiación materna o teniendo en cuenta la solución actual (filiación biológica paterna y filiación adoptiva del hijo del consorte) y, la segunda de ellas, por la que me inclino, estaría en la línea de lo que sostiene J.M. Espinar Vicente¹⁹ cuando afirma que la prohibición de este tipo de contratos responde al objetivo de velar por el interés prioritario del menor que en este caso se concreta en el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos y, al igual que en el ejemplo traído a colación, proteger a las partes débiles de la relación jurídica: evitando el tráfico de menores y protegiendo a las mujeres en este tipo de prácticas abusivas (gestantes a cambio de un precio) que curiosamente pertenecen a países con grandes niveles de pobreza o con desequilibrios sociales considerables. Además el reconocimiento supone dar cabida al *forum shopping* especialmente de aquellos que se pueden permitir viajar a estos países y realizar este tipo de negocios jurídicos en materia de establecimiento de filiación²⁰. Los recurrentes son españoles y viajaron a dicho país el tiempo suficiente para contratar la gestación y que se produjera el nacimiento, pero como se desprende del caso, el centro efectivo de vida y dónde despliega sus efectos la relación jurídica es en

¹⁸ Este fue uno de los planteamientos propugnados por S. Álvarez González en la Ponencia sobre Gestación por sustitución presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense en el V Seminario Internacional de Derecho Internacional Privado: Tendencias en la evolución del Derecho Internacional Privado que tuvo lugar los días 24 y 25 de marzo de 2011.

¹⁹ J.M. Espinar Vicente, “Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación de sustitución y el amparo a los actos en fraude a la Ley”, *AC*, 2011 (en prensa).

²⁰ Cf. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Gestación por sustitución...”, *loc. cit.*, pp. 317–318. Sostienen que en el caso no existe un viaje al extranjero sólo para litigar porque los recurrentes se trasladaron a California muchos meses antes del nacimiento de los menores para poder optar por la gestación por sustitución y existen muchos elementos conectados con dicho Estado.

España, por lo tanto discrepo con los planteamientos que de una manera un tanto artificiosa, en mi opinión, conectan el supuesto con otro Estado.

Por último, señalar que resulta curioso comparado con el tratamiento que hace no tantos años se daba a las adopciones constituidas en el extranjero en forma simple al impedir su reconocimiento e inscripción en el Registro Civil, a pesar de que no contradecían ninguna norma imperativa española ni se oponían al interés prioritario del menor, más bien todo lo contrario, como hemos venido sosteniendo. En efecto, el encargado del Registro Civil entendía en innumerables resoluciones que este tipo de adopciones no podían ser inscritas por la inobservancia de las condiciones previstas en el párrafo quinto del art. 9.5º Cc. En estas cuestiones llamábamos la atención²¹ sobre la incorrecta práctica judicial a la hora de abordar los problemas clásicos internacional-privatistas.

Un análisis adecuado del *iter* en el procedimiento de reconocimiento conducía a entender el proceso del siguiente modo: Cuando se solicitaba la inscripción registral de la adopción constituida en el extranjero por adoptantes españoles, lo que realmente se estaba requiriendo es que se comprobara que la resolución extranjera daba fe de la existencia de un título bastante para acreditar la relación jurídica constituida. A continuación el encargado del Registro Civil debiera comprobar la concurrencia de los requisitos formales, a los que anteriormente aludíamos, y los requisitos de fondo, en concreto, la competencia de la autoridad extranjera en la constitución, si se habían otorgado los consentimientos y autorizaciones necesarios respecto del adoptando y por último si los adoptantes con residencia habitual en España (al tiempo de iniciar la tramitación del expediente adoptivo) resultaban idóneos. Una vez efectuadas estas comprobaciones, si concurrían los requisitos que hemos mencionado, la relación jurídica constituida en el extranjero se debía inscribir y producir los efectos que le atribuye el sistema jurídico español a la filiación adoptiva²².

Por el contrario si la relación jurídica no lograba superar el filtro inicial, no tendría eficacia constitutiva y no producirá los efectos de una filiación adoptiva²³. Por tanto, en pura técnica legislativa no se puede establecer que no serán

²¹ Vid. J.M. Espinar Vicente, "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 Dirección General de los Registros y del Notariado)", *AC*, septiembre, 1997., pp. 757-771.

²² En algunos casos, los adoptantes constituían una adopción en forma simple porque en el Estado de procedencia del menor el único tipo de adopción existente, no porque supusiera una medida de protección temporal de menores. Hay que tener en cuenta que cuando se procura la protección del menor a través de la adopción internacional es porque ha resultado imposible integrar al menor en otra familia en su país de origen, puesto que ésta se constituye con carácter subsidiario.

²³ Piénsese en el supuesto de que la autoridad que constituyó la adopción no tuviera competencia para ello según sus propias normas competenciales; falta de consentimiento de los padres biológicos; o cualquier otro impedimento que pudiera conducir a entender que la adopción no responde al interés superior del menor.

reconocidas las adopciones cuyos efectos no se correspondan con los previstos por el sistema jurídico español, porque una vez que la relación jurídica se inscribe como adopción, el primer efecto es la atribución de la nacionalidad española de origen al adoptado y los efectos de la adopción son los previstos para las relaciones paterno-filiales a las que queda asimilada la adopción por el juego combinado de los arts. 39 CE, 108 Cc y 9.4º Cc. En cualquier caso la Ley 54/2004 ha venido a solventar estas cuestiones al facilitar la conversión de las adopciones simples en plenas si reúnen los requisitos para ello.

3. *Determinación del nombre y apellidos*

Esta es una de las materias dónde se aprecia una evolución mayor hacia un Derecho dispositivo, puesto que los particulares en uso de su autonomía voluntad tienen un amplio margen de libertad para satisfacer sus intereses²⁴. Hasta hace no muchos años la DGRN consideraba éste un ámbito indisponible atendiendo al criterio de la estabilidad del nombre.

Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico los derechos que se derivan de la condición de hijo serían, el derecho a los apellidos, a recibir asistencia y cuidados de todo orden; a percibir alimentos, a obtener la nacionalidad de los padres y, el derecho a la sucesión. Respecto a los apellidos el art. 109 Cc establece que

“... la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley. El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos”.

Pues bien, la tendencia contraria parece haberse abierto camino, dado que la autonomía material de los padres permite alterar el orden de los apellidos para evitar una posible discriminación. Y está proyectada una reforma de la Ley de Registro Civil²⁵, que permitirá a ambos progenitores con el objetivo de evitar

²⁴ Vid. A. Lara Aguado, “Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado relativa a los nombres y apellidos” *Derecho registral internacional. Libro homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 155–173 y, en la misma obra, J. Carrascosa González, “La ley aplicable al nombre de las personas físicas y la Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, en especial, pp. 148 ss.

²⁵ *BOCG*, IX Legislatura 90–1, de 8 de septiembre de 2010. En la Exposición de Motivos se alude al carácter del nombre y apellido al configurarse como “un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos. Igualmente se sistematiza y agiliza el procedimiento de cambio de nombres y apellidos y se somete, como regla general, a

discriminaciones por razón de sexo, decidir el orden de los apellidos. A su vez se agiliza el procedimiento para el cambio de nombres y apellidos, resultando competente para ello el Encargado del Registro Civil. En particular el art. 49 del Proyecto establece que en la inscripción de nacimiento deberán constar los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre y los apellidos que le correspondan de acuerdo a su filiación. En el caso de que la filiación paterna y materna esté determinada, los padres de común acuerdo podrán decidir el orden de los mismos. Y en caso de desacuerdo o cuando no hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, será el Encargado del Registro Civil el competente para determinar el orden de los apellidos según su orden alfabético. La única limitación al respecto vendría determinada por el orden de los mismos establecidos en la primera inscripción de nacimiento, que condicionaría en buena lógica la inscripción de los nacimientos posteriores con idéntica filiación.

Pues bien, al margen de las críticas que merecen algunos aspectos de esta reforma, la aplicación del Derecho material español, cedería en el caso de que supusiera un obstáculo a los objetivos propuestos en el ámbito de la integración europea²⁶, especialmente por lo que respecta a la libertad de circulación en el territorio de la UE. En este sentido, hay que hacer mención a la Instrucción DGRN 24 de febrero de 2010, que establece las siguientes reglas:

En primer lugar, está previsto que los españoles que nazcan fuera de España, en el territorio de la UE, siempre que al menos uno de los progenitores tenga su residencia habitual en dicho Estado, cuando hayan sido inscritos en el Registro local extranjero los apellidos del nacido, conforme a la ley local, podrán inscribirse con los mismos apellidos en el Registro Civil Consular español, incluso cuando el orden de los apellidos sea distinto al previsto por la ley española, al resultar aplicable la ley de la residencia habitual y el nacido no ostente la nacionalidad del país de nacimiento.

En segundo lugar, hay que incidir en que es necesario la concurrencia de una serie de requisitos, que en este caso se concretarían en el nacimiento en el territorio de la UE; que al menos uno de los progenitores, cuya filiación resulte determinada, tenga su residencia habitual en dicho país; que para la determinación de los apellidos resulte aplicable la norma de DIPr del lugar de nacimiento y, el punto de conexión sea la residencia habitual y, conforme a la leyes materiales de ese país no se admita el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer res-

la competencia del Encargado del Registro Civil. En cuanto a la filiación, se elimina toda referencia a la no matrimonial, con plena equiparación a la matrimonial”.

²⁶ Vid. S. Sánchez Lorenzo, “Estado democrático, postmodernismo y el Derecho internacional privado”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 10, 2010. Versión electrónica: rej.ujen.es. El autor señala como en el ámbito de la ley aplicable al nombre y apellido se muestra de modo más evidente la tendencia hacia el libre desarrollo de la personalidad, aunque se muestra especialmente crítico por ejemplo en relación a los controles efectuados sobre los matrimonios fraudulentos.

pecto de leyes distintas a las españolas. Además la inscripción de los apellidos conforme a la ley del país de nacimiento tiene que ser solicitada por ambos progenitores conforme al art. 156 Cc o, por uno con el consentimiento del otro, salvo que uno de los padres haya sido suspendido o privado del ejercicio de la patria potestad. Únicamente no procederá la aplicación de lo previsto anteriormente cuando los apellidos determinados conforme a la ley local resulten contrarios al orden público español y, cuando se infrinja el principio de homopatronimia entre hermanos por diferir de los apellidos que ostenta otro hijo mayor de idéntica filiación.

Por último en los supuestos de diversidad de apellidos derivados de los conflictos de leyes en materia de plurinacionalidad, la Instrucción señala que en el caso de nacimiento en España, si además de la nacionalidad española poseen la nacionalidad de otro país miembro de la UE, habrá que estar a lo previsto en la Instrucción de 23 de mayo de 2007 sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español.

La Instrucción DGRN 24 de febrero de 2010 está basada en la STJ 14 de octubre de 2008 (as. C-353/06: *Grunkin-Paul*) de 2008 que tenía por objeto una decisión prejudicial planteada por un Tribunal alemán en relación a la interpretación de los arts. 12 y 18 CE en un supuesto de determinación del apellido de un niño de nacionalidad alemana, nacido y con residencia en Dinamarca cuyos progenitores de nacionalidad alemana tenían apellidos diferentes. Conforme a la certificación registral de la autoridad danesa competente, el niño recibió en virtud del Derecho danés el apellido Grunkin-Paul con el que también se inscribió en su partida de nacimiento danesa. Por su parte en el Registro Civil alemán se denegó el reconocimiento del apellido del niño tal y como había sido determinado en Dinamarca debido a que conforme al art. 10 EGBGB el apellido de una persona se regía por la ley de la nacionalidad e impedía al hijo llevar un apellido doble (el del padre y de la madre). Los padres interpusieron recursos contra la denegación de inscripción que fueron desestimados. Finalmente presentaron una demanda ante el *Amtsgericht Flensburg* que decidió suspender el procedimiento y plantear ante el TJ una cuestión prejudicial en base a si la prohibición de discriminación contenida en el art. 12 CE y, al derecho a la libre circulación del art. 18 CE de todos los ciudadanos de la Unión, resultaba compatible con el art. 10 de la ley alemana en materia de conflicto de leyes que excluían la competencia de otra ley que no fuera la de la nacionalidad para regular el apellido.

El TJ declaró que la oposición de las autoridades alemanas a reconocer el apellido de un niño tal y como se había determinado e inscrito en otro Estado miembro (el del nacimiento y residencia del menor se oponía al derecho a la libre circulación del art. 18 CE. El TJ entendió que aunque la conexión naciona-

lidad obedecía al objetivo de garantizar la determinación del apellido de una manera estable y continuada, en las circunstancias descritas, tal conexión ofrecía un resultado contrario al pretendido, puesto que al cruzar de una frontera a otra el apellido cambiaría. Además se alegaron otro tipo de condicionamientos como el inconveniente que produciría la disparidad de apellidos en el orden profesional y privado, en particular de los efectos jurídicos de los actos o documentos oficiales expedidos con un apellido u otro; también a la hora de probar la identidad, normalmente de acuerdo a un pasaporte que al ser el niño alemán correspondía de manera exclusiva a las autoridades alemanas. Entiende el Tribunal que todos estos obstáculos a la libre circulación sólo se podrían justificar si estuvieran basados en “consideraciones objetivas y fuera proporcionado al objetivo legítimamente perseguido” y en el presente litigio todos los motivos invocados para denegar el reconocimiento e inscripción no manifiestan este carácter.

En definitiva, en materia de nombres y apellidos la competencia de la ley de la nacionalidad del niño puede ceder ante la ley de la residencia habitual de un Estado miembro en las circunstancias descritas anteriormente y, en este caso, la autonomía de la voluntad de los progenitores otorgada por el Derecho de la nacionalidad vendría limitada por los objetivos perseguidos en el escenario de la integración europea, en particular siempre que suponga un obstáculo a la libre circulación en el ámbito de la UE.

4. Matrimonio: Efectos, celebración y prestación del consentimiento

En materia matrimonial los cónyuges disponen de un amplio margen de libertad²⁷ a la hora de elegir la ley que regirá los efectos (art. 9.2º Cc), aunque como señala S. Álvarez González²⁸ con permiso de la ley de la nacionalidad común y como conexión subsidiaria. Dejando al margen las críticas que ha suscitado la conexión nacionalidad común en cuanto a los efectos del matrimonio y a la disolución del mismo, existen otras facetas en las que la autonomía de la voluntad de los futuros contrayentes resulta bastante operativa, por poner algunos ejemplos, en cuanto a la capacidad para contraer matrimonio se ha eliminado el requisito de la heterosexualidad; en cuanto a la forma de celebración del mismo (en forma civil, religiosa, conforme a ley española, conforme a ley del lugar de celebración); y a la hora de disolver el matrimonio si resulta aplicable el Derecho material español el simple hecho de presentar la

²⁷ Vid. P. Domínguez Lozano, “Nuevas estructuras familiares en la Unión Europea”, *Derecho, Sociedad y Familia: Cambio y continuidad*, Madrid, UAM, 2007, pp. 189–206.

²⁸ Vid. S. Álvarez González, “Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Libro homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, p. 149. El autor señala que la realidad la ha convertido en “una solución rácana y quizás sólo al alcance real de determinados matrimonios con la capacidad suficiente para organizar ex ante (antes de la celebración del matrimonio) y en documento público tal opción”.

demanda resulta suficiente para decretar su disolución, sin que sea necesario alegar causa alguna. Incluso está previsto en la normativa de fuente institucional, como analizaremos a continuación, que las partes elijan el Derecho aplicable a la separación judicial y el divorcio. En todos estos ejemplos que acabamos de señalar primarían derechos inherentes a la persona como el de la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, libertad religiosa entre otros que actuarían como marco de referencia si de los que se trata es de constituir relaciones jurídicas ante nuestras autoridades y como límite a la hora de dotar de eficacia en España a las constituidas en el extranjero.

No obstante, nos encontramos con que el español que en uso del libre desarrollo de la personalidad decide contraer nupcias con un extranjero, se le somete a un proceso de verificación para evaluar su consentimiento y discernir si existen fines migratorios fundamentalmente. Aquí la libertad de los individuos de contraer matrimonio se ve cercenada por directrices administrativas en materia de extranjería que no deberían encontrar su fundamento en esta sede²⁹. A raíz de la Instrucción DGRN 9 de enero de 1995, se impuso la comprobación de la veracidad del consentimiento matrimonial (para evitar la simulación) en los expedientes previos a la celebración del matrimonio en España cuando uno de los contrayentes estaba domiciliado en el extranjero, incluso cuando la celebración se realizaba en el extranjero. En dicha Instrucción se exigía en la fase del expediente previo a la celebración del matrimonio civil, la audiencia personal de cada contrayente reservada y por separado para que el Instructor a través de una entrevista en la que se incluyen una serie de preguntas que permitan dilucidar si existe un auténtico consentimiento matrimonial³⁰ y que dependiendo del celo en el cumplimiento de sus obligaciones del funcionario en cuestión³¹, podrían resultar cómicas si no fuera porque estamos en presencia de un derecho fundamental de la persona, el *ius nubendi* y debe presidir una certeza racional absoluta en la decisión denegatoria de celebración del mismo.

Más recientemente la DGRN a través de la Instrucción de 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de complacencia ha descrito los elementos o indicios que se deben tener en cuenta por los empleados del Registro Civil en la entrevista personalizada a los contrayentes, incidiendo especialmente en datos personales y

²⁹ Vid. S. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho registral internacional*, op. cit., p. 273. El autor sostiene que la calificación registral debe situarse al margen de la simulación del consentimiento, fundamentalmente atendiendo a que estamos ante un Derecho fundamental que no se debe ser abandonado a criterios meramente administrativos, cuando este control es más acorde que se realice *a posteriori* a través del Ministerio Fiscal con todas las garantías jurisdiccionales.

³⁰ Conforme al art. 246 RRC el instructor del expediente puede interrogar a los futuros contrayentes para cerciorarse de la verdadera intención matrimonial y descubrir posibles fraudes.

³¹ Vid. C. Otero García-Castrillón, “La capacidad y la simulación en el matrimonio: Fraude y extranjería en la Doctrina de la DGRN”, *Derecho registral internacional*, op. cit., p. 293 ss.

familiares; conocimiento del otro; relaciones previas al matrimonio, diferencia de edad, convivencia, hijos en común, etc. Durante este período resulta sorprendente el elevado número de Resoluciones DGRN denegando la celebración o inscripción de los matrimonios atendiendo al criterio de la existencia de datos suficientes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial³².

También la Fiscalía se ha interesado por este tipo de matrimonios, y así, la Circular 1/2002 de 19 de febrero sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención Fiscal en materia de extranjería interviene “preventivamente” supervisando el expediente tramitado ante el Encargado del Registro Civil y por si esto no fuera suficiente, está previsto que *a posteriori* ejercite la acción de nulidad si tuvieran conocimiento de la posible existencia de un matrimonio simulado. También a nivel europeo se han establecido medidas para luchar contra los matrimonios contraídos con el objetivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia de los nacionales de terceros países³³. En definitiva en este ámbito sería más acorde un control o verificación *a posteriori* teniendo en cuenta la naturaleza de los Derechos contemplados³⁴, aunque no albergo ningún tipo de esperanza al respecto teniendo en cuenta los controles férreos que se están desplegando en materia de inmigración en los últimos tiempos.

³² *V.gr.*, sólo en una semana del mes de octubre de 2006, el Centro Directivo denegó las siguientes: Res. DGRN (2ª) 2 de octubre de 2006, sobre matrimonio celebrado en el extranjero entre española y cubano, *BIMJ*, nº 2047, 15 de octubre de 2007, pp. 124–127; Res. DGRN (1ª) 3 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre pakistaní y española, *BIMJ*, nº 2047, 15 de octubre de 2007, pp. 131–133; Res. DGRN (2ª) 3 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre marroquí y española, *BIMJ*, nº 2047, 15 de octubre de 2007, pp. 133–136; Res. DGRN (3ª) 3 de octubre de 2006, sobre matrimonio celebrado en el extranjero entre español y cubana, *BIMJ*, nº 2047, 15 de octubre de 2007, pp. 136–138; Res. DGRN (4ª) 3 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre personas del mismo sexo, ecuatoriana y española, *BIMJ*, nº 2047, 15 de octubre de 2007, pp. 138–140; Res. DGRN (4ª) 4 de octubre de 2006, sobre matrimonio celebrado en el extranjero entre española y cubano, *BIMJ*, nº 2047, 15 de octubre de 2007, pp. 148–150; Res. DGRN (1ª) 6 de octubre de 2006, sobre matrimonio celebrado en el extranjero entre cubano y española, *BIMJ*, nº 2047, 15 de octubre de 2007, pp. 161–164; Res. DGRN (5ª) 6 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre español y uruguayo, *BIMJ*, nº 2047, 15 de octubre de 2007, pp. 167–169; Res. DGRN 7 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre español y nigeriana, *BIMJ*, nº 2048, 1 de noviembre de 2007, pp. 100–102; Res. DGRN (1ª) 9 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre marroquí y española, *BIMJ*, nº 2048, 1 de noviembre de 2007, pp. 102–104; Res. DGRN (3ª) 9 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre marroquí y española, *BIMJ*, nº 2048, 1 de noviembre de 2007, pp. 105–107; Res. DGRN (4ª) 9 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre español y uruguayo, *BIMJ*, nº 2048, 1 de noviembre de 2007, pp. 107–109; Res. DGRN (5ª) 9 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre español y boliviana, *BIMJ*, nº 2048, 1 de noviembre de 2007, pp. 109–112.

³³ *Vid.* Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 4 diciembre 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, DO C 382 de 16.12.1997.

³⁴ *Vid.* S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, pp. 273–274.

III. La autonomía de la voluntad en relación con las fuentes de producción normativa institucionales

La codificación europea en materias propias del DIPr ha puesto de manifiesto como la delegación legislativa que hace más de treinta años el art. 93 CE cediera a favor de instituciones internacionales se ha convertido en la práctica habitual y en los últimos años el proceso de armonización jurídica emprendido en el seno de la UE ha relegado a las otras fuentes de producción normativa (autónoma e internacional) a un papel cada vez más residual. El proceso de armonización legislativa, la cooperación reforzada y el reconocimiento mutuo constituyen los elementos esenciales en la construcción europea y los Estados han cedido esta competencia para garantizar en este ámbito el cumplimiento de estos objetivos. Si bien es cierto que la unificación europea del Derecho privado material resulta una realidad todavía lejana, el impulso europeísta de la última década se ha plasmado de modo equitativo tanto en el ámbito patrimonial como en el ámbito familiar.

Interesa destacar además que los últimos Reglamentos que han visto la luz, en el sector del Derecho aplicable tienen un ámbito de eficacia universal y dotan a la autonomía de la voluntad de las partes de un papel preponderante en la constitución de las relaciones jurídicas. Esta dimensión *ad extra* de los Reglamentos europeos y, la falta de unificación material de las legislaciones de los Estados miembros, es lo que conduce a que éstos incluyan salvaguardias para evitar que quiebren los principios anteriormente enunciados, sustituyendo el orden público nacional de los Estados miembros, por el orden público europeo³⁵, limitado a los supuestos de discriminación, protección de cierto tipo de intereses y, en los que no se garantice debidamente el derecho de defensa del demandado³⁶. Obviamente al no existir una uniformidad material³⁷ a nivel europeo es preciso proteger a

³⁵ J. Basedow, “Recherches sur la formation de l’ordre public européen dans la jurisprudence”, *Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde. Le droit International privé: esprit et méthodes*, París, Dalloz, 2005, pp. 71–74. El autor analiza a través de la jurisprudencia como el orden público europeo desplaza al orden público nacional con el objetivo de satisfacer los principios fundamentales del derecho comunitario y como se le atribuye una función correctiva para evitar que el orden público de los Estados limite el juego de las reglas de conflicto.

³⁶ Vid. A. Espiniella Menéndez, “La ‘europeización’ de decisiones de Derecho privado, *REDI*, vol. LX, 2008–I, pp. 47 ss. Como señala el autor, la relación entre el sistema europeo y los sistemas constitucionales de los Estados miembros, en el ámbito del reconocimiento de decisiones extranjeras se había producido a través del orden público del Estado requerido, pero al suprimirse ese control por ejemplo en los títulos europeos supone una constatación de la integración de sistemas, de la cesión de la soberanía de los Estados y, en definitiva de la pérdida de protagonismos de los Estados miembros.

³⁷ Vid. S. Sánchez Lorenzo, “La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material”, *Paces Artis. Obra homenaje al profesor Julio Diego González Campos*, t. II, Madrid, 2005, pp. 1765–1786.

las partes de la protección que le dispensaría una ley estrechamente vinculada al asunto, pero también es necesario establecer cauces muy precisos para determinar la operatividad de legislaciones extranjeras³⁸.

A los efectos que aquí interesan haremos una breve mención del papel de la autonomía de la voluntad en el Reglamento sobre alimentos³⁹ (RB III) y, el Reglamento en materia de separación y divorcio⁴⁰ (RR III). Pues bien, el primero de ellos se circunscribe a las relaciones alimenticias derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad, en los ámbitos propios del DI-Pr⁴¹, esto es, la competencia judicial internacional, la ley aplicable⁴², el reconocimiento y eficacia de las resoluciones judiciales⁴³ y la cooperación entre autoridades centrales. Merece especial atención la determinación de la competencia, puesto que este Reglamento confiere un amplio margen de libertad para la elección de foros en los que reclamar la obligación, así conforme al art. 3 se podrán reclamar los alimentos ante el órgano jurisdiccional de la residencia habitual del demandado; o de la residencia habitual del acreedor; o ante el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes; o ante el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de ali-

³⁸ E. Jayme, "Identité culturelle et integration...", *loc. cit.*, pp. 56 ss.

³⁹ Reglamento (UE) n° 4/2009 de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DO L 7 de 10.1.2009.

⁴⁰ Reglamento (UE) n° 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece un procedimiento de cooperación reforzada en materia de ley aplicable a la separación y el divorcio, DO L 343 de 29.12.2010.

⁴¹ *Vid.* M. A. Rodríguez Vázquez, "La regulación del Reglamento (CE) n° 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: Competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias", www.reci.org.

⁴² En relación a la ley aplicable, ésta se determinará conforme a lo previsto en el Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento, conforme al art. 15 y, en relación a los Estados miembros no vinculados resultarán de aplicación las normas de conflicto de fuente autónoma o convencional en materia de alimentos. Y ésta es la principal crítica al Reglamento, el no haber podido poner de acuerdo a los Estados miembros respecto del derecho aplicable.

⁴³ Por lo que respecta al reconocimiento y ejecución de resoluciones, el Reglamento prevé dos situaciones atendiendo a si la resolución ha sido dictada en un Estado miembro parte del Protocolo de 2007 o no. En el primer caso, el reconocimiento será automático, sin que sea necesario acudir a ningún procedimiento de ejecución y, en el segundo de los casos, el reconocimiento es automático pero será necesario acudir a un procedimiento de ejecución. En relación a las transacciones judiciales y a los documentos con fuerza ejecutiva se benefician del mismo sistema de reconocimiento y de declaración de ejecutividad conforme al art. 48 del Reglamento.

mentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes. Además de otros foros como el de la nacionalidad común (art. 6) y el *forum necessitatis* (art. 7), contempla la sumisión expresa en el art. 4 como complemento a los foros anteriormente citados, con la excepción de que el alimentista sea menor de dieciocho años de edad y, la sumisión tácita en el art. 5 si el demandado comparece en el proceso realizando cualquier acto procesal, distinto al de impugnar la competencia.

Por su parte, recientemente ha entrado en vigor el Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010, sobre ley aplicable a la separación y el divorcio (efectos personales), que responde al objetivo básico de armonización de soluciones en el ámbito conflictual al ya existir otro instrumento europeo en el sector de la competencia judicial, el denominado RB II. Pues bien, en este Reglamento de ámbito de eficacia universal, se apuesta por la autonomía de la voluntad, cuando se establece con carácter general la libertad de elección de ley y, a falta de elección de la ley aplicable, como conexión subsidiaria se opta por la aplicación de normas armonizadas de conflicto de leyes basadas en una escala de criterios de vinculación sucesivos fundados en la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley de que se trate. Pretendiendo con ello garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses. En cuanto a los criterios de vinculación a los que se refiere el Reglamento, es necesario que garanticen que el procedimiento de separación o divorcio se rija por una ley con la que los cónyuges tengan un vínculo estrecho. No obstante, el Reglamento condiciona o limita la elección de ley en el art. 5 cuando establece que:

“1. Los cónyuges podrán convenir 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 de residencia habitual de los cónyuges, 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 del foro”.

En definitiva, en este Reglamento se plasma la autonomía de la voluntad de las partes, aunque en mi opinión esta apuesta no es tan decidida como pudiera parecer a priori, puesto que esta elección tiene que ser informada y condicionada a que tenga vinculación especial⁴⁴, por lo que no actuaría como conexión autó-

⁴⁴ Como señaló R. Arenas García en su ponencia sobre el RR III que se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, la autonomía de la voluntad puede operar como auxi-

noma. Tampoco queda muy claro a quien le corresponde la tarea informativa sobre el Derecho extranjero elegido y en caso, de que la autoridad judicial o extrajudicial desaconseje la ley elegida, la duda se plantea nuevamente. Dejando a un lado que la elección de ley se oponga al orden público por resultar discriminatoria, la autonomía de la voluntad en este ámbito va a resultar muy poco operativa, y va a conducir en muchas ocasiones a la aplicación de la ley del foro. Además en la práctica judicial española la aplicación del Derecho extranjero⁴⁵ plantea aún hoy muchos problemas⁴⁶.

IV. Consideraciones finales

Los ejemplos seleccionados en el ámbito familiar muestran como la autonomía de la voluntad de los particulares se ha ido ampliando progresivamente en sectores que antaño se configuraban como no dispositivos. En la actualidad cada vez son más frecuentes estas manifestaciones convencionales de las partes a la hora de diseñar la relación jurídica, por lo que respecta a las estipulaciones del Derecho material, a las cláusulas de elección de foro y al Derecho conflictual, amparadas en la normativa de diversa fuente de producción normativa, aunque especialmente destacable en el escenario de la integración europea.

No obstante, la libertad individual cede en favor de cierto tipo de intereses que garantizan la protección de los más débiles y de los derechos considerados como inherentes a las personas. En otras ocasiones, la previsibilidad y certeza en el resultado; la seguridad jurídica; la libertad de circulación en el ámbito europeo también actúan como freno al poder dispositivo de los particulares. Tampoco podemos olvidar ciertos obstáculos provenientes de políticas migratorias; intereses públicos; la aplicación del Derecho extranjero por nuestros órganos jurisdiccionales. En definitiva estos serían algunos de los elementos seleccionados que harían cuestionar lo que A.E. von Overbeck hace casi dos décadas denominar la irresistible extensión de la autonomía de la voluntad en DIPr (extensión sí pero con resistencias de diversa índole). En realidad se asemeja en cierta medida a lo que Niboyet planteó a comienzos del siglo pasado cuando se mostraba crítico con la existencia de una auténtica *Teoría de la autonomía de la voluntad*, aceptando cierta libertad convencional en determinados ámbitos.

liar del principio de proximidad, no teniendo lógica que operara como principio autónomo atendiendo a los principios de contenido material del Reglamento.

⁴⁵ J.C. Fernández Rozas, "Art. 12, apartado 6 del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, en especial pp. 1027–1031.

⁴⁶ *Vid. v.gr.*, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 338/2008. Resolución conforme al Derecho español por falta de prueba del contenido del Derecho extranjero.

EL DERECHO APLICABLE A LOS ASPECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO: LA LEY RECTORA DEL MATRIMONIO EMPIEZA DONDE EL AMOR ACABA *

Csongor István NAGY

Profesor adjunto de Derecho
University of Szeged (Hungary)

SUMARIO: I. Introducción, II. Los problemas de caracterización y el problema del contexto. 1 Problemas de caracterización. 2. Problemas de interrelación. 3. ¿Resuelve el Derecho internacional privado de la UE los problemas de caracterización e interrelación? III. Autonomía de la voluntad de las partes IV. Conclusiones.

RESUMEN: El régimen económico matrimonial y los alimentos tienen una gran importancia práctica en los litigios internacionales derivados de la disolución del matrimonio. Estas cuestiones conllevan problemas tanto de caracterización como de interrelación, que varían según el sistema al que pertenece la jurisdicción que conoce del caso (Derecho común o sistema civilista). Analizando algunos aspectos conceptuales de la Propuesta de Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales, puede concluirse que las reglas propuestas, aunque con algunas excepciones, introducen normas uniformes para toda la Unión Europea para concretar la Ley aplicable a esta materia. Sin embargo, esta norma no sirve para romper con la diversidad nacional que en este campo existe en Europa –desde un punto de vista teórico–, ya que se mantienen los problemas de caracterización e interrelación (pues no se tratan en este instrumento), en lo refiere al tratamiento de estas cuestiones tras la ruptura. Para superar estos problemas habría que aplicar la misma ley para ambas cuestiones, lo que no está previsto. Para poder conseguir el resultado deseado podría intentarse por dos vías: bien mediante la autonomía de la voluntad de las partes, bien mediante cláusulas de escape (opción no prevista en la Propuesta de Reglamento).

PALABRAS CLAVE: DERECHO APLICABLE – RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL – ALIMENTOS – DIVORCIO – PROTOCOLO DE LA HAYA DE 2007 – PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE RÉGIMENES MATRIMONIALES – LEY APLICABLE AL MATRIMONIO.

ABSTRACT: *The matrimonial property regimes and maintenance are questions which have a great practical importance in the international litigations derived from the dissolution of the marriage. These*

* Traducción y revisión realizada por Clara Isabel Cordero Álvarez, Profesora ayudante de la Universidad Complutense de Madrid (UCM).

questions carry problems of characterization and problems of context, because they change according to the system to which there belongs the jurisdiction that knows about the case (common Law or civil law). After analyzing some conceptual aspects of the Draft Regulation on Matrimonial Property, one can conclude that it, though with some exceptions, introduces uniform rules of conflict of law throughout the European Union in this matter. Nevertheless, this instrument does not serve to break with the national diversity that in this field exists in Europe – from a theoretical point of view –, since it does not address the issue of characterization and inter-relation. In order to achieve the wished result it might be tried by two ways: through of party autonomy, or with the insertion of escape clauses (option not foreseen in the Draft Regulation on Matrimonial Property).

KEYWORDS: CONFLICT OF LAWS – MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES – MAINTENANCE – DIVORCE – THE 2007 HAGUE PROTOCOL – DRAFT REGULATION ON MATRIMONIAL PROPERTY – LAW OF MARRIAGE.

I. Introducción

Aproximadamente el 13 % de todos los matrimonios y, consecuentemente de los divorcios en Europa, son internacionales. Sólo en 2007, dentro de la Unión Europea, se produjo la disolución (por divorcio o por muerte) de aproximadamente 500.000 matrimonios internacionales. Estos datos resultan alarmantes, no sólo porque demuestran que todo lo que tiene un principio tiene un final, sino, lo que es más importante, porque pone de manifiesto la necesidad de un marco normativo uniforme de ámbito comunitario que abarque todas las cuestiones que las crisis matrimoniales generan. Esta cuestión está estrechamente conectada con uno de los objetivos principales de Unión Europea: la libre circulación de personas; pues la incertidumbre legal que actualmente existe sobre la regulación de las distintas cuestiones matrimoniales en el ámbito comunitario, puede tener un considerable impacto en esta libertad de circulación.

En conexión con la disolución del vínculo matrimonial pueden surgir muy diferentes cuestiones, a saber: la propia disolución del vínculo (divorcio), los aspectos patrimoniales del matrimonio (régimen económico matrimonial), la pensión alimenticia, la residencia del menor, custodia, derechos de visita del progenitor no custodio, etc. La práctica judicial demuestra que las cuestiones sobre los aspectos patrimoniales o económicos del matrimonio y la pensión de alimentos son las más relevantes en los litigios matrimoniales internacionales¹, además de ser importantes incentivos para el *forum shopping*. Aunque la cuestión de divorcio fue también durante varias décadas un incentivo muy importante, dado que el matrimonio puede disolverse en cualquiera de los Estados miembros², este aspecto del Derecho

¹ Los problemas prácticos son consecuencia de la falta de armonización de las reglas de conflicto en materia matrimonial. *Vid. Final report. JAI/A3/2001/04. T.M.C. Asser Instituut, the Hague, the Netherlands, December 2002. pp. 46–47.*

² El último Estado miembro que introdujo en su ordenamiento la figura del divorcio fue Malta, el 28 de mayo de 2011, una mayoría muy estrecha de los malteses votaron la legalización del divorcio en *referendum*.

aplicable al matrimonio ha perdido en la actualidad la mayor parte de su importancia³. Sin embargo, debe destacarse que todavía existen diferencias notables entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros (por ejemplo, en ciertos países se requiere para conceder el divorcio previamente la separación física de las partes); en consecuencia, no puede decirse que la cuestión del divorcio haya perdido toda relevancia.

En el presente artículo se va a tratar el Derecho aplicable a las cuestiones de propiedad relacionadas con el matrimonio (o mejor dicho, con el divorcio) con especial hincapié en los regímenes económicos matrimoniales a propósito de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales⁴ (en adelante, Propuesta de Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales). A continuación, se van a analizar las cuestiones derivadas de la diversidad que existe entre los distintos ordenamientos jurídicos comunitarios desde el punto de vista de las ideas y del pensamiento (principios y valores); para luego plantear la posibilidad de formular ideas y compartir algunos pensamientos en relación con la Propuesta de Reglamento.

La actual situación en la Unión Europea puede calificarse como lamentablemente decepcionante. Como consecuencia de la total ausencia de unificación en cuanto a ley aplicable, las parejas mixtas están privadas de toda certeza legal en lo que se refiere a la situación de su propiedad (cuestiones patrimoniales)⁵. Los diversos factores de conexión utilizados por los diferentes países (primera residencia habitual común de la pareja, nacionalidad común, etc.) no solo abren la puerta al *forum shopping* sino que también pueden suponer considerables efectos no previstos. Los esposos no pueden prever con seguridad el régimen aplicable, incluso cuando exista entre ellos un contrato matrimonial (acuerdos matrimoniales); esto es, no es segura la ley que finalmente pueda regular el vínculo matrimonial y, en consecuencia, si el contrato matrimonial es o no válido según la ley aplicable. Cabe destacar, por ejemplo, que las partes en algunos ordenamientos no pueden elegir la ley aplicable⁶. La ley aplicable podría ser predicha solo si el foro que fuera a conocer de procedimiento pudiera ser identificado; y ésta es una cuestión que difícilmente puede ser conocida al tiempo de la celebración del matrimonio.

³ Sobre los problemas prácticos de esta cuestión por la falta de armonización, *vid.*, *Final report. JAI/A3/2001/04. T.M.C., loc. cit.*, p. 44.

⁴ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. COM(2011) 126 final

⁵ La adopción del RR III no ha eliminado este problema, pues éste se aplica exclusivamente a la cuestión del divorcio (aspectos personales).

⁶ Sobre el Derecho inglés *vid.*, por ejemplo, *Radmacher (formerly Granatino) v Granatino (Appellant)* [2010] UKSC 42; en lo que respecta al Derecho húngaro, *vid.* Sección 39 de la Law-Decree (Act) 13 of 1979 on Private International Law (in Hungarian: '1979. évi 13. törvényerejű rendelet a nemzetközi magánjogról'), en adelante, *Hungarian Act on Private International Law*.

La primera parte de este artículo se dedica a explorar los problemas de la caracterización y el problema del contexto (la interrelación) en relación con los aspectos patrimoniales del matrimonio (régimen económico y pensión de alimentos). En la segunda parte se trata la función y los problemas que plantea la autonomía de la voluntad de las partes en este ámbito. Finalmente, el estudio se completa con la exposición de las conclusiones.

En términos generales, aunque el borrador de Reglamento supone un avance en cuanto que introduce reglas uniformes en la materia, lamentablemente este texto no hace referencia a los principales problemas conceptuales que constituyen el punto de inflexión en la localización del Derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio.

Las reglas propuestas simplemente ignoran o no tienen en consideración que los conceptos del *common law* matrimonial no pueden ser encajados sin más en categorías civilistas (*civil law*); lo que conduce irremediablemente a problemas insolubles cuando el asunto tiene conexión con jurisdicciones de Derecho anglosajón. Este problema no es residual, ya que 4 de los 27 Estados miembros tienen un régimen de *common law* (Chipre, Inglaterra y Gales e Irlanda del Norte en el Reino Unido, Malta y la República de Irlanda). Además, la Propuesta de Reglamento tampoco tiene en cuenta que las reglas sobre régimen económico matrimonial, pensión de alimentos y, en cierta medida, aquellas sobre la ley rectora de la herencia, están interrelacionadas (pues se forman en referencia a las demás). En este sentido, sacando estas reglas de su contexto y aplicándolas de una manera desigual, pueden conducir a resultados totalmente opuestos, esto es, tanto a una sobre-compensación como a una infra compensación.

Este problema, aun no siendo nuevo, no es en absoluto tratado en las reglas propuestas del Reglamento de regímenes económicos. Aunque la Unión Europea sí regula sobre la pensión compensatoria del excónyuge (Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos, en adelante Protocolo de la Haya de 2007), y, mediante una cláusula de escape, permite aplicar a la cuestión de alimentos la misma ley que se aplicó al régimen económico matrimonial. Aunque esta cláusula de escape no fuera adaptada a las futuras reglas sobre el régimen económico matrimonial, es deseable que los tribunales la utilizaran para abordar correctamente el problema de la interrelación entre el régimen económico y la pensión de alimentos.

II. Los problemas de caracterización y el problema del contexto

¿Cuánto? ¡Treinta! ¿Qué es treinta? ¿Qué es cuánto?

Las materias matrimoniales conllevan un gran número de problemas de caracterización y de contexto. No obstante, estos problemas no son nuevos en absolu-

to. Esto es, no sorprende que la mayor parte de los problemas de caracterización surjan en el contexto del matrimonio.

Ya que el DIPr utiliza nociones legales y no verdaderos casos –supuestos reales–, esto supone que sus normas localizan la ley aplicable a las cuestiones legales (régimen económico matrimonial, la validez de la voluntad de las partes, etc.) y no a los verdaderos problemas reales. Es necesario que la materia en juego y la cuestión legal sean unidas; y es precisamente en este punto donde el problema de la caracterización entra en juego, ya que los sistemas legales siguen estructuras diferentes y la misma cuestión puede venir reglamentada bajo distintas categorías legales en cada sistema.

Además, las reglas particulares de un sistema legal actúan recíprocamente entre sí; pues las distintas instituciones legales son creadas dentro del contexto de un ordenamiento concreto, teniendo en consideración las nociones legales existentes en aquél. Desde un punto de vista práctico, la ley de un país puede ser muy generosa en el ámbito de la pensión de alimentos para el excónyuge, porque entre ellos operaba el régimen de separación de bienes. En ese caso, la pensión de alimentos cumple el objetivo de compensar a uno de los esposos de la pérdida del estado –matrimonial–, mientras que en los sistemas o regímenes de comunidad de bienes (gananciales) normalmente no hay nada para compensar, ya que los esposos por lo general terminan con la mitad de los beneficios obtenidos durante el matrimonio.

Asimismo, las reglas del Derecho regulador de la herencia también pueden formularse siguiendo consideraciones derivadas del régimen económico. Por ejemplo, el esposo superviviente puede heredar una parte de la herencia simplemente porque entre los cónyuges regía el principio de separación de bienes; mientras que el sistema de comunidad de bienes o gananciales suele suponer que la viuda/o no hereda la propiedad, sino un derecho de aprovechamiento por vida (el usufructo). Si las reglas de los distintos sistemas legales son sacadas de su contexto y mezcladas en su uso, podría conducir a resultados dispares pero en cualquier caso inadecuados: o bien un exceso de compensación o bien una compensación excesivamente baja. Aunque según cualquier Derecho sustantivo no “hay rosa sin espina”, la norma de conflicto puede conducir a situaciones donde el cónyuge consiga “sólo las rosas” o “sólo las espinas”.

1. Problemas de caracterización

El principal problema con el sector del régimen económico matrimonial es que se trata de una categoría civilista conceptual y es totalmente desconocido para el *common law*⁷. Bajo el punto de vista civilista, las cuestiones económicas relacio-

⁷ En este sentido, *vid.*, *Response of the Law Society of England & Wales and the Society of Trust & Estate Practitioners to the European Commission's Green Paper on Conflict of Laws in Matrimonial*

nadas con la disolución del matrimonio son principalmente dobles: el régimen económico matrimonial y la pensión de alimentos⁸. Mientras que el divorcio se relaciona con la disolución del vínculo matrimonial, las cuestiones económicas o de propiedad se abordan dentro del régimen económico matrimonial y la pensión de alimentos. Mientras que el régimen económico es, en principio, una categoría objetiva donde la propiedad se divide siguiendo reglas neutras⁹, la pensión de alimentos se basa en las necesidades del acreedor. En este sentido, las denominadas *financial provision orders* (que pueden traducirse como resoluciones judiciales de carácter económico) que por un juez inglés puedan ser adoptadas, no encajan dentro de esta clasificación tan rígida. Pues en estas resoluciones se deciden conjuntamente ambas cuestiones (v. gr., el régimen económico y la pensión de alimentos), pero al mismo tiempo estas resoluciones no son propiamente decisiones de régimen económico matrimonial ni de pensión de alimentos. La *raison d'être* de este régimen se encuentra en que en el Derecho inglés se sigue el principio de la separación de bienes o de propiedades entre los cónyuges¹⁰, de manera que, en términos generales, el cónyuge trabajador (el cabeza de familia) al concluir el matrimonio tendrá una fortuna más considerable que el cónyuge que se quedó en casa (realizando los quehaceres domésticos y la educación de los niños).

Esta injusticia o desequilibrio entre las partes tiende a compensarse por el juez inglés concediendo una pensión de alimentos generosa y, posteriormente¹¹ con carácter sustitutivo, asignando una parte de las propiedades del marido a la esposa¹². Estas disposiciones judiciales son normalmente mucho más generosas que las decisiones judiciales sobre alimentos dictadas por los jueces continentales, ya que éstos tienen en consideración la “pérdida” que generalmente el esposo sufre por la división del patrimonio (al disolverse la comunidad de bienes).

La caracterización de la propiedad matrimonial que cada uno de los sistemas realiza, por un lado el civilista y por otro los países del sistema anglosajón, puede compararse con el problema de la calificación de los mulos: ¿son caballos

Property Regimes, p. 1, cuyo texto íntegro está disponible en la página web: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/matrimonial_property/contributions/others/law_society_england_wales_and_step_en.pdf. Vid. también, M. Harding, “The Harmonisation of Private International Law in Europe: Taking the Character out of Family Law”, *J. Priv. Int'l L.*, vol. 1, 2011, pp. 5–7.

⁸ Por su puesto que otras cuestiones adjacentes pueden ser referidas, por ejemplo la residencia del menor o su pensión de alimentos.

⁹ Las jurisdicciones de los Estados miembros pertenecientes al sistema civilista (*civil law*) normalmente siguen el modelo de comunidad de bienes entre los esposos. Vid. B. Rešetar “Matrimonial Property in Europe: A Link between Sociology and Family Law”, *Electron J Comp Law*, vol. 12.3, diciembre 2008, pp. 1–2 y pp. 4–9; disponible en <http://www.ejcl.org>.

¹⁰ *Ibid.*, p. 1.

¹¹ Vid. S. Cretney, “Trusting the Judges: Money after Divorce”, *Current Legal Problems*, vol. 52 (1), 1999, pp. 286–312, en especial pp. 288–289 and 293 (1999).

¹² Vid. *Matrimonial Causes Act 1963*; *ibid.*, p. 290.

burros? Esta cuestión no puede ser resuelta. Ya que los mulos tienen mitad de caballo y mitad de burro. Por consiguiente, ellos son caballos y burros pero, al mismo tiempo, ni caballos ni burros.

El Tribunal de Justicia (en adelante TJ) aborda este concreto problema de caracterización en el asunto *Antonius van den Boogaard v Paula Laumen*¹³. Aunque la cuestión prejudicial que dio origen a esta sentencia giraba en torno a la interpretación del RB I¹⁴, el verdadero sustrato, la esencia de la cuestión era la caracterización, a lo que se volvió para resolver. Una supuesta acreedora de una pensión de alimentos, solicitó el reconocimiento y ejecución de una sentencia inglesa por la que se transfería una parte de la fortuna del marido a la esposa. Mientras que la cuestión de la pensión de alimentos cae dentro del ámbito de aplicación del RB I y, consecuentemente, las decisiones judiciales sobre esta materia deben ser reconocidas y ejecutadas debidamente en los Estados miembros¹⁵, los regímenes económicos matrimoniales están excluidos expresamente del instrumento comunitario¹⁶. El TJ sostuvo a en que la resolución inglesa la expresión *money after divorce* mezcla la división del patrimonio (la disolución del régimen económico) y la pensión de alimentos; pero el lenguaje utilizado por la sentencia sugiere que se refiere más bien a la pensión de alimentos (al menos esa era la materia controvertida en este caso).

En este sentido, la pregunta que surge es la siguiente: ¿están excluidas este tipo de reclamaciones del futuro Reglamento sobre regímenes matrimoniales? Aunque el Reino Unido parece que no va a unirse a este futuro Reglamento¹⁷, la cuestión sigue vigente, porque muy probablemente tendrá carácter universal¹⁸. En consecuencia, el juez civilista podría tener que afrontar las referidas cuestiones de caracterización cuando las provisiones del Reglamento conduzcan a la aplicación, v.gr., de la ley inglesa o irlandesa.

2. Problemas de interrelación

La ausencia de una *lengua franca* en el ámbito de las cuestiones económicas del matrimonio también conlleva problemas de interrelación, lo que nos conduce al problema de la justicia material. El régimen económico matrimonial, los ali-

¹³ STJCE 27 febrero 1997, as. C 220/95: *Antonius van den Boogaard v Paula Laumen* [1997] ECR I-01147.

¹⁴ Reglamento (CE) n° 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001 L12/1), en adelante RB I.

¹⁵ Art. 5.2° RB I.

¹⁶ Art. 1.2° a) RB I.

¹⁷ Arts. 1 y 2 Protocolo sobre la posición del Reino Unido y Irlanda en relación con del área de libertad, seguridad y justicia anexada al TUE y al TFUE.

¹⁸ Art. 21 Propuesta de Reglamento sobre regímenes matrimoniales.

mentos y la ley rectora de la herencia están interrelacionados entre sí y se conforman en referencia unos de los otros. De tal forma que, uno puede tratar de eliminar las limitaciones del otro. En los sistemas civilistas las provisiones sobre alimentos son normalmente menos generosas, porque esperan que los cónyuges dividan los bienes obtenidos durante el matrimonio por partes iguales; de la misma manera, el cónyuge superviviente normalmente no hereda después del otro cónyuge, aunque sí puede darse el usufructo de ciertos bienes y otras disposiciones especiales. Por ejemplo, en el Derecho húngaro existe un sistema de comunidad de bienes (o mejor dicho, una comunidad de beneficios) complementado por normas sobre alimentos y herencia. El cónyuge sólo recibe alimentos en caso de necesidad (el excónyuge no puede sostenerle/la y esto no es su responsabilidad)¹⁹. Según la ley de sucesiones, el cónyuge superviviente no hereda nada si el difunto dejó hecho reparto, sin embargo, sí adquiere el usufructo hasta su fallecimiento o nuevo matrimonio²⁰.

Por otro lado, las reglas restrictivas inglesas sobre la propiedad matrimonial son equilibradas mediante generosas resoluciones judiciales de naturaleza económica y con provisiones, igualmente generosas, en materia de herencia. Así, el cónyuge superviviente hereda los bienes muebles, un legado por imperativo legal de 250.000 GBP –Libras inglesas– (en caso de que el difunto hubiera dejado hecho el reparto; en ausencia de reparto la cantidad será de 450.000)²¹ y un derecho de usufructo de por vida de la mitad del remanente²².

El referido fenómeno de la interrelación puede conducir tanto a una sobre compensación como a todo lo contrario, a una infra compensación. En este sentido, puede plantearse si un cónyuge después de haber recibido la mitad de los bienes del matrimonio según el Derecho húngaro, el alemán, etc., ¿podría reclamar alimentos de conformidad con el Derecho inglés? De la misma manera, ¿puede el cónyuge superviviente (después de haber adquirido la mitad de los beneficios comunes) heredar conforme a la ley inglesa, donde también hereda los bienes muebles y el resto hasta 250.000 o 450.000 GBP?

3. ¿Resuelve el Derecho internacional privado de la UE los problemas de caracterización e interrelación?

Lamentablemente, la propuesta de Reglamento sobre regímenes matrimoniales no aborda ni la cuestión de la caracterización ni los problemas de la interrelación. Este Reglamento incluye dentro de su ámbito material de aplicación los

¹⁹ Vid. Sección 21 del *Hungarian Family Law Code*.

²⁰ Vid. Secc. 615 del *Hungarian Civil Code*

²¹ Referencia importes a febrero de 2009. Vid. Section 46(1) of the *Administration of Estates Act 1925*, Family Provision (Intestate Succession) Order 2009 (S.I. 2009 No. 135).

²² Vid. R. Probert, "Family and Succession Law, England and Wales", *International Encyclopedia of Laws Series*, Londres, 2008, pp. 199–200.

regímenes económicos matrimoniales²³ con exclusión expresa de la cuestión de alimentos²⁴. El art. 2 define “régimen económico matrimonial” como: conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con respecto a terceros²⁵. Esta definición ciertamente abarca los acuerdos económicos del *common law* sin dar ninguna indicación sobre cómo separar en el caso particular de las *financial provision orders* las cuestiones del régimen económico y de alimentos. En consecuencia, la solución habrá que deducirla de las “pistas” que el TJ ha establecido al respecto en el asunto ya referido, *Antonius van den Boogaard v. Paula Laumen*; pero esto es, sin duda, una fundamentación poco sólida.

Además, la propuesta de Reglamento tampoco se pronuncia sobre la cuestión de la interrelación. Aunque al juez pudieran facilitársele ciertas posibilidades conforme al Derecho material aplicable (o Derechos) para excluir la injusticia material (v.gr., para evitar la infra o la sobre compensación), no parece adecuado tener que “forzar” a los jueces a acudir al recurso de las cláusulas de escape del Derecho material para corregir las deficiencias de las normas de conflicto. El juez civilista puede usar su poder de discreción en la concesión y concreción de los alimentos para equilibrar el carácter restrictivo o generoso del régimen económico matrimonial correspondiente. Sin embargo, esta posibilidad integrada en el Derecho material está lejos de ser suficiente y seguramente no sirva para contrarrestar los problemas causados por la norma de conflicto. Por otro lado, el Protocolo de la Haya de 2007 contiene una cláusula de escape débil, pero viable, que puede ser usada para este propósito (como se verá más adelante).

Los problemas de caracterización y de interrelación pueden ser fácilmente superados empleando el mismo factor de unión para ambas cuestiones; en ese caso, el dilema conceptual pierde su importancia práctica. Esta aproximación es seguida, por ejemplo, por el DIPr húngaro. La sección 39 del *Hungarian Act on Private International Law* trata las relaciones personales y económicas entre los esposos como una unidad y las sujeta a los mismos factores de unión. La categoría “las relaciones personales y económicas” abarca tanto el régimen económico matrimonial como los alimentos para el cónyuge.

Si no se regulan las dos cuestiones de manera uniforme, otro método para asegurar la consistencia es la previsión de cláusulas de escape. Aunque no sobre cuestiones de familia, el tratamiento de la responsabilidad conjunta en el RR II²⁶ sobre ley aplicable a obligaciones no contractuales, es un buen ejemplo de esto. Si “A” causa daños y perjuicios a “B” y hay un contrato preexistente entre ellos,

²³ Art. 1.1º.

²⁴ Art. 1.3º.b).

²⁵ Art. 2.a).

²⁶ Reglamento (CE) nº 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”). DO L 199/40 de 31.7.2007 (en adelante, RR II).

“B” puede formular reclamación tanto contractual como extracontractual contra “A”, con la condición de que las actuaciones de las que se deriven los daños y perjuicios sea las mismas (esto es, responsabilidad simultánea). Distintos ordenamientos parecen acoger esta tendencia aunque de manera diferente: algunos Derechos permiten al demandante escoger la forma de responsabilidad en la que basar su reclamación, y otros estipulan que la existencia de un contrato excluye la posibilidad de basar la reclamación en la responsabilidad extracontractual.

De acuerdo con esto, en el Derecho francés y belga el demandante no puede fundamentar su caso en la responsabilidad extracontractual si entre las partes existe previamente un contrato²⁷. Por otro lado, en el Derecho austriaco, alemán y húngaro el demandante tiene la opción de elegir la causa en la que basa su acción de reclamación (contractual o extracontractual), excluyéndose la posibilidad del doble resarcimiento²⁸. En el Derecho de daños inglés, en principio, esta opción también es posible con ciertas condiciones²⁹. El RR II aborda el problema de la responsabilidad simultánea mediante una cláusula de escape prevista en el art. 4.3º: “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país (...) se aplicará la ley de este otro país”. El art. 4.3º expresamente se refiere al problema de la responsabilidad simultánea y permite al tribunal aplicar a la responsabilidad extracontractual la ley rectora del contrato³⁰: “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 vinculada con el hecho dañoso en cuestión”³¹.

El DIPr de la UE no emplea ninguno de los instrumentos referidos, aunque una tímida cláusula de escape aparezca en el sector de alimentos, lo que, sin embargo, no ha sido recogido en la Propuesta de Reglamento de regímenes matrimoniales. El legislador de la Unión Europea resolvió contrariamente al tratamiento conjunto del régimen económico matrimonial y los alimentos. Una norma

²⁷ Vid. C. Von Bar, U. Drobnig (*et al*), *Study on property law and non-contractual liability law as they relate to contract law* (SANCO B5-1000/02/000574, 2003), p. 205; disponible el texto íntegro en http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf

²⁸ Sobre el Derecho austriaco y alemán, *vid.* C. Von Bar, Ulrich Drobnig, *loc. cit.*, pp. 206–207. También sobre el Derecho alemán, *vid.* K. Larenz y M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Munich, 1997, p. 355. Sobre el Derecho húngaro, *vid.* G. Eörsi, *Elhatárolási problémák az anyagi felelősség körében*, Budapest, 1962.

²⁹ *Vid.* asuntos *Hedley Byrne v Heller* [1964] AC 465, *Esso Petroleum Co Ltd v Mardon* [1976] QB 801, *Batty v Metropolitan Realisations Ltd* [1978] QB 554, *Midland Bank Trust Co Ltd v Hett Stubs & Kemp* [1979] Ch 384, *Henderson v Merrett Syndicates Ltd* [1994] 3 All ER 506; entre la doctrina, *vid.* C. Von Bar, Ulrich Drobnig, *loc. cit.*, pp. 209–211.

³⁰ Cdo. 14 RR II.

³¹ Art. 4.3º RR II. *Vid.* C. István Nagy, “The Rome II Regulation and traffic accidents: uniform conflict rules with some room for forum shopping – how so?”, *J. Priv. Int'l L.*, vol. 6, nº 1, 2010, pp. 93–108, en esp. 102–103.

específica (el Reglamento sobre alimentos³²) trata todas las cuestiones de alimentos, incluyendo los alimentos para el excónyuge, mientras que esta cuestión es expresamente excluida del ámbito material de aplicación de la propuesta de Reglamento sobre regímenes matrimoniales. En consecuencia, pueden aplicarse distintas leyes a las cuestiones de alimentos y régimen económico matrimonial.

En lo que se refiere a las cláusulas de escape, sí existe previsión en las provisiones del Reglamento de alimentos, aunque no se hace ninguna referencia expresa al problema de la interrelación. La propuesta de Reglamento sobre regímenes matrimoniales no contiene ninguna provisión en este sentido, lo que parece razonable teniendo en cuenta que en los sistemas civilistas el régimen económico matrimonial está reglamentado según reglas “objetivas”, por lo que el tribunal no tiene ningún poder de discreción en cuanto a cómo dividir la comunidad de bienes de los cónyuges (aunque la discreción seguramente exista en lo que se refiere a la interpretación de estas reglas “objetivas”). El Reglamento de alimentos recoge la determinación del Derecho aplicable en su art. 15, el cual se refiere al Protocolo de La Haya de 2007³³. El Protocolo de la Haya de 2007, en su art. 3, establece que las obligaciones de alimentos, en principio, se regularán por la ley de Estado de residencia habitual del acreedor de alimentos, y en caso de cambio en la residencia habitual, la ley del Estado de nueva residencia se aplicará a partir del momento del cambio. El art. 5 contiene una cláusula de escape que permite al tribunal aplicar una ley diferente a la de residencia habitual del acreedor de alimentos; el alcance de esta provisión es amplio ya que se aplica también al divorcio y a los supuestos de nulidad³⁴. El art. 5 textualmente establece que:

“Con respecto a las obligaciones alimenticias entre cónyuges, ex cónyuges o entre personas cuyo matrimonio haya sido anulado, el art. 3 no se aplicará si una de las partes se opone y la ley de otro Estado, en particular la del Estado de su última residencia habitual común, presenta una vinculación más estrecha con el matrimonio. En tal caso, se aplicará la ley de este otro Estado”.

³² Reglamento (CE) n° 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, del Consejo de 18 de diciembre de 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 DO L 7/1 de 10.1.2009 (en adelante, Reglamento de alimentos).

³³ Unión Europea declaró que se aplicarían las reglas del Protocolo provisionalmente desde la entrada en vigor del Reglamento de alimentos (el 18 de junio de 2011) si el Protocolo no hubiera entrado en vigor por aquella fecha.

³⁴ Aunque el texto del Protocolo no elimina toda la incertidumbre cuando habla sobre “la obligación de alimentos entre esposos, ex-esposos o partes en un matrimonio que ha sido anulado”, ya que esto podría ser interpretado también como si los términos “esposos, ex-esposos o partes” todo referido al elemento de matrimonio anulado, el Informe Explicativo del Protocolo inequívocamente establece que el alcance de art. 5 es amplio. *Vid.* Informe Explicativo del Protocolo, de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a obligaciones de alimentos, elaborado por Andrea Bonomi en octubre de 2009, pp. 24–25: “[T]his provision of the Protocol is meant to be applicable not only to obligations between divorced or separated spouses, or spouses whose marriage has been annulled or declared void, but also to maintenance obligations between spouses during their marriage” (Cf. Informe Explicativo, p. 24. § 90).

Esta provisión permite abordar el problema de la interrelación pero tampoco puede calificarse como una solución perfecta. En primer lugar, porque supone que las partes están bien informadas, ya que esto sólo se aplica “si una de las partes se opone”. Y en asuntos matrimoniales esto no siempre puede ser el caso. En segundo lugar, y lo que es más importante, aunque esto permita la aplicación del Derecho de cualquier Estado que tenga una vinculación más estrecha con el matrimonio, el ejemplo previsto remite al Derecho “del Estado la última residencia habitual común”; pero este factor de conexión fue abandonado por la propuesta de Reglamento de regímenes matrimoniales. En pocas palabras, esta provisión no fue adaptada a la propuesta de Reglamento, aunque esto habría sido una misión imposible, ya que la propuesta de Reglamento era sólo una idea cuando el Protocolo de la Haya de 2007 ya había nacido.

En suma, el juez tendrá el poder de aplicar el mismo Derecho al régimen económico matrimonial y a los alimentos en aquellos casos donde el problema de la interrelación garantiza que éste y la reclamación sobre alimentos surgen simultáneamente con o posterioridad a la división de bienes matrimoniales; sin embargo, estas dos normas no están totalmente coordinadas entre sí, ya que la propuesta de Reglamento sobre regímenes matrimoniales favorece el criterio de conexión de la primera residencia habitual común (en ausencia de elección de las partes), mientras que la cláusula de escape del Protocolo de la Haya de 2007 se refiere al criterio de conexión de última residencia habitual común, aunque el poder del juez no está restringido en este sentido, por lo que podrá aplicar la ley de cualquier país que esté más estrechamente unido al matrimonio.

Además, los cónyuges pueden usar su libertad de elección para hacer que se aplique la misma ley a estas cuestiones. Las provisiones del Protocolo de la Haya de 2007 sobre la autonomía de la voluntad de las partes son adaptadas en las reglas sobre el régimen económico matrimonial. El art. 8 del Protocolo estipula que las partes pueden someter la cuestión de los alimentos “la ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones” (ap. c). Además, las leyes que pueden ser escogidas por los esposos conforme a la Propuesta de Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales y conforme al Protocolo de la Haya de 2007 convergen. Esto resulta relevante para el improbable caso en el que se concluyera un acuerdo sobre alimentos antes de que se alcanzara algún acuerdo o compromiso sobre el régimen económico. Según el art. 16 de la Propuesta de Reglamento de regímenes matrimoniales, los cónyuges puede escoger una de las leyes siguientes: la ley de la residencia habitual común, la ley de la residencia habitual de uno de los esposos o la ley de la nacionalidad de uno de los esposos. Según el art. 8 del Protocolo de la Haya de 2007 el acreedor de alimentos y el deudor puede elegir una de las leyes siguientes: la ley de la residencia habitual de uno de los esposos,

la ley de la nacionalidad de uno de los esposos, la ley que regula el régimen económico, el divorcio o la separación legal³⁵.

A grandes rasgos, parece que los problemas del contexto no pueden ser solucionados en general pero pueden matizarse mediante la discreción del juez. Debe también tenerse en cuenta que las resoluciones sobre estas cuestiones (la disolución del régimen económico matrimonial y los alimentos) pueden no ser emitidas en el mismo procedimiento. En ciertos sistemas legales el cónyuge puede reclamar alimentos tanto antes como después de la disolución del matrimonio y la disolución del régimen económico matrimonial. Todos estos problemas sugieren que las relaciones económicas entre los cónyuges deben estar sujetas a la misma ley, y así se asegura una aproximación coherente y se evita la infra y la sobre compensación. Pero por otro lado, el logro de este objetivo parece no ser realista. En consecuencia, otra solución –aunque peor– es permitir al juez, mediante cláusulas de escape, someter el régimen económico matrimonial y los alimentos a la misma ley en casos en los que esté justificado por el objetivo de coherencia y para evitar el abuso de ley.

En la actualidad, el DIPr de la UE, a través de una cláusula de escape débil, permite a los tribunales tomar en consideración el problema de la interrelación; sin embargo, esta posibilidad no ha sido adoptada en la Propuesta de Reglamento sobre regímenes matrimoniales. Además, las partes pueden abordar este problema mediante el recurso a la autonomía de la voluntad (tanto las disposiciones de la Propuesta de Reglamento sobre regímenes matrimoniales como del Protocolo de la Haya de 2007 lo permiten), aunque esto no parece que sea suficiente, teniendo en cuenta que parejas europeas raramente utilizan esta opción.

III. Autonomía de la voluntad de las partes

Yo prometo serte fiel en la alegría y en las penas, en la salud y en la enfermedad. Te querré y te honraré todos los días de mi vida... Pero, por si acaso: ¿bajo qué ley nos divorciamos?

La autonomía de la voluntad es una panacea universal en el sector del Derecho aplicable. Pues conlleva seguridad jurídica y conduce a la presunción de que la ley elegida libremente por las partes es la apropiada, pues será la que tiene una mayor vinculación con el supuesto; de lo contrario, ¿por qué estarían las partes (partiendo de que actúan racionalmente) de acuerdo de una ley que no cumpliera con esta condición?

³⁵ Nótese que el art. 7 Protocolo de la Haya de 2007 trata la designación de la ley aplicable siguiendo el objetivo de un procedimiento particular (foro de necesidad).

La autonomía de la voluntad es esencial en los contratos o acuerdos matrimoniales. Si las partes no pueden elegir la ley aplicable al contrato, corren el riesgo de que el acuerdo quede vacío (sea nulo) o inaplicable de conformidad con la ley que finalmente pueda resultar aplicable (sin que pudieran preverlo). El siguiente caso da una muestra clara de las incertidumbres que pueden darse en este ámbito cuando estamos ante contratos de matrimonio internacionales.

Se trata de un asunto en el que tribunal húngaro tuvo que juzgar los efectos legales de un acuerdo matrimonial concluido en Suiza. Las partes, ambos ciudadanos húngaros, se casaron en Suiza y posteriormente concluyeron el acuerdo matrimonial. En el contrato los cónyuges establecieron como régimen económico el de separación de bienes (*Gütertrennung*) de conformidad con la Sección 247 (y secciones siguientes) del Código civil suizo (*ZGB*).

Conforme a la ley matrimonial suiza el régimen general es la comunidad de adquisición (*Errungenschaftsbeteiligung*); que en términos generales, consiste en que los ingresos adquiridos durante el matrimonio son de propiedad común, mientras que los activos de titularidad de cada uno de los cónyuges anteriores a la celebración del matrimonio siguen siendo privativos; más o menos, esto el mismo sistema seguido en el Derecho húngaro³⁶. Sin embargo, los esposos pueden optar por otros regímenes económicos como son: la comunidad de bienes y la separación de bienes. En el caso de régimen económico matrimonial de la comunidad de bienes (*Gütergemeinschaft*), en principio, la propiedad de los esposos se une³⁷. Para el supuesto del régimen de separación de bienes (*Gütertrennung*) las propiedades de los esposos están completamente separadas³⁸.

El Tribunal de apelación sostuvo que el contrato era formalmente válido, ya que fue preparado por un notario y como tal debía ser reconocido en Hungría, dado que constituía escritura pública de conformidad con la Convención de la Haya sobre la Apostilla³⁹. El Tribunal también estableció que la ley aplicable era la húngara al ser la nacionalidad común de los cónyuges.

Examinando la validez de fondo del contrato, el Tribunal de apelación llegó a la conclusión de que era nulo; para ello estableció que

“... las exigencias o condiciones materiales de estos acuerdos vienen de los contratos marciales de propiedad (en húngaro “*házassági vagyoni jogi szerződés*”), que, además de la referencia a los principios generales, las reglas del régimen económico escogido por los esposos, fijan completamente sus relaciones económicas. (...) el acuerdo entre el difunto y el demandado (...) no cumple esta exigencia porque éstas establecen que, en general, solo y como un principio, los esposos ma-

³⁶ Secciones 196–220 *ZGB*.

³⁷ Secciones 221–246 *ZGB*.

³⁸ Secciones 247–251 *ZGB*.

³⁹ Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en la Haya el 5 de octubre de 1961.

nejan, usan y disponen de sus propiedades ellos mismos; no se recogen provisiones concretas sobre relaciones económicas que estén fuera del Código de Derecho de Familia. En consecuencia, el acuerdo no puede considerarse como contrato de propiedad matrimonial conforme a la Sección 27 (2) del Código de Derecho de Familia; en este sentido, no es capaz de regular las relaciones de propiedad de los esposos de manera diferente de las provisiones del Código de Derecho de Familia”.

En consecuencia, el tribunal aplicó las reglas del Código húngaro de Derecho de Familia para reglamentar las consecuencias económicas del matrimonio. Según las cuales la comunidad de bienes de los cónyuges, en principio, cubre todo aquello que estos adquirieron durante el matrimonio; y el activo previo al matrimonio se considera bienes privativos. El tribunal rechazó seguir un tipo de tendencia denominada *substantive law choice of law* (en alemán, *materiellrechtliche Rechtswahl*), que podría traducirse en la práctica, por ejemplo, en aplicar las reglas de la ley extranjera como disposiciones contractuales, incorporándolas de esta manera en el acuerdo.

Los límites de la autonomía de la voluntad de las partes se encuentran en las proyecciones externas de la relación, esto es, los efectos a terceros. Ya que el régimen económico normalmente conlleva efectos *in rem* (sobre las cosas), la relevancia de los intereses y derechos de terceros es comparable al Derecho de propiedad. Esto se traduce, principalmente, en que se pueden reducir las proyecciones externas (con el fin de proteger los derechos de terceros) en dos aspectos: aviso público sobre el régimen aplicable y el efecto que el cambio de régimen aplicable puede producir sobre terceros. A diferencia de los criterios objetivos de conexión de las normas de conflicto (que se aplican con independencia de la voluntad de las partes), la elección de las partes puede permanecer en secreto y provocar efectos sorpresa. De la misma manera, el cambio de la ley aplicable (mediante un nuevo acuerdo sobre la ley aplicable o debido al cambio de las circunstancias) podría ser perjudicial para los intereses de los acreedores, sobre todo si esto se realiza dolosamente por el deudor.

La propuesta de Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales garantiza el derecho de las partes a elegir la ley aplicable, antes y durante el matrimonio. A primera vista puede parecer que las posibilidades de las partes de elegir el Derecho aplicable durante el matrimonio no son más limitadas que las anteriores al matrimonio. En este sentido, el art. 16 estipula que los cónyuges pueden escoger entre las leyes siguientes: a) la ley de residencia habitual común, b) la ley de la residencia habitual de uno de los cónyuges y, c) la ley de la nacionalidad de uno de los cónyuges. Lo relevante es el momento cuando se ejercita esta opción. Aunque el Reglamento menciona este criterio únicamente en los puntos b) y c) (“en el momento de la elección”), razonablemente puede presumirse que esta precisión es también aplicable para el apartado a). El art. 18 regula el supuesto en el que los esposos eligen posteriormente a la celebración del

matrimonio. Los cónyuges pueden ejercitar la opción durante el matrimonio, tanto si concluyeron o no acuerdo nupcial de carácter inicial (*v. gr.* ellos pueden elegir un Derecho diferente al que al principio escogieron). En esta fase, los cónyuges pueden optar por la ley de la residencia habitual de uno de los esposos, (o b) la ley de la nacionalidad de uno de los esposos (en el momento de la elección). Aunque la residencia habitual común de los cónyuges no es mencionada en este punto, si está cubierta por el punto a). Si los esposos tienen una residencia habitual común, esto sirve, por definición, también como la residencia individual habitual de cada esposo. Como corolario, los arts. 16 y 18, por la práctica, utilizan los mismos criterios de conexión.

La propuesta de Reglamento sobre regímenes económicos aborda eficazmente los problemas relativos a los efectos retrospectivos del cambio de Derecho aplicable por las partes. Si los cónyuges están de acuerdo con someter sus relaciones matrimoniales a una ley diferente de la que ha sido aplicable hasta el momento, este cambio se aplicará durante el matrimonio, en principio, desde ese momento hacia delante, aunque los esposos pueden proveer de otra manera. Por lo que, si los esposos optan por atribuir efectos retroactivos al cambio de ley aplicable, “la retroactividad no afectará a la validez de los actos anteriores celebrados al amparo de la ley aplicable hasta entonces, ni a los derechos de terceros derivados de la ley anteriormente aplicable”⁴⁰.

Contrariamente a los efectos retroactivos, la propuesta de Reglamento no aborda el problema de la publicidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Si los esposos no revelan su opción, los acreedores potenciales pueden correr el riesgo de la aparición de efectos no previstos. Aunque la posibilidad de un registro común de contratos de matrimonio surgió en los proyectos iniciales de la Comisión⁴¹, finalmente esto quedó fuera de la propuesta final. Debe, además, añadirse, que los acreedores potenciales no pueden ser conscientes de la ley aplicable cuando ésta no puede deducirse de las circunstancias incluso en ausencia de elección por las partes. Por ejemplo, si los cónyuges cambian su residencia habitual común de Inglaterra a Hungría, donde están pidiendo un crédito al banco, el banco puede que no tuviera conocimiento del hecho de que la primera residencia habitual común de los esposos estaba en Inglaterra y, en consecuencia, que su régimen económico se rige por la ley inglesa⁴².

Aunque, a primera vista, esto pudiera parecer que es una pregunta de mero tecnicismo, las exigencias formales recaen directamente en el corazón de las

⁴⁰ Art. 18.

⁴¹ El Libro Verde sobre Derecho aplicable en materia de regímenes matrimoniales, incluyendo la cuestión de la competencia judicial internacional y el mutuo reconocimiento. COM(2006) 400 final (pp. 4 y 99).

⁴² Art. 17.1º Propuesta de Reglamento sobre regímenes matrimoniales.

reglas de autonomía de la voluntad de las partes; pues las partes pueden complicar asuntos que en principio son fáciles. De ahí que la introducción de reglas uniformes en esta cuestión debería estar garantizada. A saber, en ausencia de reglas uniformes el tribunal u otra autoridad responsable de decidir sobre la propiedad de los esposos podrían no cumplir con la carga y el coste de identificar la ley aplicable y controlar si el contrato matrimonial cumple con lo establecido en la ley potencialmente extranjera. De otra parte, las exigencias uniformes formales serían oportunas debido a la creación de una situación neta, ya que estas exigencias no son ni muy extensas ni políticamente sensibles.

El art. 20 de la Propuesta de Reglamento regula la cuestión de las exigencias formales aplicables a los acuerdos matrimoniales (a diferencia que el art. 19, que regula las exigencias formales aplicables a la elección de las partes). Aunque el art. 20 no contiene reglas uniformes en cuanto a la formalidad, en su punto 2º se establece unas normas mínimas, independientemente de la ley aplicable: “la elección deberá ser al menos expresa y formularse mediante un acto escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges”. En consecuencia, el acuerdo debe materializarse en documento escrito y, contrariamente a la práctica normal contractual, no puede ser concluido por el cambio de declaraciones unilaterales, por lo que las partes tienen que plasmar sus voluntades en un único acuerdo.

Aparte de las condiciones mínimas anteriores, la Propuesta de Reglamento no introduce ninguna provisión en cuanto a la forma del contrato pero sí establece la ley aplicable a la forma del contrato (art. 20):

“1. La forma del contrato de matrimonio será la prescrita bien por la ley aplicable al régimen económico matrimonial, bien por la ley del Estado del lugar de redacción del contrato. [...]

3. Además, si la ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tienen su residencia habitual común en el momento de la celebración del contrato de matrimonio previera condiciones formales suplementarias para este contrato, éstas deberán respetarse”.

En consecuencia, la ley de la residencia habitual común de los esposos se aplica a la cuestión de la forma del contrato; mientras que la ley que rige el régimen económico matrimonial (*v.gr.*, la ley escogida por los esposos) y la ley del lugar de celebración del acto sólo entran en juego si sus reglas sobre la formalidad son más estrictas. Además, el tenor literal del art. 20 sugiere que estos dos factores adicionales se apliquen disyuntivamente, esto es, el contrato será formalmente válido si cumple con los requisitos de la *lex pro voluntate* o de la *lex loci actus*. En consecuencia, la Propuesta de Reglamento no permite que la ley del interprete (el juez o la autoridad administrativa) impida la aplicación del Derecho extranjero o de las leyes aplicables a la forma del contrato para reducir los costes y el tiempo.

IV. Conclusiones

En este trabajo se han analizado sólo algunos aspectos conceptuales de la Propuesta de Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales. Y de éste análisis podemos concluir que las reglas propuestas, teniendo en cuenta los beneficios que supone la introducción (con algunas excepciones) de reglas uniformes para toda la Unión Europea, no sirve para romper con la diversidad nacional existente en campo teórico en Europa en esta materia, ya que se mantienen los problemas de caracterización e interrelación (al no ser abordados en este instrumento).

En el *common law* común no se conoce el concepto de régimen económico matrimonial; de otra parte, las resoluciones judiciales que se dictan para resolver las cuestiones económicas por disolución del matrimonio conocen conjuntamente de todas las cuestiones que en el sistema civilista se tratan separadamente entre el régimen económico y la pensión de alimentos. Además, el régimen económico matrimonial, los alimentos y los regímenes sobre la herencia están interrelacionados —una regla en su contexto exclusivamente doméstico puede conducir a una sobre o bajo compensación cuando es aplicada conjuntamente con una provisión extranjera—. A modo de ejemplo, la ley sobre alimentos inglesa, puede decirse que compensa al cónyuge por lo que perdió del régimen económico matrimonial (recuérdese que la ley inglesa matrimonial sigue el principio de separación de bienes); de otra parte, no hay ninguna necesidad de tal compensación en el sistema civilista, que normalmente sigue el principio de comunidad de bienes, con lo que por lo general tras la disolución los esposos con la mitad de los beneficios obtenidos durante el matrimonio. Esto puede conducir a la sobre compensación si las reglas sobre comunidad de bienes de los civilistas es aplicada en combinación con reglas inglesas sobre alimentos. De la misma manera, esto puede conllevar a una infra compensación si el régimen de separación de bienes inglés es aplicado en combinación con las restrictivas reglas de alimentos de civilistas; pues el cónyuge no consigue la mitad de los beneficios ya que es acreedor de alimentos, pero al mismo tiempo recibe unos alimentos moderados porque esperan que ella sea la titular de mitad de los beneficios.

La manera más fácil de solucionar los referidos problemas sería someter a la misma ley el régimen económico matrimonial y los alimentos; esto eliminaría los problemas prácticos de la caracterización y la interrelación. Sin embargo, el DIPr de la Unión Europea optó por separar la reglamentación conflictual de estas dos cuestiones optando por el uso de criterios distintos para ello. La segunda mejor solución es la inserción de cláusulas de escape. Estas no son reglas netas, pero sí permiten al juez la suficiente discreción para corregir resultados inoportunos y, en ese sentido, deberían conceder al juez la posibilidad de aplicar la misma ley al régimen económico y a los alimentos. Aunque la Propuesta de

Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales no contenga ninguna cláusula de escape, el Reglamento de alimentos (a través del Protocolo de la Haya de 2007) realmente sí contiene tal vía de escape. Sin embargo, no está totalmente adaptada a la Propuesta de Reglamento, ya que en la Propuesta –en ausencia de elección de las partes– indica que la ley aplicable será la de la primera residencia habitual común de los cónyuges, mientras que el Protocolo de la Haya de 2007 estipula que será la ley del país que esté más estrechamente en conexión con el matrimonio, “en particular, el Estado de su última residencia habitual común”. Sólo cabe esperar que los tribunales usen esta cláusula de escape para fundamentar en la misma ley la decisión sobre los alimentos y la del régimen económico matrimonial. Además, los esposos pueden utilizar las posibilidades que les otorga la libertad de elección para someter el régimen económico matrimonial y los alimentos a la misma ley.

La Propuesta de Reglamento favorece la autonomía de la voluntad de las partes y protege eficazmente los intereses de los terceros; sin embargo, no contiene ninguna provisión sobre el conocimiento público de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Además, sería oportuno establecer reglas uniformes para la forma de contratos de matrimonio debido a su relevancia práctica y su baja sensibilidad política.

Aunque la autonomía de la voluntad de las partes parece una solución perfecta, en Europa no tiene el reflejo práctico esperado. Las parejas europeas parecen no preocuparse por los aspectos económicos cuando comienza el matrimonio; y una vez que éste termina, por lo general, ya es muy tarde para llegar a un acuerdo. Normalmente, es en este punto donde, en la práctica, la ley matrimonial entra en juego. Y esto no es inesperado, pues sabemos que la ley rectora del matrimonio comienza donde el amor se termina.

EL FIDEICOMISO–TESTAMENTARIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PANAMEÑO Y COMPARADO

Gilberto BOUTIN I.

Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá

SUMARIO: I. Introducción: De la conjunción histórica del *fideicommissum* y el trust. II. Del particularismo del sistema panameño de transmisión patrimonial *mortis causa*. III. Sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso testamentario en el Derecho panameño y comparado. IV. Del Derecho aplicable al fideicomiso testamentario de carácter internacional en la legislación panameña; sobre las reglas de solución de conflicto en el sistema panameño. 1. La regla de la autonomía registral. 2. La regla de la administración o de gestión fiduciaria. 3. La regla *lex rei sitae*. V. Sobre las reglas de competencia judicial en el dominio del fideicomiso–testamentario: reglas de carácter general judicial y reglas de carácter arbitral *ad hoc*.

RESUMEN: El fideicomiso–testamentario o *testamentary* – trust en el Derecho internacional privado panameño y comparado sintetiza la evolución de esta evolución de origen de la common law como va ser asimilada por los sistemas codificados hispano americano gracias a la conceptualización de Alfaro y Garay que introducen la noción de fideicomiso–trust en la Región. De igual manera se interpreta la ley aplicable y el reconocimiento del fideicomiso testamentario en función de la regla de conflicto de la autonomía registral y la regla subsidiaria de la ley de la administración fiduciaria sin descuidar el tema de la competencia judicial o los conflictos de jurisdicción basado en dos opciones posibles en el foro arbitral y el foro de la cláusula atributiva de jurisdicción ambas figuras reguladas por la autonomía de la voluntad del fideicomitente.

PALABRAS CLAVES: FIDES MERCATICA – FIDEICOMISO – TRUST – FIDEICOMISO–TESTAMENTARIO, AUTONOMÍA REGISTRAL – PROHIBICIÓN DE REENVÍO JUDICIAL.

ABSTRACT: *The testamentary trust in the Panamanian private international and comparative law summarizes the development of this evolution from the common law and how it will be assimilated by the Spanish–American coded systems, thanks to the conceptualization from Alfaro and Garay, who introduce the notion of trust in the Region. Similarly, the applicable law is interpreted and the recognition of the trust will, based on the rule of conflict of the self–registration autonomy and the subsidiary rule of the law of administration of trust, without neglecting the issue of jurisdiction or conflict of juris-*

diction based on two potential options at the arbitral forum and the attributive clause forum of the jurisdiction; both figures regulated by the autonomy of the settlor.

KEYWORDS: TESTAMENTARY TRUST – FIDES MERCATICA – SELF-REGISTRATION AUTONOMY – JUDICIAL RENVOI EXCLUSION – TRUSTEE ADMINISTRATION.

I. Introducción: De la conjunción histórica del *fideicommissum* y el trust

En esta comunicación tengo a bien precisar ciertos aspectos relevantes en torno al *fideicomiso-testamentario* o *testamentary-trust* en el ámbito del sistema de solución de conflicto panameño. En primer lugar, se examinara, la particularidad del sistema panameño de transmisión patrimonial *mortis causa* junto con la naturaleza jurídica del fideicomiso testamentario en el Derecho del foro y comparado. De igual manera, se estudiara lo atinente a la ley aplicable al fideicomiso-testamentario y los foros judiciales competentes en la esfera propia del Derecho internacional privado (DIPr), previo un *approche* histórico que deviene imperativo para su comprensión en el marco del Derecho comparado, pues se trata de un instituto cuya vivencia está compartida por el Derecho escrito romano-germánico y el sistema de la *common law*.

La semblanza y convergencia de dos institutos de origen dispar el *fideicommissum* y el trust anglosajón también conocido en el mundo alemán como Treuhand¹, son analizados bajo una evolución prospectiva en esta investigación. El primero, el *fideicommissum* emerge inicialmente en el Derecho romano como un medio de hacer efectivas la voluntad del testador –*mortis causa*– en beneficio de los extranjeros (*peregrini*)². La segunda institución, inicialmente conocida como *the use* se fundamenta en la protección a los bienes pertenecientes a la aristocracia inglesa del siglo XII, y mucho mas marcado aun en el puro período de las cruzadas pues, los caballeros lo empleaban para traspasar en trust sus propiedades temporalmente a las congregaciones religiosas hasta su retorno³. Siendo sendas instituciones basadas en la preservación de la voluntad del constituyente y en devenir al mismo tiempo instrumentos de garantías, ellas convergen a principios del siglo XX en una imbricación reciproca en lo que respecta a su estructura y funcionabilidad⁴.

Producto del debate generado por la escuela latinoamericana a principios del siglo pasado⁵, se observa una aproximación entre trust y fideicomiso en el orden

¹ S. Grundmann, "Trust and Treuhand", *Am. J. Comp. L.*, vol. 47, n° 3, 1999, p. 403.

² M.J. García Garrido, *Derecho privado romano*, Ediciones Académicas, 2004, p. 628.

³ R. Ramiro, *La fiducia*, Colección Pequeño Foro, 1984, p. 30.

⁴ D.W.M. Waters, "Institution of the Trust in Civil and Common Law", *R. des C.*, t. 252, 1995, p. 154.

⁵ R.J. Alfaro, *El fideicomiso en Panamá*, Editado G. Hanse Voelkel, In Memoriam, 1971, p. 426.

civil y comercial que permite hablar de la doctrina del *fideicomiso-trust*⁶ como arquetipo conceptual para el mundo de tradición civilista⁷ que facilite el reconocimiento de la institución del *trust will* o fideicomiso testamentario en el plano del Derecho comparado⁸. Tal desarrollo cobra su fuerza en el Derecho panameño creando un régimen muy puntual en este dominio y diferenciándose del resto de países latinoamericanos que nos obliga a detenernos a examinar sus particularidades y el enfoque de la naturaleza jurídica del fideicomiso—testamentario en el plano nacional e internacional.

II. Del particularismo del sistema panameño de transmisión patrimonial *mortis causa*

Previo a todo análisis conflictual en torno a la naturaleza del fideicomiso testamentario en el ordenamiento positivo, se impone un examen sobre la particularidad del sistema de transmisión patrimonial vía pacto fiduciario testamentario en el Derecho panameño. Una decantación de las reglas legales que regulan la riqueza en el dominio de las diversas formas de Derecho de sucesión en Panamá es imprescindible para la recta interpretación del instituto en cuestión. En verdad el sistema panameño por su forma ideológica y económica acerca del derecho rompe con los esquemas tradicionales del mundo jurídico del Derecho de sucesiones.

El Derecho de sucesiones puede ser clasificado en función de la calidad de los herederos bajo el espectro del *animus testandi*⁹ o bien, en función de la concepción germánica de la redistribución del activo familiar o en función de la voluntad testamentaria según el Derecho antiguo romano¹⁰. De igual forma en el área conflictual la división tradicional y extrema se sitúa entre el régimen unitario o *successio per universitatem* de la masa patrimonial del de *cujus*¹¹ y el régimen fraccionado o particularista del proceso de sucesiones, traducido en la máxima latina *quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonialia intelliguntur*¹².

En el escenario del Derecho convencional del Derecho sucesorio¹³ la disputa se plantea entre *ley personal* y *estatuto real*. Pareciera que, según Bustamante, la sucesión se rige por la *ley personal*. No habiendo definido la ley personal de

⁶ G. Boutin I., *El fideicomiso panameño en el Derecho internacional privado y La Convención de La Haya 1985, relativa a la ley aplicable al trust y su reconocimiento*, Montevideo, Tradinco 1990, p. 87.

⁷ G. Boutin I., “Les droits de tradition civiliste en question”, *Société de législation comparée*, vol. 2006, p. 107.

⁸ A. Dyer, “International Recognition of the Trust Concept”, *Trust and Trustee*, vol. 3, June 1997, p. 24.

⁹ R. Kerridge, *The Law of Succession*, Sweet & Maxwell, 2009, p. 33.

¹⁰ E.R. Hoof, *Sucesión hereditaria: Jurisdicción internacional y ley aplicable*, Editorial De Palma, 1981, p. 2.

¹¹ F.C. de Savigny, *Sistema del Derecho romano*, tomos V–VI, Analecta Editorial, p. 289.

¹² W. Goldschmidt, *Derecho internacional privado*, Abeledo Perrot, 2009, p. 583.

¹³ Código Bustamante, Ley 15 de 1928.

forma unitaria, el sistema convencional bustamantino permite las opciones de la ley nacional del causante como la ley del domicilio.

En el caso específico del Derecho sucesorio en contraposición a los Tratados de Montevideo, el código de DIPr en su disposición 144 del Título Tercero intitulado de varios modos de adquirir dispone que:

“Las sucesiones intestadas y las testamentarias, incluso en cuanto al orden de suceder, a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de las disposiciones, se regirán, salvo los casos de excepción mas adelante establecidos, por la ley personal del causante, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren”.

La regla de conflicto es clara pues se inclina manifiestamente por la unidad del derecho sucesorio pero no basado en un criterio real sino personal lo cual dista mucho de la realidad de la institución.

La sucesión intestada como la forma de sucesión testada ésta última perfeccionada a través del arquetipo de fideicomiso–testamentario se engarza indefectiblemente, en un tema y problemática de derecho real como razón prioritaria de la institución en comento. De forma consecuente el Código de DIPr se inclina por la ley personal como norma aplicable a la forma de sucesión testamentaria cuando en la disposición 146 observa que “La capacidad para disponer por testamento se regula por la ley personal del testador”.

Nos resta tan solo advertir que las fuentes internas de solución de conflicto panameña no se compadecen con el criterio convencional de la materia pues, el conjunto de normas de colisión que hasta el momento hemos revisado interpreta la sucesión como un todo subordinado al estatuto real en su más extrema interpretación del Derecho panameño. Al igual que el Derecho español¹⁴, el Derecho panameño reconoce la sucesión legal y testamentaria¹⁵, siendo esta última la que va ser objeto de nuestra investigación. Para el Derecho de sucesiones panameño el régimen de transmisión *mortis causa* mediante pacto fideicomitido tiene su propio régimen unido a una concepción proteccionista de los activos del difunto ubicado dentro de la República de Panamá. Así podemos apuntar una serie de características que envuelve a la legislación panameña que la distancia del resto de derechos sucesorios en el dominio comparado.

Entre las características podemos encontrar: el *principio de territorialidad*, el *principio de protección* y el *principio autonomista sucesorio* generando un sistema legal autista en el plano del Derecho local.

¹⁴ L. Díez Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho civil. Derecho de familia y sucesiones*, vol. IV. p. 296.

¹⁵ R. de M. Carrillo, *Curso de Derecho de sucesiones*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad de Panamá, 1977, p. 11.

i) La *territorialidad* como principio es connatural a la materia de derecho de sucesiones y se traduce en que los bienes situados en Panamá, se someten a la ley de la situación de acuerdo al sistema conflictual nacional¹⁶. Pero esta territorialidad se prolonga dentro del dominio de la transferencia por causa de muerte, a través de la regla de conflicto fundamental del Derecho de sucesiones patrio que señala: el derecho de sucesión al patrimonio del difunto, nacional o extranjero, en lo que respecta a bienes de cualquier naturaleza existentes en Panamá es regido por el derecho panameño aun cuando el difunto al tiempo de su muerte estuviere domiciliado en país extranjero¹⁷. La norma precitada no efectúa distinción alguna entre nacionales y extranjeros desvinculándose de la circunstancia de la residencia o no del causante. Ella cifra su dominio normativo en función de una concepción “ultraterritorial” de los bienes. El problema que suscita la percepción territorial en el medio de transmisión por causa de muerte tiende subsumir no solo el proceso de sucesión y liquidación de los bienes subordinados al criterio unilateral del código de procedimiento judicial del foro, sino que su interpretación se extiende al campo de aplicación del estatuto personal. Es decir, que el Derecho de la situación gobierna tanto el derecho adjetivo de sucesiones como los derechos subjetivos del mismo.

ii) El principio de *protección patrimonial*, emana del sistema de la fiscalidad¹⁸ y de captación de fortuna¹⁹ de los bienes ubicados en el territorio de la República de Panamá. En otros términos, el sistema de la fiscalidad como el sistema de captación de fortuna está ligado al sistema patrimonial del causante. Empero la norma que reafirma la solidez de la caracterización del sistema de protección la encontramos en el artículo de la legislación bancaria que genera una fuerte discusión sobre su legitimidad. El inciso primero del art. 160 Ley Bancaria de 1998 observa que: “Los bienes transferidos o depositados en Bancos, ya sea en concepto de depósito, o a título de mandato o fideicomiso, o a cualquier otro título, estarán sometidos enteramente a las leyes y a la jurisdicción de la República de Panamá, salvo que los instrumentos por los cuales se efectúe su transferencia dispongan lo contrario”. Esta regla interviene a doble título de competencia en función del derecho sustantivo es decir que los bienes de los extranjeros se someterán enteramente a la ley panameña que comporta en sí las disposiciones de fondo en la materia y luego al desarrollo de las reglas judiciales competentes del foro. La correspondencia ley aplicable y foro competente se perfecciona en este primer párrafo del sistema patrimonial bancario que se extiende a las diversas

¹⁶ Art. 6 Código Civil de 1917 de la República de Panamá.

¹⁷ Art. 631 Código Civil de la República de Panamá, Editorial Mizrahi & Pujol, 1998.

¹⁸ Art. 694 Código Fiscal – reformado por el Decreto 11 de 1978.

¹⁹ Art. 144 Ley Bancaria, Decreto Ley nº 9 de 1998.

formas fiduciarias de transmisión de bienes del de *cujus* extranjeros como observaremos más adelante dentro del segundo párrafo de la norma examinada.

C) El *principio autonomista sucesorio*, es realmente el complemento clave del sistema de transmisión patrimonial bajo el amparo de una cláusula testamentaria en un fideicomiso organizado bajo las leyes panameñas. La regla de la autonomía de la voluntad del fideicomitente vincula o desvincula el sistema del foro en la transmisión patrimonial a título universal en nuestro derecho. Esta afirmación se sustentan dentro del temperamento del inciso segundo y tercero del art. 160 Ley Bancaria al establecer que, “los bienes de extranjeros, quedan sometidos plenamente al principio de la autonomía de la voluntad y al régimen de libre disposición de bienes, aún cuando las leyes sucesorias o el régimen matrimonial del país de la nacionalidad o del domicilio del titular o del fideicomitente o del fundador, o del beneficiario, dispongan otra cosa”.

La inserción del art. 160 Ley Bancaria como regla que combina la protección y autonomía del sistema de administración vía el sistema de fideicomiso testamentario o vía fundaciones de interés privado²⁰ nace del asunto *Carla Regno vs Swiss Bank Corporation* 1993. Como consecuencia de la invasión norteamericana en 1989 muchos políticos o amigos de políticos del gobierno del General Noriega colocaban en Panamá, fondos en Bancos de gestión fiduciaria como BNP, Amrobank, Barclays Bank y Swiss Bank Corp. Dentro del caso judicial anotado, el beneficiario señalaba que la colocación de fondos en dicho banco era *offshore* y por ende, la fiscalía anticorrupción las medidas decretadas de congelación de activos sobre cuentas fiduciarias y cifradas²¹ en detrimento de Carla Regno, no alcanzaban la naturaleza de dichos depósitos. La Sala Civil de la Corte Suprema, estatuyo que en efecto el registro de contabilidad de los fondos en los bancos panameños, hacen viable la medida de congelamiento toda vez que fiscalmente son *offshore* mas no materialmente y que todo bien situado contablemente en Panamá no escapa de la leyes penales imperativas sobre corrupción de funcionario público y enriquecimiento ilícito. El carácter absoluto de la intervención de la justicia panameña obligó a redactar el art. 160 Ley Bancaria y reglamentar que la situación de los depósitos contablemente registrados en Panamá, salvo pacto en contrario, se someten al derecho local. Preceptuado lo anterior, tenemos que el sentido de la ley panameña se aplica en lo beneficioso como en lo perjudicial a los fondos consignados *offshore*.

En suma, podemos deducir que los lineamientos básicos legales del sistema de transmisión de fortuna en la esfera del fideicomiso – testamentario hacen del

²⁰ G. Boutin I., *La Fundación de Interés Privado en el Derecho Panameño y Comparado*, 2ª ed., Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., p. 42.

²¹ Ley No. 18 de 28 de enero de 1959 que regula las cuentas cifradas.

sistema legal panameño una especie de régimen legal autista es decir, un régimen indiferente a los sistemas jurídicos externos que coexisten con el Derecho local. Situación que plantea una serie de interrogantes sobre su unilateralismo excesivo²² y su falta de legitimidad dentro de una ética internacional de los valores familiares y personales de todo ciudadano.

III. Sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso—testamentario en el derecho panameño y comparado

La *naturaleza del fideicomiso—testamentario* o *the trust will* en el Derecho privado panameño y comparado no es un tema pacífico en la doctrina del Derecho comparado pues, siendo la figura del fideicomiso *mortis causa* un arquetipo legal que encierra dos negocios jurídicos al mismo tiempo: *gestión fiduciaria* y *organización patrimonial* se dificulta su asimilación²³ en los sistemas romano—germánico. Pero en la segunda década del siglo XX bajo el influjo del pragmatismo anglo—americano el autor y jurista Alfaro formula la reglamentación del fideicomiso como medio de garantizar la riqueza dentro del naciente mundo hispanoamericano²⁴. En su proyecto de fideicomiso traduce el trust anglo—normando²⁵ mediante la figura del fideicomiso irrevocable. En su ensayo denominado El fideicomiso, reseña con especial cuidado las diversas edades de la transformación gradual del fideicomiso lo que lo hace comparable en algunas manifestaciones con el estado actual del trust de la *common law* en cuanto a su diversidad²⁶. En su innovación sostiene Alfaro que el fideicomiso es un contrato *sui generis*, cuya esencia puede expresarse diciendo que es un contrato irrevocable en virtud del cual se verifica una transmisión de bienes²⁷. El acercamiento hacia un instituto como el trust en el dominio del Derecho sucesorio solo podía ser concebido, según Alfaro mediante el sacro binomio del mandato—irrevocable. En otros términos, interpretando el pensamiento de Alfaro este tipo de convenio se reducía: al encargo fiduciario y al rol garante en la transmisión del patrimonio fideicomitado. Por ello, el carácter irrevocable del mandato fiduciario constituía un medio de garantía del patrimonio dado en fideicomiso como efecto directo de la transacción fiduciaria. Contemporáneo a Alfaro reaparece en el escenario europeo dos lustros más tarde, el autor francés, Pierre Lepaulle, con la doctrina de los patrimonios especializados y de afectación, al descifrar que el trust no es

²² Art. 1 Código Civil de la República de Panamá, Editorial Mizrahi & Pujol, 1998.

²³ A.W. Scott, "The Nature of the Rights of Cestui que Trust", *Rev Columbia*, 17, 1917, pp. 269–290.

²⁴ R. Batiza, *El fideicomiso: teoría y práctica*. México, Editado Asociación de Banqueros de México, 1973, p. 66 – Misión Kemmere.

²⁵ R. Haigh, *Legal English Introduction*, Cavendish publishing, *The Norman invasion of England in 1066*, 2004, p. 10.

²⁶ R. Alfaro, *El fideicomiso en el Derecho romano*, Imprenta Nacional, 1920, p. 8.

²⁷ *Ibid.*, p. 47.

más que un patrimonio de afectación coherente y lógico derivado de la voluntad del fideicomitente²⁸. Visión replanteada doce años antes por Alfaro. Sin duda, la irradiación del pensamiento en Alfaro impone un modelo de trust *latinizado* en los países del mundo latinoamericano en particular: México, Puerto-Rico, Ecuador, República Dominicana y Venezuela²⁹.

En 1941 bajo el influjo del gran *ius privatista* y decano Narciso Garay Preciadop perfecciona el rumbo de la figura *mestizada* del fideicomiso–testamentario o *testamentary trust* en su obra, *El Trust Anglosajón y el Fideicomiso Panameño* publicada en Santiago de Chile. Entiende este autor que la fiducia por causa de muerte se trata de un negocio bilateral, que combina la voluntad del fideicomitente y del fiduciario³⁰ y ello es así por virtud del art. 16 de la ley de 1941 que eleva a una fórmula contractual a la fiducia en su doble expresión: *inter vivos* y *mortis causa*. Garay resalta los tres aspectos que configuran el negocio en examen: una voluntad irrevocable, la transmisión patrimonial y un beneficiario. Su naturaleza es *contractual – patrimonial*, ya que, no puede existir fideicomiso sin activos. La propiedad fiduciaria deviene un patrimonio temporal y no ordinario³¹. Pero el aporte doctrinal y normativo en Narciso Garay puede ser sintetizado dentro de su genial proyecto de Código Civil de 1970 que sitúa por vez primera al fideicomiso dentro de las fuentes normativas del Derecho común panameño como un derecho real y por ende un medio de transmisión patrimonial³².

En el Derecho anglo-americano Waters de manera acertada conduce el debate en torno a la naturaleza del Trust en situarlo entre su carácter contractual – real: “*Though not a contractus obligation, the trust is essentially obligation, but operates as a property concept*”³³. Después de medio siglo de reexamen del fideicomiso panameño como modelo latino-americano, se introduce la noción de fideicomiso–trust en el art. 1 Ley N° 5 de enero de 1984. Se abandona la noción de contrato irrevocable como concepción inicial y se adopta una ley especial de “trust codificado” o *fideicomiso–trust* como lo interpreta la doctrina³⁴. El resultado de la Ley N° 5 de 1984 es compartido bajo la influencia de la doctrina civilista de Garay en ubicar el tema fideicomiso–testamentario como un tema propio de derecho real y luego, la influencia del proyecto de la Convención de La Haya

²⁸ P. Lepaulle, *Tratado teórico y práctico de los trusts*, Editorial Porrúa, 1975, p. 30.

²⁹ R. Batiza, *op. cit.*

³⁰ N. Garay, *El trust anglosajón y el fideicomiso panameño*, Santiago, IMP y Lito. Leblanc, 1941, p. 72.

³¹ M. Grimaldi, “La Fiducie: Réflexions sur l’Institution et sur l’Avant Projet de la Loi qui la consacre”, *El fideicomiso en el Derecho comparado*, (CED, 1993, p. 33.

³² Art. 1730 y 1731 Proyecto de la Ley de Introducción y Código Civil–Comisión Codificadora, 1970.

³³ S. Godechot, *L’articulation du trust et du droit des successions*, París, Editions Panthéon Assas 2004, p. 60.

³⁴ G. Esparza, *El Derecho Internacional Privado del Fideicomiso, en la Ley Panameña– Desde la Obra del profesor G. Boutin I.*, “Algunas Apostillas sobre el Tema en el Derecho Argentino”, *Revista Jurídica del Departamento de Derecho Económico*, Mar del Plata, 2008, p. 125.

relativa a la ley aplicable al trust y su reconocimiento que copiara e introdujera algunas ideas el delegado panameño, José Ángel Noriega.

Panamá con la Ley de 1984 asimila el fideicomiso al trust y luego reconoce la figura del trust anglosajón como instituto foráneo de versátil aceptación para el derecho patrimonial y mercantil en beneficio de la *jurisdicción offshore* panameña. Así la definición legal propuesta en el estatuto fiduciario panameño coincide fuertemente con la concepción doctrinal de Bogert: “*The trust instrument is the document by which property interest are vested in the trustee and beneficiary and the rights and duties of the parties(called the trust terms) are set forth*”³⁵. De igual modo la Convención de La Haya del 1 de julio de 1985 sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento en su art. 2 señala que: a los efectos del presente convenio el término trust se refiere a las relaciones jurídicas creadas — por acto *inter-vivos* o *a mortis causa*— por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado³⁶.

La comprensión del fideicomiso como género así como la forma específica del fideicomiso mediando un pacto testamentario solo puede ser apreciado mediante una interpretación estructural y funcional. Ella es estructural tanto en el derecho consuetudinario como en el Derecho civil o continental respecto a su composición trilateral y dotación patrimonial de todo fideicomiso. Pero también es funcional pues, ella dentro de la escala de las fuentes de obligaciones su función es la transformación o mutación patrimonial³⁷. Pues la noción de fideicomiso—testamentario no es reductora de su contenido y fin. Ella opera también dentro de formas simétricas como las fundaciones de interés privado³⁸. Así como también bajo la infraestructura de *holding companies* que permiten adaptar una función planificador testamentaria y de la fiscalidad ésta última vinculada al patrimonio o riqueza de todo individuo.

La plasticidad de la propiedad fiduciaria en su diversidad se ajusta a la flexible gestión fiduciaria con efectos *mortis causa*. Solo se puede decir que en la fiducia testamentaria su único límite puede centrarse en normas de orden público de cada país.

Podemos deducir dentro del examen relativo a la naturaleza del fideicomiso—testamentario que el arquetipo fiduciario en cuestión constituye un régimen autónomo reglamentario del patrimonio del de *cujus*. El carácter autónomo lo dis-

³⁵ G. Bogert, *Trust*, 6ª ed., West publishing Co., 1987, p. 2.

³⁶ A. Borrás y J.D. González Campos, *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951–2007)*, Marcial Pons, 2008, p. 242.

³⁷ C. Vega, *Análisis Jurídico del Fideicomiso en Panamá*, Tesis de graduación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, 2006, p. 44.

³⁸ G. Boutin I., *El rol de las fundaciones en el Derecho internacional privado*, Instituto Panameño de Derecho Procesal y Comparado, 2009, p. 214.

tingue de figuras próximas como el usufructo³⁹, derecho accesorio de la propiedad pero que no reviste los datos de la propiedad fiduciaria⁴⁰. Del mandato⁴¹, que se agota en sí en una relación contractual más no es un vehículo de transmisión de la propiedad. Del albaceazgo⁴², que comporta la administración y liquidación de un patrimonio del difunto pero que no engendra la relación trilateral de la propiedad autónoma fiduciaria.

Habiendo rápidamente concluido que el fideicomiso–testamentario tanto su estructura como su funcionalidad obedecen a un régimen reglamentario patrimonial del causante nos obliga a pasar al estudio de su dinámica en el dominio de los conflictos de leyes cuando su carácter es de orden transnacional.

IV. Del Derecho aplicable al fideicomiso–testamentario de carácter internacional en la legislación panameña: sobre la reglas de solución de conflictos introducidas en el sistema panameño

La búsqueda de la ley aplicable dentro de un convenio de fideicomiso–testamentario de carácter internacional es la razón de ser de esta comunicación. Es capital ver en esta en esta sección indagar la problemática que comporta el negocio fiduciario con efectos extraterritoriales. Por eso nos incumbe, en la parte atinente a la ley aplicable el de precisar el carácter internacional del fideicomiso testamentario, la intervención del método conflictual o conflictualista en sus elementos esenciales como lo son la *calificación* y los *conflictos de calificación*, el *reenvío* y el *orden público*, para luego pasar a la concepción panameña de las reglas de conflicto que gobiernan el convenio de fideicomiso testamentario y la posible incidencia de los fenómenos de mutación de las personas jurídicas fiduciarias y con ello la intervención de los conflictos de leyes en el tiempo.

La noción de fideicomiso–testamentario de carácter internacional dentro de una explicación clásica puede ser atendida o constatada en dicho negocio jurídico cuando sus elementos estructurales se encuentran repartidos en dos o más ordenamientos jurídicos distintos. En este sentido un peruano constituye un convenio fiduciario con efectos *mortis causa* según la legislación panameña pero sus bienes se encuentran administrados en Zúrich por el UBS (Union de Banques Suisse).

Ahora bien, la búsqueda de la ley aplicable en la hipótesis precedente permite la opción de dos o más leyes que gobiernen dicha relación o negocio fiduciario internacional. Qué ley gobierna la validez del fideicomiso–testamentario creado por el fideicomitente o constituyente peruano? Evidentemente, la ley de su cons-

³⁹ Art. 452 Código Civil de la República de Panamá, Editorial Mizrachi & Pujol, 1998.

⁴⁰ M. Navarro Martorell, *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, Bosch, 1950, p. 285.

⁴¹ Art. 1400 Código Civil de la República de Panamá, Editorial Mizrachi & Pujol, 1998.

⁴² Art. 854 Código Civil de la República de Panamá, Editorial Mizrachi & Pujol, 1998.

titución la ley panameña. Mientras que la segunda pregunta que ley gobierna los efectos de dicho convenio fiduciario? La ley de los efectos, entendiendo por efectos la ley del lugar de la administración o gestión fiduciaria, es la ley del Cantón de Zúrich (Suiza). Siguiendo la definición de negocio jurídico internacional del Decreto Ley No. 5 de 1999 se trata de un negocio compuesto por varios elementos o factores de conexión diseminada que permiten la intervención del método conflictual.

El método conflictual en el razonamiento anterior interviene en este instituto en dos momentos en su carácter estructural y en su carácter funcional. *Existencia* y *administración* del fideicomiso son gobernados por distintas leyes. La importancia del método conflictual responde al comportamiento autónomo del fideicomiso–testamentario. Se trata de un régimen convencional de reglamentación patrimonial del constituyente o fideicomitente. Se trata de una personalidad patrimonial fundada en un convenio. De igual manera que ocurre con los navíos ocurre⁴³ con el *fideicomiso–trust* ello pueden ser analizado bajo una doble calificación como persona jurídica o como patrimonio dependiendo de la causa o pretensión en discusión.

Este instituto, el fideicomiso–testamentario su importancia no es fácil de con- tornear pues, rebasa tres instituciones fundamentales en el derecho comparado y derecho civil que son: el régimen matrimonial, el derecho sucesorio y por último la insolvencia del constituyente⁴⁴. Por ello los problemas de calificación van a depender de la concepción y reconocimiento del *fideicomiso–trust* por el ordenamiento del juez de la causa. Así, un fideicomiso–testamentario constituido por un francés en Panamá según el ordenamiento jurídico francés se trata de una sucesión simulada mediante interpósita persona como lo es el fideicomiso. Para el Derecho francés el fideicomiso–testamentario debe ser subordinado a una doble calificación es decir a un primer ensayo de calificación *lex causae* y luego al proceso de calificación *lex fori*. Será la valoración final de éste último que dará lugar a la interpretación final de poder descartar el fideicomiso y analizarlo como una institución de Derecho sucesorio.

En realidad, la interpretación realizada por el orden jurídico francés no es realmente un tema de conflicto de calificación sino más bien de conflicto de sistema⁴⁵, por la imposibilidad del Derecho galo de asimilar una institución desconocida en su propio orden legal. Por ello la necesidad de la intervención de la Convención de La Haya de 1985 relativa a la ley aplicable y al reconocimiento del trust. No se trata de una convención material de regentar o desarrollar el trust

⁴³ J. Bonnecasse, *Droit comercial maritime*, vol. I, París, Sirey, 1923, p. 145.

⁴⁴ E. Gaillard Y D.T. Trautman, “La Convention de La Haye du 1 Juillet de 1985 relative à la loi aplicale au trust et à sa reconnaissance”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1986, p. 5.

⁴⁵ Y. Loussouam y P. Bourel, *Droit international privé*, París, Dalloz, 2001, p. 223 y 224.

pues dicha convención permite que cada Derecho interno defina la dimensión de su concepto de *fideicomiso-trust*⁴⁶. Lo que busca es el reconocimiento de una figura y estandariza su existencia frente a los países de corte romanista.

El caso de la jurisdicción panameña en virtud de sus normas tanto conflictuales como bancarias reconocen la existencia de un fideicomiso extranjero en su territorio constituido de acuerdo a las reglas fiduciarias de Bermudas. Y ello es así, pues todo fideicomiso a la luz de la Convención de La Haya y del DIPr fiduciario responde a la función trilateral que exige todo orden jurídico para reconocer un fideicomiso extranjero⁴⁷. El reconocimiento no judicial es una especie de orden público simétrico o reflejo que asimila una institución. En el fondo hablar de conflictos de calificación en este dominio no es exacto mas bien cabe resolver los procesos de reconocimiento de un estatus dado.

En cuanto al *renvoi* conflictual y jurisdiccional. El reenvío definido como un conflicto entre reglas de conflictos entre dos ordenamientos jurídicos entrecruzados, podemos aseverar que en esta materia esta excluido; siendo el fideicomiso-testamentario un convenio su naturaleza es refractaria a toda intervención de la mecánica del reenvío. El reenvío judicial que es parte de los problemas de conflictos de jurisdicción lo abordo en este segmento por su aproximación terminológica. Alguna doctrina introduce esta noción. Ella es viable en materia de conflictos de leyes pero no en materia de conflictos de jurisdicción. El juez de la causa que extienda el reenvío al ámbito de los conflictos de jurisdicción incurre en el delito de usurpación de la competencia internacional

La noción de orden público. El fideicomiso-testamentario es muy sensible a esta noción pues dicho arquetipo legal puede estimular el desplazamiento fraudulento de activos en detrimento del núcleo familiar o de institución de interés general en un momento dado⁴⁸. El orden público como excepción a la aplicación de una ley extranjera normalmente competente puede chocar con la barrera del derecho judicial o del foro o bien donde se administre o se haya configurado el fideicomiso. El caso típico es un chileno que constituye un fideicomiso-testamentario en Panamá, en beneficio de su hijo nacido fuera del matrimonio residente en Montevideo (Uruguay). Al morir deja más medio millón de dólares más intereses a favor de sus dos menores. La esposa chilena impugna el fideicomiso en Panamá, aduciendo que los fondos incorporados son parte del patrimonio de la familia legítima chilena y que de acuerdo al derecho de familia y a la moral chilena los hijos fuera del matrimonio de acuerdo a la legislación chilena no

⁴⁶ J. Glasson, *The International Trust*, Editions Jordans, 2002, p. 499.

⁴⁷ Art. 1 – Ley N° 1 del 5 de enero de 1984, “Por la cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones”.

⁴⁸ G. Boutin I., *De los conflictos de leyes en el Derecho internacional privado de la familia*, Imprenta Franco, 1998, p. 214.

heredan. La respuesta frente a esa acción sostiene el juez panameño que de acuerdo al régimen constitucional de 1941 y al Código de la familia todos los hijos en Panamá se reputan iguales y por ende nos es viable la nulidad del fideicomiso pues dicha norma de ser aplicable viola principios fundamentales del Derecho de familia. El orden público familiar como el orden público fiscal del juez del foro va a jugar un importante rol para determinar el rigor o flexibilidad del sistema fiduciario frente a la intervención de normas imperativas extranjeras.

Los conflictos de leyes en el tiempo pueden surgir en este campo. El fenómeno de leyes aplicables en el tiempo opera mediante lo que se denomina la regla de la continuidad o *the continuation*⁴⁹ que no solo está regulado en el régimen de fideicomisos sino también en el régimen de sociedades, fundaciones y en el propio régimen fiduciario⁵⁰. Así un fideicomiso—testamentario constituido en Vaduz emigra hacia Panamá por mejores ventajas económicas y jurídicas. El continuismo como sistema no comporta la liquidación de la persona moral fiduciaria o fundacional tan solo el cambio de estatuto registral, combinándose de esta manera dos leyes: la leyes del Principado de Liechtenstein aplicables a la existencia y a todas las operaciones concluidas formalmente por el fideicomiso testamentario en dicha jurisdicción y la nueva ley panameña regula los efectos de su mutación registral a partir de su incorporación al registro panameño⁵¹.

A diferencia de la Convención de La Haya de 1985 que introduce reglas de conflicto *explicitas* e *implícitas* para la solución del derecho aplicable al *trust*, el DIPr fiduciario panameño, elabora un sistema consistente en reglas de solución de conflicto general que descansa en el criterio de *la autonomía registral* del fideicomitente⁵² y regla de conflicto especial o subsidiaria, que responden a la ley del *lugar de la administración* del fideicomiso—testamentario.

1. La regla de la autonomía registral

La regla de conflicto incorporada en la disposición 38 del estatuto del fideicomiso panameño señala que: “Los fideicomisos constituidos de acuerdo con las leyes de la República de Panamá, se regirán por la ley panameña”. En efecto, le corresponde al fideicomitente o constituyente del fideicomiso escoger la ley de la constitución o creación de la relación fiduciaria internacional. Debe apuntar a

⁴⁹ G. Boutin I., “Continuation or Change of Nationality of Legal Entities in the Panamanian Law (corporation, trust and Private Interest Foundation)”, *Trusts and Trustees*, vol. 4, November 1997, p. 25.

⁵⁰ P. Matthews, *Trust: Migration and Change of Proper Law*, Londres, Key Haven Publications PLC, 1997, p. 87.

⁵¹ G. Boutin I., *Le droit des sociétés offshore panaméennes et les conflits de lois*, St. Imier Suisse, 2006 p. 26.

⁵² A. Herrera Batista, *El role de la autonomía de la voluntad de las partes en el fideicomiso de Derecho internacional privado*, Tesis de graduación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, 2010, p. 73.

una ley favorable a la existencia de dicha categoría y que permita instrumentalizar el patrimonio fideicomitido. El radio de acción de la voluntad del fideicomitente en el perfeccionamiento se manifiesta en dos etapas: la primera, en la creación formal de un ente nacido bajo el imperio de un orden legal; segundo que la voluntad del fideicomitente puede ser unitaria coincidiendo con la misma ley de su creación y la ley de la administración.

Cabe indicar la pertinencia de la regla de la autonomía registral. La autonomía registral, es la autonomía de la voluntad del fideicomitente pero ésta no es absoluta como en la Convención de La Haya de 1985 que invoca una especie de consensualismo fiduciario como regla universal conocida. La entidad del fideicomiso está ligada a un orden legal administrativo que le imprime un valor antropomórfico es decir, una personalidad a dicho negocio jurídico. La *autonomía es registral* pues es la voluntad del constituyente fundada en un orden positivo formal⁵³. No se puede establecer un consensualismo fiduciario como en el dominio de los contratos mercantiles pues no existe una *lex mercatoria* fiduciaria. La noción de una *fides mercatica* está limitada por su origen medieval y consuetudinario del Derecho inglés, mientras que el lugar del fideicomiso –trust su valor está reivindicado en su codificación y en un orden legal que lo supervise.

2. La regla de la administración o gestión fiduciaria como regla subsidiaria

La regla de la administración o gestión fiduciaria como regla subsidiaria de solución de conflictos es reglamentada en la segunda parte del primer inciso de la norma 38 que conjuga los dos criterios esenciales del sistema conflictual fiduciario. La norma dispone que los fideicomisos sin distinción alguna: *podrán sujetarse en su ejecución a una ley extranjera si así lo dispone el instrumento fiduciario–trust deed*.

La regla de la administración es una regla que opera como norma sustituta de la regla de la autonomía de la voluntad cuando dentro de un *fideicomiso–testamentario* se encuentra disociada la *existencia* del convenio fiduciario, de la *administración* fiduciaria. Así, un fideicomiso constituido por un fideicomitente venezolano en Panamá sobre valores e inversiones es administrado en Londres pues en dicho país se reputa la mejor administración fiduciaria de valores. La regla de la administración va regular la responsabilidad de la gestión fiduciaria así como los efectos de las obligaciones nacidas en el pacto fiduciario originados en Panamá. Lo atinente a la toma de decisiones, a la caracterización de las obligaciones de medio y de resultado⁵⁴ en caso de reclamación de orden profesional van estar sujeta a la tradición del Derecho inglés.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ S. Rodríguez Azjuero, *La responsabilidad del fiduciario*, Ediciones Rosaristas, 1997, p. 81.

3. *La regla lex rei sitae en la gestión fiduciaria*

Siendo el fideicomiso—testamentario un régimen de reglamentación y de distribución patrimonial, no podría ser excluida el régimen del derecho real cuando en efecto pueda darse una dislocación entre la gestión fiduciaria y los bienes situados en una jurisdicción distinta al centro administrativo. Esta afirmación de orden conflictual aparece prevista en el párrafo segundo de la norma 38 del estatuto fiduciario que dispone que: *el fideicomiso, así como los bienes del mismo, podrán trasladarse o someterse a leyes o jurisdicciones de otro país, según lo dispuesto en el instrumento de fideicomiso.*

La concurrencia del derecho real a gobernar los bienes del fideicomiso de carácter internacional aparenta una solución natural. Sin embargo, el legislador panameño partió sobre la base de un reconocimiento absoluto de la figura del fideicomiso en la hipótesis que dichos bienes disgregados en un ordenamiento jurídico distinto a la ley registral autónoma así como al derecho de administración fiduciaria se incorpora como una formula conflictual susceptible de ser cónsona con la diseminación del concepto de *fideicomiso—trust*. Esta solución del derecho real el patrimonio fideicomitado solo puede jugar el papel de armonización entre comunidades jurídicas que contemplen la propiedad fiduciaria como un régimen legal reconocido. Entre el Derecho Jersey o de Gibraltar y Panamá la diseminación de un patrimonio de un norteamericano que constituye un fideicomiso—testamentario con bienes en esas tres jurisdicciones los une un mismo concepto de propiedad fideicomitida. Tal vez las reglas de publicidad puedan variar más no la esencia del patrimonio fideicomitado creado en un convenio de orden internacional. No así en un ordenamiento hostil que fuese antagónico a su reconocimiento como lo sería el Derecho francés. Se trata de una regla que solo debe ser entendida frente a patrimonios que estén ubicados en esferas concurrentes de igualdad de valores e identidad de categoría jurídicas.

V. Sobre las reglas relativas a los foros de competencia judicial en el dominio del fideicomiso—testamentario: reglas de competencia judicial general y reglas de competencia judicial *ad hoc*.

Las reglas relativas a la solución de conflictos de jurisdicción sobre reglas de carácter procesal con efectos internacionales⁵⁵. Se trata de reglas judiciales contenidas en el sistema nacional procesal panameño y la regla especial enfocada por la ley especial fiduciaria que nos toca abordar subsecuentemente. En el régimen del código judicial se observa la mezcla de dos criterios concurrentes

⁵⁵ A.R. Scott, *Disputes Involving Trusts: The Scottish Experience. Disputes Involving Trusts*, Verlag C.H. Bech, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 305.

legales para determinar el juez de la causa inspirado en el lugar de la entrega de la cosa dada en fideicomiso o bien, será competente el juez del lugar donde se encuentre los bienes como en efecto hace referencia el numeral 1 del art. 260 Código Judicial panameño. La valoración que realiza el Derecho judicial a este respecto lo enlaza con la noción de entrega o cumplimiento de la obligación del encargo fiduciario. Esta conexión viene a ser un criterio contractualista más que administrativo. Pretende demostrar una conciliación entre derecho material y el derecho procesal en cuanto a ley y foro competente.

Nada impide acudir al *forum rei* o foro del domicilio de la sociedad fiduciaria de acuerdo al fundamento de la acción sumaria⁵⁶ en contra de la administración fiduciaria cuando la misma está inscrita en el registro del Ministerio de Finanzas de Panamá y el domicilio⁵⁷ del fiduciario también se encuentre en la República de Panamá.

El régimen reglamentario del sistema fiduciario señala en su última disposición que en caso de disputa con ocasión del ejercicio de la gestión fiduciaria las partes podrán ser resueltas ante árbitros o arbitradores⁵⁸. En otros términos, siendo el fideicomiso–testamentario un instituto de Derecho patrimonial las partes pueden introducir una cláusula arbitral como mecanismo de solución alternativo.

Las formas de arbitraje las establece de manera simple y directa la redacción del segundo inciso de la disposición 41 al destacar que, “(p)odrá establecerse en el instrumento de fideicomiso que cualquier controversia que surja del fideicomiso será resuelta por árbitros o arbitradores, así como el procedimiento a que ellos deban sujetarse”. Los tipos de arbitraje son de *iure* o en equidad; siendo de *iure* cuando los árbitros deban fallar en Derecho y en equidad cuando los arbitradores deban fallar a conciencia. Queda de esta manera evidenciada, la concepción liberal del fideicomiso y su carácter autónomo como mercantil, para el legislador panameño al enmarcar el patrimonio fiduciario a una justicia profesional de orden comercial e internacional a la vez.

⁵⁶ Art. 41, inciso primero, Ley de fideicomiso.

⁵⁷ Art. 261 Código Judicial.

⁵⁸ Decreto Ley 5 de 1999, “Por el cual se establece el régimen general de arbitraje de la Conciliación y de la Mediación”, Editorial Mizrahi & Pujol, S.A., Primera Edición, 2001.

CONDICIONANTES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERTERRITORIAL ESPAÑOL ACTUAL: DESARROLLO NORMATIVO, FRACCIONAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN Y PERSPECTIVA EUROPEA

Rafael ARENAS GARCÍA

Catedrático de Derecho internacional privado
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: I. Introducción. II. El desarrollo de los Derechos civiles autonómicos: 1. Las materias reguladas: A) El desarrollo orgánico de los Derechos civiles. B) La competencia en materia de fuentes del Derecho. 2. La costumbre como legitimación para la legislación autonómica en materia civil. 3. La regulación de las parejas de hecho. II. Articulación de los Derechos civiles españoles: 1. El modelo constitucional. 2. Normas de conflicto en los Derechos civiles españoles. III. El fraccionamiento de la jurisdicción: 1. El principio de unidad de jurisdicción. 2. Vigencia y aplicación preferente del Derecho autonómico. 3. Territorialidad y localización. IV. UE y Derecho interterritorial: 1. España como ejemplo. 2. La incidencia de la regulación europea en el Derecho interterritorial. V. Conclusión.

RESUMEN: El Derecho civil español es un sistema complejo. No solamente el Estado Central sino también algunas CC AA son competentes en materia civil. En los últimos treinta años los Derechos civiles autonómicos han experimentado un importante desarrollo que ha superado los límites marcados por la CE. Este desarrollo es causa de ciertas tensiones que afectan a la articulación de los Derechos civiles españoles y a la unidad de la jurisdicción. La creciente relevancia de la actuación de la UE en materia de DIPr también tiene que ser considerada, ya que afecta al ámbito de aplicación territorial y personal de los Derechos civiles españoles.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – CONFLICTOS INTERNOS – ESPAÑA – DERECHO CIVIL – UNIDAD DE JURISDICCIÓN – UE.

ABSTRACT: *Spanish Civil Law is a complex system. Not only Central State, but also some Autonomous Communities have legislative competence in the field of Civil Law. During the past thirty years, Spanish Autonomous Communities have developed their own civil laws. This development has exceeded the lines drawn by the Spanish Constitution of 1978 and caused some tension. This tension*

affects the articulation of the different Spanish Civil Laws and the unity of jurisdiction. The increasing relevance of the UE in PIL is another factor to take into consideration, thus the personal and territorial scope of the Spanish civil laws is affected by the UE Regulations.

KEYWORDS: PRIVATE INTERNATIONAL LAW – INTERLOCAL CONFLICTS – SPAIN – CIVIL LAW – UNITY OF JURISDICTION – UE.

I. Introducción

1. Casi nada de lo que se exponga a continuación resulta original y, sin embargo, no dejará de ser polémico. Esta paradoja inicial es, quizás, metáfora de las dificultades que plantea actualmente el análisis del Derecho interterritorial español¹. En el presente trabajo se pretenden hacer explícitas las razones de algunas de esas dificultades que, en gran parte se derivan, probablemente, de una cierta distancia entre los principios que originalmente estructuraban la articulación de la plurilegislación en España y el desarrollo normativo y la práctica jurídica desarrollada durante las últimas décadas. Esta separación ha sido paulatina y, probablemente, en ocasiones no explícita; asumiéndose sin excesivo debate cambios de una gran importancia. El resultado de ello es una situación en la que resulta difícil explicar de forma coherente ciertos desarrollos o decisiones. La doctrina ha destacado las dificultades que plantea la articulación de la plurilegislación en España², habiéndose llegado a escribir que “el sistema de Derecho interterritorial sufre un estado de descomposición y desintegración”³. Es por ello necesario profundizar en el análisis de los problemas que plantea la articulación de la pluralidad de Derechos privados españoles; este trabajo pretende contribuir a este debate haciendo explícitos algunos de sus condicionantes que, no por conocidos, pueden dejar de ser reiterados.

Como se acaba de señalar, las dificultades que plantea la presentación del sistema actual español de Derecho interterritorial derivan de la distancia existente entre las circunstancias y principios rectores originales del sistema y su desarrollo en las últimas décadas; esto es, los que inspiraron la regulación de la

¹ Sobre la terminología *vid. AEDIPr*, vol. IX, 2009, pp. 1165–1166.

² *Vid.* S. Álvarez González, *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, pp. 12 y 82–97, entre otras; A. Font i Segura, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, pp. 15–17; *id.*, “Una nova etapa pel dret interterritorial?”, en *La codificació del dret civil a Catalunya: de la Compilació al Codi Civil. XXI Jornades Jurídiques, 11 i 12 de novembre, Universitat de Lleida* (en prensa).

³ *Cf.* A. Font i Segura, *loc. cit.*, *in fine*.

Constitución de 1978 (CE) y la situación actual⁴. Es cierto que la CE no es, desde una perspectiva histórica el punto de inicio de la plurilegislación en España ni de la articulación de ésta; pero sí que podemos asumir que dicha Constitución supone un punto y aparte decisivo respecto a situaciones anteriores. En la CE se asume la situación existente (una plurilegislación de origen medieval que había superado la decisiva fase de la codificación) y sienta las bases para su desarrollo futuro. La CE es así doblemente relevante como referencia para el sistema de Derecho interterritorial: por una parte, la CE, en tanto que norma suprema del conjunto del ordenamiento es aquí, como en cualquier otra materia, *ultima ratio* para el análisis de la corrección de cualquier norma o conjunto de normas. Desde una perspectiva histórica, además, y específicamente para lo que se refiere al carácter plural del Derecho privado español y la articulación de dicha pluralidad, resulta que la CE es un auténtico hito que ha de sumarse a las Compilaciones elaboradas durante el siglo XX, la Constitución Republicana de 1931, el Código Civil de 1889 —que mantuvo la vigencia de los Derechos civiles denominados forales— y los Decretos de Nueva Planta de comienzos del siglo XVIII.

2. La tesis que se mantendrá en este trabajo es la de que el desarrollo de la plurilegislación en España ha sido de mayor entidad que la prevista por los legisladores de 1978, dando como resultado la inadecuación del sistema vigente de Derecho interterritorial. El nulo interés del legislador estatal por renovar el sistema⁵ conduce a una situación de tensión entre los principios constitucionales (competencia exclusiva del Estado en materia de normas de conflicto de leyes, por una parte, y unidad de jurisdicción por otra) y las necesidades de los Derechos civiles autonómicos, cada vez más complejos y completos. El resultado de esta tensión es la tendencia a un cierto fraccionamiento de la jurisdicción y la revitalización de la idea de que los Derechos civiles autonómicos gozan de una vigencia territorialmente limitada al ámbito de la Comunidad Autónoma que los ha promulgado. De esta forma, el régimen de los conflictos internos en España se asemejaría progresivamente al de los conflictos internacionales. Esta situación se ve complicada (aún más) por la incidencia que en el Derecho interterritorial español tiene la cada vez más intensa regulación de la UE en materia de DIPr. La última parte del trabajo se dedicará a esta cuestión; mientras que las dos primeras harán una presentación de los factores que han transformado la plurilegislación en España y las consecuencias de dicha transformación en la articulación de los diferentes Derechos civiles españoles.

⁴ “La realidad del sistema, sin embargo, no se ajusta al plan constitucional”, en palabras de A. Font i Segura, *op. cit.*, p. 90.

⁵ Desinterés del legislador estatal que ha sido duramente criticado por la doctrina, *vid.* S. Álvarez González, *op. cit.*, p. 73; A. Font i Segura, *op. cit.*, p. 25; *id.*, “Una nova etapa...”, *loc. cit.*, epígrafe I.

II. El desarrollo de los Derechos civiles autonómicos

1. Las materias reguladas

A) El desarrollo orgánico de los Derechos civiles

3. Cuando se promulga la CE ninguno de los Derechos civiles denominados forales o especiales constituían, excepción hecha del Derecho navarro, un sistema completo o siquiera cercano a ser completo. Tales Derechos se limitaban, básicamente, a la regulación de las sucesiones y del régimen económico del matrimonio; operando, por tanto, casi siempre junto con el Derecho civil común para todo el Estado. Nos encontrábamos, por tanto, propiamente ante “particularidades” que no suponían un cuestionamiento del Derecho civil común como único sistema completo de Derecho civil. El carácter supletorio del Código civil español (en adelante Cc) en los territorios forales⁶ confirmaría este carácter fragmentario de las regulaciones propias de los diferentes territorios que habían conservado un Derecho propio tras la CE.

Este carácter fragmentario de los Derechos civiles de los territorios forales o especiales es, seguramente, un elemento importante en el contexto que explica el modelo de Derecho interterritorial que recoge la CE; y es claro que este carácter fragmentario está siendo superado por la realidad y el desarrollo legislativo de los Derechos civiles españoles diferentes del denominado Derecho común. En unos casos de una forma más acentuada que en otros se aprecia cómo los legisladores autonómicos se ocupan de materias que no se encontraban inicialmente entre las que se regulaban en el Derecho foral existente en el año 1978.

4. Como es sabido, la cuestión del alcance de las competencias autonómicas en materia de Derecho civil ha sido objeto de un debate que todavía no está definitivamente resuelto. El art. 149.1.8º CE prevé que la competencia autonómica es para “la conservación, modificación y desarrollo (...) de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan”. El desarrollo del Derecho civil propio permite la regulación de materias que no se encontraban inicialmente en las Compilaciones forales o equivalentes; aunque el TC mantiene que las materias objeto de regulación han de, al menos, ser conexas a las ya reguladas⁷.

⁶ Art. 13.2º Cc.

⁷ *Vid.* STC 88/1993, de 12 de marzo, donde se establece (FJ 3) que: “la noción constitucional de “desarrollo” permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”. El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las CC AA dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho fo-

Este desarrollo orgánico de los Derechos civiles forales o especiales ha conducido en algunos casos al tratamiento de una pluralidad de materias que presentaban tan solo una remota conexión con las que venían recogidas en las Compilaciones vigentes en 1978 o, incluso, con lo que había sido el contenido histórico de los mencionados Derechos. Este desarrollo conduciría a una relectura del art. 149.1.8º CE, de tal manera que únicamente aquellas materias reservadas en exclusiva al Estado estarían vedadas al legislador autonómico⁸. A esta idea parece responder el actual art. 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que establece la competencia exclusiva de la Generalitat “en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el art. 149.1.8º CE atribuye en todo caso al Estado”⁹. De esta forma, se produce una inversión de la inicial atribución constitucional, en la que la competencia en materia civil correspondía al Estado y solamente por vía de excepción se preveía la posibilidad de que las CC AA conservasen, modificasen o desarrollasen los Derechos civiles forales o especiales. La extensión de las materias reguladas implica que los Derecho civiles autonómicos pueden convertirse en sistemas completos, excepción hecha de las materias reservadas en exclusiva al Estado¹⁰, ya que el límite derivado de la conexión con las materias reguladas parece ser cada vez menos significativo.

5. De hecho, la dicción del art. 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña podría plantear ciertas dudas en lo que se refiere a su constitucionalidad, puesto que, como hemos visto, en su literalidad establece como único límite a la compe-

ral”. Vid. en el mismo sentido el FJ 1 de la STC 156/1993, de 6 de mayo y el comentario a la STC 88/1993 de E. Zabalo Escudero, *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 528–530. Vid. también *id.*, “Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el ordenamiento español”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 1994*, http://www.ehu.es/cursosderecho-internacional-vitoria/ponencias/pdf/1994/1994_6.pdf, pp. 253–302, pp. 265–267 y 274–278. Sobre los problemas que plantea la utilización en este contexto del concepto conexidad vid. J.J. Álvarez Rubio, “La necesaria reforma del sistema español de Derecho interregional”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 1997*, http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/1997/1997_8.pdf, pp. 275–321, p. 295. Con anterioridad a esta Sentencia del TC vid. sobre esta cuestión A. Borrás Rodríguez, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autònoma de Barcelona, 1984, pp. 10–11.

⁸ Que son “las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”. En un epígrafe posterior nos ocuparemos específicamente de la reserva estatal para la determinación de las fuentes del Derecho.

⁹ El precepto concluye indicando que “(e)sta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña”; como ya se ha indicado en la nota anterior nos ocuparemos de esta cuestión específicamente en un epígrafe posterior.

¹⁰ Vid. este planteamiento, ya con anterioridad al Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 en L.I. Puig i Ferriol y E. Roca i Trias, *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. I, *Introducció i Part General. Obligacions i contractes. Drets reals*, 5ª ed., València, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 37–38.

tencia en materia civil de la Generalitat las materias que el art. 149.1.8º CE atribuye en todo caso al Estado, cuando este último artículo es evidente que incluye más límites competenciales a la regulación autonómica del Derecho civil. Ahora bien, el TC, en su transcendente (por muchos motivos) sentencia de 28 de junio de 2010¹¹ admitió la constitucionalidad del precepto interpretando que la competencia exclusiva a la que se refiere se limita a la del legislador catalán para regular el Derecho civil catalán¹² y que la competencia solamente podrá alcanzar a materias conexas a las ya reguladas, reiterando aquí el TC su doctrina anterior en la materia¹³.

La interpretación del TC salva la constitucionalidad del precepto que en su literalidad, sin embargo, no deja de plantear el problema de que parece entender que la competencia en materia civil de la Generalitat tiene como único límite las materias que el art. 149.1.8º CE reserva en todo caso a la competencia estatal. Se acerca el precepto a lo que había sido planteado ya durante la elaboración de la Constitución por el Grupo de Minoría Catalana, que presentó una Enmienda en el Congreso de acuerdo con la cual correspondería a los territorios autónomos la legislación exclusiva y la ejecución de, entre otras materias “Las de Derecho civil y mercantil no comprendidas en el ap. 1º.f)”¹⁴. En cualquier caso, y a los efectos que aquí interesan, no es más que muestra de la tendencia a que la legislación civil autonómica se extienda a materias que no se encontraban reguladas en los Derechos forales o especiales existentes en el año 1978. De esta forma, lo que eran regulaciones particulares fundamentalmente en materia sucesoria y régimen económico del matrimonio se transforma en un auténtico sistema autónomo y suficiente, capaz de operar de forma independiente al Derecho estatal. En el siguiente epígrafe, en el que nos ocupamos de la competencia autonómica en materia de fuentes del Derecho volveremos sobre este extremo.

6. Como resultado de lo anterior nos encontramos con dos Derechos civiles autonómicos que o bien son prácticamente completos (dejando aparte las materias en las que en todo caso la competencia exclusiva corresponde al Estado) o están en vías de completarse. El primero es el Derecho navarro, que ya en el año 1978 presentaba la forma de un Código completo, con regulación en materia de

¹¹ STC 31/2010, de 28 de junio, *BOE*, 16-VII-2010.

¹² *Vid.* el FJ 76 de la Sentencia (penúltimo párrafo): “En definitiva, el art. 129 EAC no se refiere, ni podría hacerlo, a la totalidad del Derecho civil español, sino sólo al Derecho civil privativo de Cataluña, respecto del que la Generalitat puede perfectamente ostentar una competencia exclusiva que tenga por objeto la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho”.

¹³ *Vid.* FJ 76, tercer párrafo.

¹⁴ *Vid.* Enmienda nº 101 (primer firmante: Don José Verde i Aldea, Joan Paredes i Hernández i (*sic.*) Josep Pau Pernaú (Minoría Catalana), <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enm-congreso.pdf>.

Personas y Familia (Libro I), Donaciones y Sucesiones (Libro II) y Bienes (Libro III), incluyendo aquí también el régimen de obligaciones y ciertos contratos en particular. El segundo es el catalán¹⁵, en el que existe un proyecto en vías de elaboración para redactar un Código Civil que incluirá disposiciones generales, disposiciones preliminares, prescripción y caducidad (Libro Primero), Persona y Familia (Libro Segundo), Persona Jurídica (Libro Tercero), Sucesiones (Libro Cuarto), Derechos Reales (Libro Quinto) y, finalmente, Obligaciones y Contratos (Libro Sexto)¹⁶.

El resto de Derechos civiles autonómicos no han emprendido una tarea tan ambiciosa como es la de elaborar un Código civil propio, entendido éste como una regulación completa del Derecho civil, excepción hecha de las materias que se encuentran reservadas en todo caso al Estado; pero la progresiva extensión de las materias reguladas es también evidente, así como la vocación sistemática, como prueba la promulgación de la Ley de Derecho Civil de Galicia¹⁷ y más recientemente la promulgación del Código de Derecho Foral de Aragón¹⁸. En cualquier caso, la extensión de la regulación original a cuestiones tales como las parejas estables¹⁹ o la mediación²⁰ es una constante en los diferentes Derechos civiles autonómicos; en algunos casos, tal como veremos más adelante, planteando dudas sobre la delimitación entre las materias civiles y administrativas.

¹⁵ Vid. A. Font i Segura, “Una nova etapa...”, *loc. cit.*, epígrafe II.2: “els legisladors autonòmics, i senyaladament i significativa el legislador català, han emprès una tasca legislativa que en la pràctica posa de manifest que el caràcter fragmentari que es volia atribuir als anomenats drets civils especials o forals no es dona en realitat”.

¹⁶ Vid. el art. 3 de la Ley Primera de la Ley catalana 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código Civil de Cataluña, DOGC, 13-I-2003; BOE, 6-II-2003. Actualmente ya han sido elaborados los Libros Primero (Ley 29/2002, de 30 de diciembre), Segundo (Ley 25/2010, de 29 de julio), Tercero (Ley 4/2008, de 24 de abril), Cuarto (Ley 10/2008, de 10 de julio) y Quinto (Ley 5/2006, de 10 de mayo), quedando únicamente el Libro Sexto para completar el Código Civil.

¹⁷ Ley 2/2006, de 14 de junio. En esta Ley se incluye la regulación de la protección de menores, la adopción, la autotutela, la ausencia no declarada, los derechos reales, los contratos, el régimen económico matrimonial, las sucesiones y las instituciones de la casa y la veciña (Título V) y la compañía familiar gallega (Título VIII).

¹⁸ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, *Boletín Oficial de Aragón*, 29-III-2011, *vid.* F. Garau Sobrino, “Aprobado el “Código del Derecho Foral de Aragón”, <http://conflictuslegum.blogspot.com/2011/04/aprobado-el-codigo-del-derecho-foral-de.html>.

¹⁹ Vid. en Baleares la Ley 18/2001, de 19 de diciembre; en Valencia la Ley 1/2001, de 6 de abril; en Navarra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de igualdad jurídica de Parejas Estables de Navarra; en el País Vasco, la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

²⁰ Vid. Ley 1/2008 del País Vasco de Mediación Familiar; la Ley 15/2009 de Cataluña de Mediación de Derecho Privado; la Ley Valenciana 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar; la Ley Gallega 4/2001, de 31 de mayo, de Mediación Familiar; la Ley de Aragón 9/2001, de 24 de marzo, de Mediación Familiar; la Ley de Baleares 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar.

B) La competencia en materia de fuentes del Derecho

7. Un elemento fundamental para que un conjunto de normas puedan convertirse en ordenamiento es que tal conjunto de normas prevea cuáles son las fuentes del Derecho. Sin esa regulación tal conjunto de normas siempre resultará materialmente dependiente de aquel otro en el que se regulen tales fuentes. Es por esto que la asunción de competencia en materia de fuentes del Derecho por parte de los Derechos civiles autonómicos es un elemento clave para su desarrollo como ordenamientos tendencialmente completos. No es extraño, por tanto, que esta competencia sea destacada en los análisis que asumen como natural el carácter de ordenamiento jurídico de los Derechos civiles forales²¹.

El art. 149.1.8º CE es, sin embargo, bastante claro acerca de la competencia exclusiva del Estado en materia de fuentes del Derecho; lo que no ha impedido que todas las CC AA con competencia en materia de Derecho civil, excepto Valencia, hayan regulado las fuentes de su propio Derecho²². El TC, además, ha ratificado esta competencia autonómica, apoyándose para ello en el inciso último del art. 149.1.8º, de acuerdo con el cual la competencia del Estado en materia de fuentes del derecho debería respetar plenamente las normas de Derecho foral o especial. Ciertamente la doctrina del TC en este punto parece consolidada²³; lo que es muestra de la fuerza que tiene la tendencia a convertir los Derechos civi-

²¹ Vid. Ll. Puig i Ferriol y E. Roca i Trias, *op. cit.*, p. 44.

²² Vid. art. 1 Código del Derecho Foral de Aragón (*supra*, nota nº 18); art. 1 Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre); arts. 111-1, 111-2, 111-4 y 111-5 Código Civil de Catalunya; art. 1 Ley de Derecho Civil de Galicia (*supra*, nota nº 17), el Título Primero del Libro Preliminar del Fuero Nuevo de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo); Título Preliminar de la Ley de Derecho Civil del País Vasco (Ley 3/1992, de 1 de julio). En el caso de Navarra la regulación, originariamente estatal como el resto de Compilaciones, no ha sido transformada en Derecho autonómico, a diferencia del resto de Derechos civiles forales; sobre esto *vid.* R. Arenas García, "Derechos forales, derechos locales y derecho consuetudinario en España", *Revista Jurídica de Asturias*, nº 21, 1997, pp. 93-113, p. 103, nota nº 35.

²³ Vid. el antepenúltimo párrafo del FJ 76 de la STC 31/2010, de 28 de junio (*supra*, nota nº 11): "En fin, la previsión de que la competencia autonómica atribuida por el art. 129 EAC "incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña" no supone una infracción del art. 149.1.8 CE en el punto en que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la "determinación de las fuentes del Derecho" en todo el territorio nacional. En efecto, esta competencia del Estado no es incondicional u omnímoda sino expresamente sometida al "respeto... a las normas de derecho foral o especial" (art. 149.1.8 CE), lo que implica, necesariamente, que en la determinación del sistema de fuentes del Derecho la legislación civil del Estado habrá de tomar en consideración y respetar aquellas normas. La competencia exclusiva sobre el Derecho civil de Cataluña, en tanto que Derecho foral o especial, comprende, pues, la competencia para la determinación de las fuentes de ese específico Derecho, siendo claro que esa competencia autonómica ha de sujetarse en su ejercicio a la competencia que corresponde al Estado para la "determinación de las fuentes del Derecho" en todo el territorio, por más que en dicho ejercicio el Estado venga siempre obligado a respetar los sistemas normativos privativos de los distintos Derechos civiles forales o especiales (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 13)".

les autonómicos en auténticos sistemas completos; incluso a costa de hacer sufrir la literalidad del texto constitucional, que en ninguna forma prevé que exista competencia autonómica en materia de fuentes del Derecho, tal como veremos a continuación.

8. El art. 149.1.8º CE es claro en este punto: se limita a establecer una competencia exclusiva a favor del Estado para la “determinación de las fuentes del derecho”. En la ponencia constitucional ya se incluía esta competencia sin establecer la cautela relativa a los normas de derecho foral o especial²⁴. En el Congreso, sin embargo, se presentaron varias enmiendas que incluían la referencia a los Derechos forales en este punto. En concreto, la enmienda nº 661, del Grupo Parlamentario Vasco²⁵ y la enmienda nº 776 bis de D. Jesús Ignacio Astrain Lassa (Unión de Centro Democrático)²⁶. Estas enmiendas no fueron acogidas en el Informe de la Ponencia²⁷. En el debate que se desarrolló en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, en cambio, sí que se modificó el texto del precepto para introducir la salvedad relativa a los Derechos forales. Fue, en concreto en la Sesión número 21, celebrada el 15 de junio de 1978. En ella se planteó el mantenimiento de la Enmienda nº 776 bis a la que acabamos de hacer referencia junto con una enmienda *in voce* del Grupo Parlamentario Comunista que consiguió la aquiescencia de quien había presentado la enmienda 776 bis.²⁸ El Señor Solé Tura fue el encargado de defender

²⁴ Art. 138: “A los efectos de lo prevenido en el precedente artículo, se entienden como de la exclusiva competencia del Estado las siguientes materias: (...) 6. Determinación de las fuentes del Derecho; aplicación y eficacia de las normas jurídicas y régimen supletorio del Derecho privado. La documentación sobre la elaboración de la CE puede consultarse en el Portal de la Constitución, dentro de la web del Congreso de los Diputados (www.congreso.es).

²⁵ La enmienda propone que el art. 138.6º CE quedara redactado de la siguiente manera: “Determinación de las fuentes del Derecho, respetando las legislaciones y derechos históricos forales...” la justificación de la enmienda es la siguiente: “La enmienda plantea el incuestionable respeto a las legislaciones forales en las que las fuentes del Derecho tienen un desarrollo peculiar propio y vigente”

²⁶ El texto que se propone para el nº 6 del art. 138 es el siguiente: “Determinación de las fuentes del Derecho, aplicación y eficacia de las normas jurídicas y régimen supletorio del Derecho privado, sin perjuicio de los Derechos forales vigentes”. En la justificación se indica que “La actual redacción del anteproyecto de texto constitucional desconoce y deja sin efecto todo lo referente a fuentes y régimen supletorio vigente en los territorios de régimen foral”.

²⁷ Art. 141: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 8º Legislación Civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos forales. En todo caso, las reglas relativas a la determinación de las fuentes del Derecho, aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles, relativas a la forma del matrimonio, ordenación de los registros e hipotecas, bases de las obligaciones contractuales y normas para resolver los conflictos de leyes.”

²⁸ De acuerdo con el *Diario de Sesiones*, el Sr. Astrain Lasa manifestó en la defensa de su enmienda: “Se nos ha repartido una enmienda *in voce* del Grupo Parlamentario Comunista que subsume la enmienda que teníamos presentada, al atribuir las fuentes del Derecho a la competencia del Estado,

la enmienda que, finalmente, consiguió el apoyo de la Comisión²⁹. Resulta interesante dicha defensa, ya que se aprecia que con ella no se pretende conseguir que se reconozca ninguna competencia en favor de las CC AA en materia de fuentes del derecho (desde luego si así fuera la redacción tendría que ser otra); sino limitar la competencia del Estado, de tal forma que éste no pudiera establecer la aplicación prioritaria del Derecho común en aquellos territorios que gozaban de Derecho foral. De hecho, tal como indica el propio Solé Tura, no se pretende más que consagrar constitucionalmente el contenido del art. 13.2º Cc³⁰.

El paso por el Senado supuso una modificación significativa del texto que había sido aprobado en el Congreso; así, en el Dictamen de la Comisión la redacción del art. 148.1.8º era la siguiente: “La legislación civil común y la que regule los registros e instrumentos públicos. La legislación para conservar, modificar o desarrollar los sistemas civiles forales o especiales corresponderá a las CC AA donde estén vigentes. Serán en todo caso competencia del Estado las reglas sobre aplicación y eficacia de las normas, las de resolución de conflictos de leyes y las relativas a las formas de matrimonio”. Como puede apreciarse, ya no existe ninguna referencia a las fuentes del Derecho. Esta redacción es fruto de una enmienda “in voce” del Sr. Ballarín (UCD) presentada en la sesión de la Comisión del 13 de septiembre de 1978 y que fue aprobada por unanimidad. Esta enmienda se incorpora al conjunto de modificaciones que introduce el Senado en el proyecto de Constitución³¹; pero la Comisión Mixta Congreso-Senado devolvió el precepto al tenor que tenía de acuerdo con la enmienda defendida por el Sr. Solé Tura, eliminándose tan solo la expresión “por las CC

pero con respeto, en este último caso, a las normas vigentes de Derecho foral. Creemos que recoge totalmente nuestra enmienda y, por lo tanto, nos adherimos a la enmienda del Grupo Parlamentario Comunista”.

²⁹ Aunque con un ligero cambio en la formulación. En el momento de la votación el Sr. Solé Tura indica que “hay una enmienda *in voce* de Unión de Centro Democrático, sobre mi enmienda “in voces”, sobre la cual voy a hacer otra enmienda *in voce*, finalmente el texto que se votó (y aprobó por unanimidad) era del siguiente tenor: “Legislación civil sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, por las CC AA. En todo caso las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles, relativas a la forma de matrimonio, ordenación de los registros e hipotecas, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho con respeto en este último caso a las normas de Derecho foral”.

³⁰ En este punto la intervención literal de Solé Tura es como sigue: “En cuanto al tema de las fuentes del derecho también parece evidente la necesidad de esta modificación, porque la fórmula que se propone respeta lo establecido en las compilaciones forales con unos términos que, prácticamente recogen los del art. 13, ap. 2 del vigente Cc. De otro modo podría invalidarse todo lo existente en materia de derecho foral y entraríamos de hecho en contradicción con lo que dice el inciso primero de este mismo nº 8 que reconoce la conservación y desarrollo de los derechos forales en las CC AA”.

³¹ Vid. el *Boletín Oficial de las Cortes*, nº 161 de 13 de octubre de 1978, http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_161.PDF

AA” en la frase “Legislación civil sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, por las CC AA”.

9. Si me he detenido un tanto en la tramitación en las Cortes de la Constitución vigente es porque no deja de ser sorprendente que se haya asumido con naturalidad y de manera generalizada, incluso por el TC, que las CC AA gozan de competencia en materia de fuentes del Derecho propio cuando dicha competencia no se encuentra prevista en la Constitución y, por el contrario, se establece que el Estado goza de competencia exclusiva en materia de fuentes del Derecho. Bien es cierto que la competencia que ejerza el Estado ha de respetar las normas de Derecho foral o especial; pero el tenor del precepto no deja lugar a dudas: se trata de una limitación de la competencia estatal, no de una habilitación competencial a las CC AA.

Siendo el tenor literal tan contrario a la interpretación mayoritaria resulta lógico indagar en la tramitación parlamentaria por ver si la voluntad de los legisladores era la de decir lo contrario de lo que dice el texto o, al menos, algo diferente de lo que dice. Se comprueba, sin embargo, que el examen de la defensa hecha del tenor vigente, fruto, como se ha señalado, de una enmienda “in voce” presentada por el Grupo Parlamentario Comunista, nos orienta hacia una interpretación compatible con el tenor literal de acuerdo con la cual el legislador estatal no podría, mediante el ejercicio de su competencia en materia de fuentes del Derecho, limitar la eficacia de los Derechos civiles forales o especiales, en línea con lo que ya establecía el art. 13.2º Cc, precepto expresamente citado en la defensa de la mencionada enmienda.

Mi propósito aquí, sin embargo, no es cuestionar la interpretación mayoritaria acogida por el TC; sino precisamente destacar cómo la tendencia a la complitud de los ordenamientos civiles autonómicos, carácter completo que precisa la regulación de las fuentes del Derecho, prevalece sobre el tenor de los preceptos constitucionales. El crecimiento de los Derechos civiles autonómicos es muestra de un proceso profundo cuyo análisis se escapa al marco de este trabajo; pero que aquí interesa destacar en tanto en cuanto puede suponer un desajuste del sistema de articulación de los diferentes Derechos españoles ya que, tal como veremos, las exigencias de dicha articulación son diferentes cuando se trata simplemente de delimitar el ámbito de aplicación de determinadas reglas particulares que cuando se trata de regular los conflictos entre ordenamientos completos o, al menos, que tienden a ser completos. La asunción de competencias en materia de fuentes del Derecho por parte de las CC AA con competencia en materia de Derecho civil es una muestra más de esa tendencia a la complitud de los ordenamientos civiles autonómicos que tan relevante se mostrará para la adecuada

comprensión de los problemas que plantean las relaciones entre los diferentes Derechos civiles españoles³².

2. La costumbre como legitimación para la legislación autonómica en materia civil

10. El desarrollo de los Derechos civiles autonómicos no solamente se basa en su crecimiento orgánico, sino que se apoya igualmente en la posibilidad de que la costumbre pueda ser base para que las CC AA elaboren normas civiles. Esta posibilidad ha sido consagrada por el TC en su Sentencia 121/1992, de 28 de septiembre, en que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado contra diversos preceptos de la Ley Valenciana sobre arrendamientos históricos valencianos. En esta decisión mantuvo que “El amplio enunciado de esta última salvidad (“Derechos civiles forales o especiales”) permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria pre-existentes a la Constitución”³³.

De nuevo nos encontramos ante una doctrina clara que ya ha dado sus frutos, puesto que en Valencia no solamente se han regulado los arrendamientos históricos, sino que el Derecho civil propio se ha ampliado a la regulación del régimen económico del matrimonio³⁴, a la mediación familiar³⁵ y a las uniones de hecho³⁶. Fuera de Valencia el Derecho consuetudinario también ha servido de base para el desarrollo del Derecho guipuzcoano, que no se encontraba compilado en 1978; pero que ha sido objeto de regulación en la Ley de Derecho Civil Foral Vasco³⁷.

³² De nuevo aquí la Historia aporta algunas claves para la explicación del fenómeno. No puede perderse de vista que los Derechos forales son herencia de sistemas jurídicos completos propios de entidades políticas autónomas. En 1978 cada uno de ellos tenía su propio sistema de fuentes del Derecho, por lo que la CE, al reservar al Estado la competencia en materia de fuentes del Derecho, podría suponer un retroceso en el contenido del Derecho foral. La evolución a partir del año 1978 conduce hacia la plena recuperación del contenido de tales Derechos, con la diferencia respecto a las Compilaciones que éstas eran Derecho estatal mientras que ahora estos Derechos son Derechos autonómicos.

³³ Vid. FJ 1 de la Sentencia.

³⁴ Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (*Diario Oficial de la Comunitat Valenciana*, 22-III-2007).

³⁵ Ley Valenciana 7/2001, *vid. supra*, nota nº 20.

³⁶ Ley 1/2001, de 6 de abril, *vid. supra*, nota nº 19.

³⁷ Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco, *vid. supra*, nota nº 22. El Libro Tercero de dicha Ley se dedica al Fuero Civil de Guipuzkoa. La Exposición de Motivos de la Ley es explícita en lo que se refiere al carácter consuetudinario del Derecho de Guipuzcoa, *vid.* el tercer apartado de la Exposición de Motivos: “*Allí donde exista* [Derecho foral o especial, dice el precepto constitucional. Y existe en el País Vasco, en unos territorios en forma escrita, como en Bizkaia y Álava, y en otros, como

11. Esta interpretación del art. 149.1.8º, la que sostiene que la existencia de una costumbre permite la regulación autonómica tiene una enorme potencialidad. Para apreciarlo examinaremos de forma breve y esquemática el proceso de integración jurídica en España.

El punto de partida ha de ser la Baja Edad Media, en la que en lo que hoy es España convivían (como en toda Europa) una pluralidad de regulaciones. Nos encontrábamos con costumbres, normas locales (los fueros, por ejemplo) y Derecho de aplicación más generalizada (el Derecho romano fruto de la recepción bajomedieval y el Derecho canónico). Tales Derechos eran fruto, además, de diversos centros de poder: el Rey, los señores feudales y los municipios, entre otros agentes³⁸ producían Derecho y las diferentes regulaciones se superponían y mezclaban con las costumbres, forzosamente locales.

Durante siglos se desarrolla un paulatino proceso de integración en el que se pretenden articular las diferentes normas en un único sistema. La actuación de los monarcas y la recepción del Derecho común fueron claves en este proceso³⁹.

La integración jurídica tenía, sin embargo, como límite el territorio de cada una de las entidades políticas que ocupaban el espacio de lo que hoy es España, entidades que, como es sabido, mantuvieron su propia personalidad hasta el siglo XIX. De esta forma, y limitándonos al Derecho privado, en el inicio del siglo XIX convivían en España varios sistemas jurídicos diferenciados, cada uno de los cuales incluía, como era habitual en aquel momento en toda Europa, particularidades locales en forma de costumbres o Derecho municipal. Estos sistemas diferenciados eran los que se correspondían a Castilla, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares. Como es sabido, Felipe V (IV de Aragón) suprimió el Derecho propio de Valencia y, a diferencia de lo que sucedió con los Derechos de Aragón, Cataluña y Mallorca⁴⁰, no lo reintegró por medio de los Decretos de Nueva Planta. En la Corona de Castilla es preciso señalar también la particularidad que suponían los territorios de Vizcaya, Álava y Guipúzcoa⁴¹.

Guipuzkoa, en forma consuetudinaria". El art. 147 de la Ley es una norma que eleva a rango de ley lo que hasta ese momento no era más que costumbre: "1. Se reconoce la vigencia de las costumbres civiles sobre la ordenación del caserío y del patrimonio familiar en Guipuzkoa. 2. Como plasmación y desarrollo de aquéllas, se establecen las siguientes disposiciones relativas a la transmisión mortis causa del caserío, que integran el Fuero Civil de Guipuzkoa".

³⁸ Por ejemplo, los consulados y asociaciones de comerciantes, *vid.* R. Arenas García, *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, pp. 29–38.

³⁹ *Vid.* R. Arenas García, "Derechos forales...", *loc. cit.*, pp. 96–97 y referencias allí contenidas.

⁴⁰ Decreto de 3 de abril de 1711 para Aragón (Libro Tercero, Título Segundo, Auto X del Tomo Tercero de *Autos Acordados*, Madrid, Joaquín Ibarra, 1775); Decreto de 28 de noviembre de 1715 para Mallorca (*ibid.*, Auto XV) y Decreto de 16 de enero de 1716 para Cataluña (*ibid.*, Auto XVI).

⁴¹ *Cf.* F. Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 4ª ed. 1983, p. 251.

El proceso de codificación hubiera tenido que reconducir a la unidad este magma jurídico, y así se planteaba ya en la Constitución de Cádiz, texto fundacional de España como sujeto de Derecho⁴². Ahora bien, como es conocido este proceso no pudo completarse debido a las dificultades que planteaba la existencia de los distintos territorios forales. Y es que en el caso español no se trataba simplemente de articular un sistema que tenía una única base política, sino que, tal como se acaba de señalar, el pluralismo normativo propio de todos los sistemas jurídicos europeos venía acompañado de la convivencia de Derechos que reflejaban la existencia de distintas comunidades políticas. Esta particularidad consigue ser reconocida de forma que el proceso codificador prosigue sin que suponga la eliminación de los Derechos que eran propios de los distintos reinos y territorios que habían sido unidos para crear el Estado. A estos se añaden, además, los territorios vascos, que gozaban de una señalada particularidad dentro de la Corona de Castilla y, por razones menos claras, Galicia⁴³.

Salvada, pues, la vigencia de los Derechos denominados forales, la codificación pudo ser completada, lo que implicaba la desaparición de Derechos locales y costumbres⁴⁴. Tarea esencial de la codificación era la depuración del sistema jurídico, eliminando todas las normas, escritas y no escritas, que habían ido acumulándose desde la Edad Media. En el caso de la costumbre, sin embargo, se seguía permitiendo su alegación, aunque únicamente en defeco de ley⁴⁵. Esto es, tras la codificación la costumbre pasó a ser en los territorios de Derecho común “costumbre de Derecho común”⁴⁶.

12. De acuerdo con lo que acabamos de ver, debe diferenciarse entre costumbre y Derecho foral, al menos cuando estos términos se utilizan en el Cc. De otra forma perdería sentido el art. 13 Cc, ya que la prevalencia del Cc cedería en

⁴² Vid. el art. 258 de la Constitución Política de la Monarquía Española de 19 de marzo de 1812: “El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”.

⁴³ Vid. sobre esto A. Iglesias Ferreirós, “El Código civil (español) y el (llamado) Derecho (foral) gallego”, en C. Petit (coord.), *Derecho Privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1990, pp. 271–359, p. 294. Vid. también R. Arenas García, “Derechos forales...”, *loc. cit.*, pp. 105–106 y referencias allí contenidas.

⁴⁴ De todas formas esta desaparición no es del todo clara, como muestra el debate acerca de la vigencia del Fuero de Baylío; vid. M. Yzquierdo Tolsada, “El Fuero de Baylío, vigente pero no viable”, *AC*, 1991, n° 19, pp. 239–256; M^a.E. Zabalo Escudero, “Pluralidad legislativa...”, *loc. cit.*, p. 271; M. Rodríguez Gil, “Fueros y desigualdades jurídicas entre ciudadanos: El Fuero del Baylío”, *Foro. Nueva Época*, 2009, n° 10, pp. 33–54, p. 46.

⁴⁵ Art. 1 Cc.

⁴⁶ Vid. R. Durán Rivacoba, “En torno al Derecho civil asturiano”, *Revista Jurídica de Asturias*, 1994, n° 18, pp. 67–89, pp. 78–79; R. Arenas García, “Derechos forales...”, *loc. cit.*, pp. 112–113.

todos los supuestos en los que existiera una costumbre vigente, lo que supondría una contradicción con lo establecido en el art. 1 del mismo Código⁴⁷.

La relación existente entre este art. 13 Cc y el art. 149.1.8º, que ya ha sido señalada, hubiera podido conducir fácilmente a interpretar que la existencia de una costumbre en un determinado territorio no implica que la Comunidad Autónoma en la que se ubica dicho territorio tenga competencia en materia de Derecho civil; pero, como hemos visto, esta no es la interpretación que se ha seguido mayoritariamente ni la que acoge el TC, lo que no es más que muestra de la forma en que la tendencia a la fragmentación del Derecho privado español responde a razones profundas. El hecho de que la costumbre opere como justificación para la regulación autonómica del Derecho civil es una señal más de la tendencia apuntada y, además, fuente potencial de un importante desarrollo del Derecho civil producido por las CC AA, tal como veremos a continuación.

Así, basta que una costumbre se haya seguido observando para que esté justificada la regulación civil en cualquier Comunidad Autónoma⁴⁸. Seguramente esto permitiría que algunas CC AA que actualmente no gozan de competencia en materia de Derecho civil pudieran asumir ésta. Ahora bien, la virtualidad de la costumbre como habilitadora de competencia civil podría ampliarse si se considera que no es necesario que la costumbre se aplique en la actualidad (o en

⁴⁷ *Vid.* sin embargo la redacción original del art. 12.2º Cc, en la que se hace referencia al mantenimiento del régimen foral “escrito o consuetudinario” (“En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan solo como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales”). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el art. 12 Cc opera habiéndose ya determinado cuáles son los territorios forales, por lo que la referencia al régimen jurídico consuetudinario ha de entenderse referida a la costumbre reconocida en cada uno de los territorios forales como fuente de Derecho.

⁴⁸ Siempre que la Comunidad Autónoma haya asumido competencia en la materia. No todas las CC AA han incluido en sus Estatutos de Autonomía la competencia en materia civil y algunas de las que sí lo han hecho reducen dicha competencia a la compilación del Derecho existente, *vid.* el art. 16 Estatuto de Autonomía de Asturias (LO 7/1981, de 30 de diciembre, *BOE*, 11-I-1982): “El Principado de Asturias impulsará la conservación y compilación del derecho consuetudinario asturiano”; el art. 70.5º del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (LO 14/2007, de 30 de noviembre, *BOE*, 1-XII-2007): “Conservación del Derecho consuetudinario de Castilla y León”; el art. 9.4 del Estatuto de Autonomía de Extremadura (LO 1/2011, de 28 de enero): “Conservación, defensa y protección del Fuero de Baylío e instituciones de derecho consuetudinario”; *vid.* también el art. 8 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (LO 4/1982, de 9 de junio): “La Comunidad Autónoma prestará especial atención al derecho consuetudinario de la Región, con particular referencia a los tribunales consuetudinarios y tradicionales en materia de aguas, y protegerá y fomentará las peculiaridades culturales, así como el acervo de costumbres y tradiciones populares de la misma, respetando en todo caso las variantes locales y comarcales”.

1978) para que exista la competencia autonómica⁴⁹. Si se mantiene que basta con que la costumbre se hubiera documentado en el pasado, siendo su reflejo en el presente meras prácticas que se aprovechan de instrumentos existentes⁵⁰ cualquier Comunidad Autónoma podría asumir competencia en materia de Derecho civil pues con anterioridad a la codificación las costumbres y los Derechos locales se encontraban presentes en todo el territorio español.

13. De nuevo, pues, en lo que se refiere al papel de la costumbre como elemento justificativo de la legislación autonómica en materia de Derecho civil nos encontramos con que, pese a que resultaría probablemente más ajustado a la literalidad y a la *ratio* del art. 149.1.8º CE mantener que la costumbre no puede ser considerada como Derecho foral o especial a efectos de justificar la regulación autonómica en materia civil, se ha optado por la lectura del precepto que en mayor medida favorece la extensión del Derecho civil autonómico; extensión que podría conducir, potencialmente a que todas las CC AA asuman competencia en materia de Derecho civil; aunque esto último solamente podría darse si se modifica la interpretación que hasta ahora ha mantenido el TC en este punto, y que parece exigir la actualidad de la costumbre para que la competencia autonómica sea legítima. Como veremos en el siguiente epígrafe, sin embargo, existen otras vías para que CC AA que inicialmente no eran consideradas territorios forales asuman también competencia en materia de Derecho civil.

3. La regulación de las parejas de hecho

14. Como hemos visto, el art. 149.1.8º ha sido interpretado en líneas generales de una forma muy favorable a la competencia autonómica en materia de Derecho civil. Aún así, dejando de lado la posibilidad de recurrir a costumbres no vigentes como mecanismo de justificación, tal como se acaba de apuntar; existen CC AA que no encontrarían justificación alguna para legislar en materia civil, ya que ni eran territorios forales ni existe una costumbre jurídicamente vinculante preexistente a la CE. Esto no ha impedido, sin embargo, que algunas de esas CC AA hayan promulgado normas civiles. La regulación de las

⁴⁹ Se ha mantenido que la existencia en el pasado de algún Derecho foral bastaría para que pudiera existir la competencia en materia de Derecho civil por parte de la Comunidad Autónoma. *Vid.* la referencia a este debate en M^ºE. Zabalo Escudero, "Pluralidad legislativa..." *loc. cit.*, pp. 268-269.

⁵⁰ Resulta muy interesante en este sentido la exposición que realiza en este mismo tomo del *AEDIPr* J.J. Álvarez Rubio ("Hacia una vecindad civil vasca: la futura ley de Derecho Civil Vasco", *infra*, pp. 595-614) sobre la pervivencia de costumbres ancestrales que inspiran determinadas prácticas actuales que se aprovechan de figuras jurídicas ordinarias (capitulaciones, testamentos y ventas simuladas). La ya mencionada STC 121/1992 parece mantener que resulta exigible que la costumbre se haya mantenido hasta el presente para que sea posible la legislación autonómica (*vid.* FJ 2 de la Sentencia); pero podría abrirse la posibilidad de que la costumbre no se mantuviera como uso realmente vinculante, sino como mera práctica social, lo que, evidentemente, facilitaría la ampliación de las competencias autonómicas en materia de Derecho civil.

parejas de hecho ha sido aprovechada por las CC AA de Andalucía y de Madrid para introducir en su Derecho autonómico regulaciones que no pueden ser calificadas más que como civiles.

Se trata de un resultado que, aparentemente, no deja de ser sorprendente. Seguramente en el año 1978 no se pensaba que Madrid y Andalucía pasarían a ser territorios forales y, sin embargo, actualmente son Comunidades que cuentan ya con un embrión de Derecho civil, con normas que regulan las relaciones entre particulares estableciendo derechos y obligaciones en el ámbito privado. Quizás haya sido el descuido el que haya dado lugar a este resultado; pero no conviene pasarlo por alto ya que resulta también significativo, muestra de la tendencia a desarrollar el Derecho civil autonómico.

15. En las últimas décadas todas las CC AA, excepto la Región de Murcia, han regulado las uniones de hecho⁵¹. Se trata de una reacción a un fenómeno social cada vez más extendido que choca –la reacción– con la escasa atención que el legislador estatal ha dedicado al mismo fenómeno. La mayoría de las CC AA sin competencia en materia de Derecho civil mantuvieron la regulación en los límites del Derecho administrativo, sin entrar en la regulación de las relaciones entre los convivientes. Las CC AA con competencia en materia de Derecho civil, por el contrario, sí que entraron en la regulación de estas relaciones. Finalmente, las dos Comunidades señaladas, Andalucía y Madrid, pese a no tener competencia en materia de Derecho civil, introdujeron en su regulación de las uniones de hecho normas que no pueden más que ser consideradas como civiles.

⁵¹ En Andalucía, Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho; en Aragón la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (actualmente incluida en el Código del Derecho Foral de Aragón, *vid. supra*, nota nº 18); en Asturias, Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables; en Baleares, Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables; en Canarias, Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; en Cantabria, Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria; en Castilla La Mancha, Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; en Castilla-León, Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento; en Cataluña, Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (actualmente derogada por el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña); en Extremadura, Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; en Galicia, la Ley 2/2006, de 14 de junio de derecho civil de Galicia (Disposición Adicional Tercera); en Madrid, la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; en Navarra, la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables; en el País Vasco, la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho; en La Rioja, el Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja; en Valencia, la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la se regulan las uniones de hecho.

Así, el art. 4 de la Ley madrileña sobre uniones de hecho prevé que los integrantes de la pareja pueden establecer en escritura pública pactos sobre las relaciones económicas durante la convivencia y para su liquidación tras el cese de ésta. Se establecen algunos contenidos posibles de tales pactos, así como de su eficacia (*rectius*, no eficacia) frente a terceros. También se establece la presunción de que, a falta de pactos, los miembros de la unión contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas de la unión en proporción a sus ingresos⁵². El segundo párrafo del art. 10 de la Ley andaluza, por su parte, se ocupa de la capacidad de las partes para realizar ciertos pactos que afectan a las relaciones durante la convivencia y tras su cese⁵³.

16. La existencia de estas normas civiles en CC AA que carecían de cualquier tipo de Derecho foral o especial no es solamente una curiosidad (Madrid, territorio foral ¡quién lo diría!) sino muestra de algunas características relevantes de la pluri-legislación en España. Así, en primer lugar, es muestra de cómo la imitación de unas Comunidades a otras puede conducir a normas que, siendo perfectamente adecuadas a las competencias de una Comunidad no lo son en otra. La adecuada consideración de las diferencias entre las competencias que tiene atribuida una y otra Comunidad son relevantes. Más allá de ello es preciso considerar que dado que en España el sistema de control de constitucionalidad está centralizado en el TC puede suceder que normas objetivamente inconstitucionales como las que acabamos de señalar no son expulsadas del ordenamiento, de la misma forma que también podemos encontrarnos con que son declaradas inconstitucionales normas de una determinada Comunidad Autónoma mientras que normas equivalentes de

⁵² “Art. 4. *Regulación de la convivencia*. 1. Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese. 2. Los pactos a que se refiere el número anterior podrán establecer compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto a la situación anterior. Tales compensaciones habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código civil. 3. A falta de pacto se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la unión contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas de ésta en proporción a sus recursos. 4. Serán nulos y carecerán de validez los pactos contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos. Asimismo, serán nulos los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes. 5. En todo caso los pactos a que se refiere este artículo, estén o no inscritos en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, sólo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrán perjudicar a terceros”.

⁵³ Art. 10.2º “En cualquier caso las parejas podrán, en el momento de su inscripción, establecer el régimen económico que mantendrán tanto mientras dure la relación, como a su término. Los pactos que acordaran podrán establecer compensación económica cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes, en relación a la posición del otro y que suponga una merma con respecto a su situación previa al establecimiento de la convivencia”.

otra Comunidad Autónoma permanecen en el ordenamiento jurídico⁵⁴. Todo esto contribuye a hacer el sistema complejo y confuso, una de las características que han sido destacadas por la doctrina que se ha ocupado del análisis de la plurilegislación en España, tal como ya se ha señalado.

Por otra parte, estas regulaciones son también otra muestra de la tendencia al desarrollo de los Derechos civiles propios, tendencia que se conectan con las que favorecen la descentralización y que justificarían la atribución de competencias en materia de Derecho civil a las CC AA ya no por razones históricas, sino por las ventajas que supone la existencia de una pluralidad de fuentes de regulación que compiten y se relacionan entre sí⁵⁵. Se trata, además, de una línea evolutiva que tiene raíces profundas, pues entronca con la generalizada tendencia a la descentralización que se aprecia en varias regiones del Mundo y, especialmente, en España⁵⁶.

II. Articulación de los Derechos civiles españoles

1. *El modelo constitucional*

17. En los epígrafes anteriores se ha intentado mostrar cómo las regulaciones parciales vigentes en el año 1978 tienden a convertirse en sistemas completos, lo que, probablemente, convierte en inadecuadas las soluciones que se habían dise-

⁵⁴ Vid. A. Lamarca i Marquès/V. Casado i Pérez, “Comparativa entre les reformes dels Estatuts d’Autonomia de Catalunya i d’Andalusia”, *Indret*, 2007, nº 1 (http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1144&pdf=561_es.pdf). En este trabajo se realiza un estudio comparativo de los Estatutos de Cataluña y de Andalucía llegando a la conclusión de que un buen número de artículos de ambos Estatutos son idénticos o equivalentes, lo que no impidió que unos fueran impugnados ante el TC (los del Estatuto catalán) y no los equivalentes del Estatuto andaluz. Así, por ejemplo, ha sido declarado inconstitucional el art. 97 del Estatuto catalán (“El Consejo de Justicia de Cataluña es el órgano de gobierno del poder judicial en Cataluña. Actúa como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio de las competencias de este último, de acuerdo con lo previsto en la LOPJ”) y, sin embargo, ningún recurso se ha planteado contra el art. 144.1º Estatuto de Autonomía de Andalucía, cuyo tenor es el siguiente: “El Consejo de Justicia de Andalucía es el órgano de gobierno de la Administración de Justicia en Andalucía, de acuerdo con lo previsto en la LOPJ”. Igualmente, se han declarado inconstitucionales las letras a), b), c) y d) del art. 98.2º del Estatuto de Autonomía de Cataluña y no el precepto equivalente en el Estatuto de Autonomía de Andalucía (art. 144.4º). La total correlación entre los Estatutos andaluz y catalán en este punto puede constatare en la publicación mencionada de A. Lamarca i Marquès y V. Casado i Pérez, p. 11.

⁵⁵ Vid. J.-M. Scholz, “La reterritorialización contemporánea del Derecho civil español”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986, t. III, pp. 281–342, pp. 314 ss; R. Arenas García, “Derechos forales...”, *loc. cit.*, p. 107.

⁵⁶ Vid. R. Arenas García, “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-Gasteiz 2007*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2008, pp. 19–94 (también en http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2007/2007_1.pdf), pp. 47–52 y referencias allí contenidas.

ñado para la articulación de los Derechos forales y el denominado Derecho común. A continuación describiremos brevemente el modelo constitucional para, seguidamente, detenernos en las disfunciones de dicho modelo y la forma en que se están abriendo brechas en dicho modelo constitucional, brechas forzadas probablemente por la presión que sobre dicho modelo ejercen los cada vez más completos Derechos civiles autonómicos.

18. Los elementos fundamentales en el modelo constitucional de articulación de los diferentes Derechos civiles españoles son, por una parte, el principio de unidad de la jurisdicción (del que nos ocuparemos en el epígrafe III) y, por otra parte el monopolio estatal en la elaboración de normas de conflicto de leyes; esto es, en la resolución de los conflictos entre los distintos Derechos civiles españoles. Como es sabido, la interpretación de esta competencia exclusiva no es absolutamente clara⁵⁷; pudiendo dudarse sobre si excluye totalmente que el legislador autonómico pueda delimitar el ámbito de aplicación del propio Derecho⁵⁸. Dejando abierta esta duda, parece claro que la CE reserva al legislador estatal, como ya hacía la Constitución de 1931⁵⁹, la resolución de los conflictos que pudieran plantearse entre los distintos Derechos españoles; esto es, en caso de que surja el conflicto –y es en la determinación de cuándo se produce el conflicto para lo que resulta relevante concretar si el legislador autonómico puede delimitar el alcance de su propio Derecho– será el legislador estatal el que lo resuelva, de forma que no existan dudas en cada caso sobre cuál es el Derecho español aplicable.

Si consideramos la visión más extrema, más pura (y probablemente la más cercana a la literalidad del art. 149.1.8º CE y al planteamiento de los legisladores de 1978), resultaría que la competencia de los legisladores autonómicos se limitaría a los supuestos puramente internos, aquellos que se encuentran vinculados en todos sus elementos relevantes con la Comunidad Autónoma. El legislador estatal sería, por su parte, el único competente para regular los supuestos pluriconectados⁶⁰, si bien su regulación tendría que limitarse a la determinación del Derecho español que resultaría aplicable. Esta determinación debería hacerse

⁵⁷ Vid. A. Font i Segura, *op. cit.*, pp. 83–88 y referencias allí contenidas.

⁵⁸ Vid. S. Álvarez González, *op. cit.*, pp. 15–43.

⁵⁹ Cf. el art. 15 de la Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931: “Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: 1ª. Legislación penal, social, mercantil y procesal, y en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos, personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España (...)”

⁶⁰ Cf. A. Arce Janáriz, “Normas sobre Derecho aplicable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REDC*, 1989, año 9, nº 25, pp. 89–113, p. 101.

respetando la igualdad entre todos los Derechos españoles, lo que exigiría que tal determinación se hiciera por medio de normas de conflicto neutras, fundamentadas únicamente en el principio de proximidad⁶¹. De esa forma el sistema descansaría en el equilibrio entre la completa competencia estatal para la regulación de los supuestos heterogéneos y la limitación que tendría el Estado para regular tales supuestos. Cada Derecho civil español vería garantizado un ámbito de aplicación apropiado a partir de un sistema de Derecho interregional en el que cada supuesto quedaría idealmente regulado por el Derecho español que le resultara más próximo.

19. El problema que plantea el modelo anterior es que impide a los legisladores autonómicos ocuparse de las regulaciones heterogéneas; en este modelo el legislador autonómico regula únicamente los supuestos homogéneos, todos los supuestos heterogéneos quedan excluidos de su competencia, y tales supuestos heterogéneos solamente se verán afectados por la normativa autonómica de forma indirecta, por intermedio de las normas de conflicto estatales que articulan las relaciones entre los distintos Derechos civiles españoles.

Esta limitación de los Derechos civiles autonómicos podría, quizás, no plantear excesivos problemas cuando tales Derechos civiles se reducían a regulaciones parciales; pero puede ser fuente de alguna dificultad cuando tales Derechos aspiran a ser ordenamientos completos. En la actualidad, además, la importancia cuantitativa de los supuestos heterogéneos es mayor que hace tan sólo unas décadas, por lo que, en general, se aprecia un mayor interés en su regulación por parte del legislador material⁶². En definitiva, es lógico que un sistema que se fundamenta en la competencia exclusiva del Estado para la regulación de los supuestos heterogéneos no resulte el más adecuado para articular Derechos con vocación de plenitud; o, dicho de otra forma, la tendencia hacia la conversión en auténticos ordenamientos jurídicos de algunos Derechos autonómicos provoca ciertas tensiones en el modelo constitucional de articulación entre los distintos Derechos civiles españoles.

2. Normas de conflicto en los Derechos civiles españoles

20. Tal como se indicaba en el epígrafe anterior, una de las claves del modelo constitucional de articulación de los Derechos civiles españoles es la competencia exclusiva del Estado en materia de normas de conflicto de leyes. De acuerdo con una interpretación literal de dicha competencia, las CC AA no pueden elaborar normas de conflicto, lo que afectaría tanto las normas de conflicto bilaterales

⁶¹ Muy claro a este respecto el Voto Particular del Magistrado del TC J.D. González Campos a la STC 226/1993, de 8 de julio. *Vid.* también S. Álvarez González, *op. cit.*, p. 50.

⁶² *Vid.* R. Arenas García, "El Derecho internacional privado...", *loc. cit.*, p. 87.

como las normas de conflicto unilaterales⁶³. Sucede, sin embargo, que en los Derechos civiles autonómicos nos encontramos con normas que delimitan unilateralmente su ámbito de aplicación. Estas normas constituyen una distorsión significativa en el sistema cuya interpretación plantea algunos problemas relevantes⁶⁴.

21. Pese a que tales normas no responden al modelo constitucional no es ilógica su existencia. Hay que tener en cuenta que la plurilegislación española actual tiene como antecedente una situación en la que distintos sistemas jurídicos completos convivían en lo que ahora es España. Cada uno de tales sistemas disponía, presumiblemente, de su propio sistema de normas de conflicto⁶⁵. No es extraño, por tanto, que en el Derecho foral conservado tras la codificación se incluyesen normas de conflicto de leyes que delimitasen el ámbito de aplicación de algunas de las instituciones forales. Tales normas operarían como reglas especiales respecto a las normas generales de Derecho interregional y aunque la aplicación del sistema podría presentar alguna complejidad resultaría una opción posible; quizás no excesivamente coherente con la existencia de una jurisdicción única; pero posible al fin y al cabo. Tales normas, además, al ser Derecho estatal no estarían afectadas por ninguna posible inconstitucionalidad derivada de la competencia exclusiva del Estado en materia de conflictos de leyes. Los diferentes Derechos forales eran Derecho estatal con anterioridad a su transformación en Derecho autonómico⁶⁶ y, por tanto, las normas de conflicto que pudieran incluir se ajustaban al reparto de competencias entre Estado y CC AA.

⁶³ La mayoría de la doctrina sostiene esta posición, cf. A. Font i Segura, *op. cit.*, pp. 95–96 y referencias en notas nº 198 y 199.

⁶⁴ Vid. A. Font i Segura, *op. cit.*, pp. 97 ss. Sin entrar en el análisis de los diversos ejemplos existentes (para lo que me remito a la obra de A. Font i Segura que se acaba de citar), quisiera destacar que estas normas unilaterales se encuentran también en el denominado Derecho común. En concreto, el art. 733 Cc debe ser considerado como una norma que afecta únicamente al mencionado Derecho común y no al conjunto del ordenamiento español, *ibidem.*, p. 101 y con más claridad en A. Font i Segura y S. Orriols i García, “Reflexions en torn a la rescissió per lesió en dret interregional”, *RJC*, 1997–3, año XCVI, pp. 767–793, p. 780, nota nº 41.

⁶⁵ Vid. G.A. Tell Lafont, “Notas sobre la teoría de los estatutos en la antigua jurisprudencia catalana”, *RJC*, 1954, año LIII, vol. XXI, pp. 215–225 y 311–326, pp. 313 ss; J. Lalinde Abadía, “De la nacionalidad aragonesa a la regionalidad”, *ibid.*, 1973, año LXXII, nº 3, pp. 537–580, pp. 571–580. La existencia de una tradición específicamente aragonesa no positivizada sobre “los estatutos personal y formal” es afirmada por L. Franco y López, *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer*, Zaragoza, Imprenta del Hospicio Provincial, 1886, pp. 107–108. Vid. también los arts. 2 a 7 del Proyecto de Código de Derecho civil aragonés (*ibid.*, pp. III–IV) donde se incluye un auténtico sistema de Derecho conflictual aragonés.

⁶⁶ Cf. A. Arce Janáriz, *Constitución y Derechos civiles forales*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 106–108; vid. también, R. Arenas García, “Derechos forales...”, *loc. cit.*, p. 103 y esp. nota nº 35.

La valoración de la constitucionalidad de estas normas podría variar tras la transformación de la normativa foral en Derecho autonómico. Tal como ya se ha apuntado, la mayoría de la doctrina interpreta que estas normas autonómicas vulneran la competencia exclusiva del Estado en materia de conflictos de leyes, resultando incompatibles con el modelo constitucional que, como hemos visto, parte de un sistema uniforme de Derecho interregional⁶⁷. Ahora bien, también es preciso considerar que la situación anterior a la CE era, en este punto, sensiblemente diferente a la que recoge la Constitución, ya que, como se ha visto, se admitía que los Derechos forales conservasen parte de las normas que habían configurado históricamente su propio sistema conflictual. Evidentemente, esta consideración no puede modificar en un ápice la tacha de inconstitucionalidad de tales normas; pero creo que debe ser destacado que en este punto la CE supuso un cierto retroceso para los Derechos forales respecto a la situación anterior: el Derecho denominado hasta entonces foral dejaba de ser competencia del Estado para pasar a ser competencia autonómica; pero se le amputaba de forma definitiva la posibilidad de regular los conflictos de leyes. Me parece que no ha sido destacado suficientemente este aspecto que resulta relevante para la comprensión de la evolución posterior de los Derechos autonómicos⁶⁸.

22. Las normas autonómicas que delimitan el ámbito de aplicación de los Derechos civiles españoles pueden responder también (sin que, de nuevo, esta explicación se convierta en justificación o en exoneración de la consideración de tales normas como inconstitucionales) a la desidia del legislador estatal, que no mantiene aún un sistema de Derecho interterritorial que no responde plenamente al modelo constitucional y que resulta insuficiente dado el desarrollo actual de los Derechos civiles propios de algunas CC AA.

La falta de adecuación del sistema vigente a las exigencias constitucionales es patente si consideramos que no se consigue plenamente la igualdad entre todos los Derechos civiles españoles⁶⁹; y no sólo por la vía de prever explícitamente la aplicación del denominado Derecho común en ciertos casos en los que las normas de conflicto no permiten identificar un Derecho español aplicable; sino también por la existencia de ciertas normas de conflicto que, indirectamente, hacen prevalecer a ciertos Derechos españoles sobre otros⁷⁰. Resultaría, por tan-

⁶⁷ Cf. A. Font i Segura, *op. cit.*, p. 83.

⁶⁸ Sí que fue certeramente señalado por O. Casanovas y La Rosa, "El Derecho interregional desde una nueva perspectiva", *REDI*, vol. XXXIX, n° 2, 1987, pp. 477-486, esp. p. 481.

⁶⁹ Como es sabido, la STC 226/1993 admitió que en aras de garantizar la seguridad jurídica era posible en ciertas circunstancias dotar de preferencia a un Derecho civil español sobre los demás. *Vid.* A. Font i Segura, *op. cit.*, pp. 89-90.

⁷⁰ *Vid.* A. Font i Segura, "La sucesión hereditaria en el Derecho interregional", *ADC*, 2000, fasc. I, pp. 23-81; *id.*, "Una nova etapa...", *loc. cit.*, epígrafe II.2; *vid.* también S. Álvarez González, *op. cit.*, pp. 52-62.

to, exigible que el legislador estatal abordara una regulación del Derecho interterritorial español que partiese de la necesaria igualdad entre todos los Derechos españoles, tanto en la búsqueda de las soluciones de cierre como en la concreción de los puntos de conexión que se utilizasen.

Además, el sistema resulta insuficiente, dado que existen instituciones que han sido reguladas en diferentes Derechos españoles (aunque no en el denominado Derecho común) y para las que se carece de norma de conflicto en el Derecho interterritorial. El ejemplo más claro de esta carencia son las uniones de hecho o figuras equivalentes, reguladas en la totalidad de las CC AA con competencias en materia de Derecho civil pero que carecen de regulación conflictual. Esta carencia es manifestación de una desidia inexcusable del legislador estatal⁷¹ que explicaría, aunque no justificaría, que algunos legisladores autonómicos hubiesen introducido en sus leyes sobre parejas de hecho la determinación de a qué supuestos heterogéneos se aplicarían dichas leyes⁷².

23. En definitiva, las normas autonómicas que delimitan el ámbito de aplicación territorial o personal de los Derechos civiles españoles son un elemento de distorsión en el sistema que es muestra de varias de los problemas que afronta. Así, es indicio de los déficits del legislador estatal, que no ofrece una normativa de Derecho interterritorial ajustada a las exigencias constitucionales y al desarrollo material de los Derechos civiles españoles; al mismo tiempo es muestra de cómo el modelo constitucional no ha podido imponer los límites que seguramente pretendía a unos sistemas que históricamente habían sido completos (incluyendo, por tanto, las normas de conflicto de leyes) y que actualmente pugnan por volver a ser sistemas completos; lo que, inevitablemente, conllevaría que no podrían desentenderse de la regulación directa y específica de, al menos, algunas situaciones conectadas con más de un Derecho español.

La tendencia a la complitud de los Derechos civiles autonómicos incide también en el análisis de la constitucionalidad de estas normas autonómicas, reduciendo el alcance de interpretaciones que permitirían salvar la constitucionalidad de estas normas, tal como se expondrá a continuación.

Tal como se ha indicado, la mayoría de la doctrina entiende que las normas a las que nos referimos son inconstitucionales por vulnerar la competencia exclusiva del Estado en materia de conflictos de leyes; hay que aclarar, sin embargo,

⁷¹ Vid. A. Font i Segura, *op. cit.*, pp. 101-103.

⁷² Así sucedía en la Ley Catalana de Uniones Estables de Pareja de Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio, actualmente derogada por la entrada en vigor del Libro Segundo del Código Civil de Catalunya); en la Ley Navarra (Ley Foral 6/2000 para la igualdad jurídica de las parejas estables), en Baleares (Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables); y en el País Vasco (Ley 2/2003, reguladora del régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho); vid. A. Font i Segura, *op. cit.*, p. 102.

que la mayoría de estas normas no son normas de conflicto bilaterales⁷³, y en ocasiones ni siquiera normas de conflicto unilaterales en un sentido estricto o normas de extensión⁷⁴, sino preceptos que, en su literalidad, delimitan el ámbito de aplicación territorial o personal de una determinada ley o normativa⁷⁵.

El análisis de la constitucionalidad de estas normas debe partir de la consideración de que, en cualquier caso, tan sólo resultarán aplicables cuando el sistema estatal de Derecho interterritorial designe al ordenamiento autonómico que las ha producido⁷⁶. Teniendo esto en cuenta resultará que tales normas resultarán ineficaces para extender la aplicación del Derecho propio más allá de lo establecido por la normativa estatal, ya que en tales casos la norma autonómica ni siquiera será consultada. Ahora bien, esto no implica que estas normas no puedan tener alguna virtualidad, que se cifraría en la no aplicación del Derecho designado por la norma de conflicto estatal en aquellos casos en los que dicho Derecho no tuviera vocación de ser aplicado. Solamente en estos supuestos nos podríamos encontrar con una auténtica antinomia entre la norma estatal y la norma autonómica, ya que una exigiría la aplicación de un determinado Derecho mientras que la otra excluiría tal aplicación.

La antinomia, sin embargo, no sería tal si consideramos estas normas como simples normas de delimitación interior, que excluyen la aplicación de la ley o

⁷³ La excepción la encontramos en el Fuero Nuevo de Navarra (*vid.*, *v.gr.*, su art. 148, en el que se incluye una norma de conflicto que somete la validez formal de las donaciones y actos de disposición *mortis causae* la ley personal del disponente en el momento del otorgamiento); pero hay que tener en cuenta que dicho Fuero no fue nunca transformado en Derecho autonómico (*vid. supra*, nota nº 22).

⁷⁴ De nuevo aquí el Fuero Nuevo de Navarra es fuente de excepciones; *vid.*, *v.gr.*, su art. 185, del que se deriva la imperativa aplicación del Derecho navarro a los testamentos otorgados en Navarra (“En los testamentos otorgados en Navarra los testigos deberán ser idóneos y rogados”); o el art. 200, que permite que los navarros otorguen testamento de hermandad tanto en Navarra como fuera de ella, tanto en España como en el extranjero. Pueden consultarse más ejemplos en A. Font i Segura, *op. cit.*, pp. 98–101.

⁷⁵ Así sucede en las regulaciones autonómicas de las parejas de hecho, *vid.* A. Font i Segura, *op. cit.*, pp. 101–102.

⁷⁶ *Vid.* sin embargo, STS (Sala Civil) 11 de marzo de 2010 (*Aranzadi Westlaw*, RJ 2010\2343), en la que se exceptuó la Ley aplicable a la sucesión determinada por la vecindad civil del causante sobre la base de lo preceptuado en el art. 23 Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco. Para una crítica a esta Sentencia *vid.* A. Font i Segura, “Una nova etapa...”, *loc. cit.*, epígrafe II.2. De acuerdo con este autor esta sentencia “és un bon exemple de la perversió del sistema de Dret interterritorial actualment vigent. Primer, perquè mostra que la solució proporcionada per la norma de conflicte estatal en matèria successòria, l'article 9.8º Cc, no resulta satisfactòria perquè no preveu una institució pròpia del Dret biscaí i, per tant, ni s'ajusta ni serveix a la funció que representa que havia d'acomplir. Segon, perquè s'aplica una norma unilateral basca, malgrat que es tracta d'un supòsit interterritorial i, si seguim la jurisprudència constitucional, l'únic legislador que té competència exclusiva per a resoldre els conflictes de lleis és l'estatal. Tercer, perquè il·lustra no només la perversió de la inactivitat legislativa estatal, sinó també la disfuncionalitat de la sobreactuació legislativa autonòmica”.

conjunto normativo al que se refieren, no de todo el ordenamiento⁷⁷. De acuerdo con esto resultaría que en los casos en los que el Derecho autonómico debiera aplicarse por voluntad de la normativa estatal y dicha aplicación se excluyera por la norma de delimitación autonómica finalmente lo que se acabaría aplicando es la normativa de subsidiaria aplicación a la excluida; que o bien podría ser la normativa autonómica genérica, cuando se excluyera tan sólo la aplicación de una normativa específica⁷⁸, o bien el Cc como norma de aplicación subsidiaria en toda España (para aquellos casos en los que lo se excluyera es la aplicación del conjunto de la normativa civil autonómica). Entendida así, como norma de delimitación interior, la normativa autonómica no es inconstitucional, pues en ningún caso se confunde su función con la que ejerce la norma de conflicto de leyes. Desde mi perspectiva esta es la interpretación que se ha de acoger, pues siempre habrá de preferirse la interpretación que permita mantener la constitucionalidad de la norma.

24. La interpretación que aquí se mantiene no está exenta de problemas, puesto que admite que los legisladores autonómicos puedan regular de una forma diferenciada los supuestos homogéneos y los heterogéneos, e, incluso que establezcan regulaciones diferenciadas en función del tipo de heterogeneidad que se da, lo que ha sido considerado como discriminatorio⁷⁹. Por mi parte no creo que este sea un obstáculo insalvable ya que el carácter plurilegislativo del Estado español lleva ínsita la posibilidad de que los mismos supuestos reciban una regulación diferente en función de circunstancias tales como la vecindad o la residencia de las partes o cualquier otra circunstancia que conecte el caso con alguno de los Derechos españoles⁸⁰ y no creo que constitucionalmente se reserve al legislador estatal la capacidad para establecer regulaciones diferenciadas en función de las conexiones que el caso presente con distintos ordenamientos; el legislador estatal tiene la competencia exclusiva en materia de conflictos de leyes; pero tal competencia no va más allá de determinar qué Derecho español ha de regir el caso, sin incidir en la forma en que tal Derecho regule el caso.

Ahora bien, aquí no me interesa tanto debatir sobre la constitucionalidad o no de las normas que delimitan el ámbito de aplicación del propio Derecho como destacar que el debate sobre tal constitucionalidad y las diferentes interpretacio-

⁷⁷ Interpretación que ya defendí hace más de diez años en materia de protección de menores, *vid.* R. Arenas García, "Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley", *RJC*, 1998, n° 4, pp. 349–385, p. 383. Esta interpretación ha sido mantenida también por otros autores, *vid.* las referencias en A. Font i Segura, *op. cit.*, p. 104, nota n° 224.

⁷⁸ La ley de parejas de hecho, por ejemplo.

⁷⁹ *Cf.* A. Font i Segura, *op. cit.*, p. 105.

⁸⁰ Así estableció la STC 236/2000, de 16 de octubre, *vid.* S. Álvarez González, *op. cit.*, pp. 45 ss.

nes posibles de tales normas están también condicionadas por el carácter completo o parcial de los Derechos civiles autonómicos. Si tales Derechos se limitaran a regular determinadas instituciones, sin llegar a constituir un auténtico sistema y asumiendo la aplicación subsidiaria del Cc no plantearía excesivas dificultades mantener que en determinados supuestos la norma autonómica descartase su aplicación, prefiriendo en tales supuestos la aplicación del Derecho común para todo el Estado.

Cuando los Derechos civiles autonómicos se convierten (o tienden a convertirse) en ordenamientos completos con su propia regulación de las fuentes del Derecho orientada a la autointegración del sistema la interpretación anterior, si bien mantiene su validez formal, plantea el problema de que, en la práctica, supone privar de eficacia alguna a tales normas, ya que la exclusión de la aplicación de la norma o del conjunto del Derecho legislado no abrirá la puerta al Cc, sino que dará entrada a la utilización de la costumbre o los principios generales del Derecho propio⁸¹, con lo que difícilmente se podrá llegar a una solución diferente de la que se mantiene en la norma inaplicada, ya que al menos será considerada como indicio para la identificación de los principios generales del sistema. En definitiva, tales normas se convierten en inútiles para dotar de una regulación específica a los diferentes supuestos en función de su heterogeneidad. Quizás esta inutilidad explique que el legislador autonómico haya iniciado el camino para eliminar tales normas de sus ordenamientos⁸².

III. El fraccionamiento de la jurisdicción

1. El principio de unidad de jurisdicción

25. El principio de unidad de jurisdicción que recoge la CE en su art. 117 resulta especialmente relevante para la articulación de la plurilegislación en Espa-

⁸¹ Vid. el art. 1 Código del Derecho Foral de Aragón (*supra*, nota nº 18); el art. 111.1º Código Civil de Cataluña (*vid. supra*, nota nº 16); el art. 1 Ley de Derecho Civil de Galicia (*vid. supra*, nº 17); el art. 2 Fuero Nuevo de Navarra (*vid. supra*, nota nº 22); art. 1 Ley de Derecho Civil del País Vasco (*vid. supra*, nota nº 22). En Baleares los principios generales del Derecho no son fuente del Derecho, aunque la aplicación del Derecho estatal deberá hacerse teniendo en cuenta tales principios (*vid. art. 1.3º* Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears (*vid. supra*, nota nº 22): “En defecto de Ley y costumbre del Derecho balear se aplicará supletoriamente el Código Civil y demás leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico”).

⁸² La Ley de Parejas de Hecho de Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio) incluía una norma sobre su ámbito de aplicación personal, de acuerdo con la cual solamente se aplicaba si uno de los miembros de la pareja tenía vecindad civil catalana (arts. 1.1º y 20.2º de la Ley) Esa Ley ha sido derogada por el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña que ya no incluye ninguna norma que determine su ámbito de aplicación personal.

ña⁸³. Dicho principio impide que los Jueces y Tribunales españoles puedan ser considerados como órganos de alguno de los Derechos autonómicos. La unidad de jurisdicción exige que todos los órganos jurisdiccionales españoles lo sean de un único ordenamiento; este ordenamiento ha de ser el formado por el conjunto de los Derechos españoles, articulados a partir de la Constitución⁸⁴. De esta forma, todos los órganos jurisdiccionales españoles han de estar vinculados de igual forma a todos los Derechos españoles, con independencia del lugar en el que se encuentre la sede del órgano jurisdiccional.

Consecuencia de lo anterior es que la *lex fori* de los jueces y tribunales españoles es la determinada por el ordenamiento español entendido como suma del Derecho producido por el Estado central y los Derechos autonómicos. Esta consideración, pese a resultar evidente, no es asumida plenamente por la práctica jurídica, como muestra, por ejemplo, la innecesaria advertencia del art. 16.1.2º Cc al excluir la aplicación del art. 12.1º Cc en materia de calificación para los conflictos internos. Esta exclusión parece asumir que la ley española a la que se refiere el art. 12.1º Cc es el Derecho común y no, como debiera entenderse a partir del principio de unidad de jurisdicción, el ordenamiento español en su conjunto⁸⁵. Si se admitiera que el Derecho al que se refiere el art. 12.1º Cc es la suma de todos los Derechos españoles, y que tal Derecho es utilizado a efectos calificatorios de forma matizada (calificación funcional)⁸⁶; no debería existir

⁸³ Para un desarrollo más extenso de las relaciones entre unidad de jurisdicción y pluralidad del Derecho privado español me remito a mi trabajo "Pluralidad de Derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español", en A. Font i Segura (ed.), *La aplicació del Dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Barcelona, Atelier, 2011 (en prensa).

⁸⁴ No resultaría apropiado considerar que los órganos jurisdiccionales lo son del Estado central (*vid.* sin embargo I. Díez-Picazo Giménez, "Art. 117", en M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, *Comentarios a la Constitución Española XXX Aniversario*, Madrid, Wolters Kluwer, 2009, pp. 1827–1850, p. 1845; donde se sostiene que la jurisdicción se vincula al Estado central). Mantener esta vinculación con el Estado central implicaría que la relación que mantiene el Juez con el Derecho denominado común es diferente de la que mantiene con otros Derechos españoles, lo que no es compatible con el principio de igualdad entre los diferentes Derechos españoles al que ya nos hemos referido.

⁸⁵ *Vid.* M^a.E. Zabalo Escudero, "Art. 16, apartado 1", en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 1259–1282, p. 1275. *Vid.* también A. Font i Segura, *op. cit.*, p. 138, donde se indica que la exclusión del art. 12.1º Cc en el art. 16.1.2º Cc puede ser debida a que el legislador pensara que en el ámbito interregional no pueden darse problemas calificatorios al estar todos los Derechos integrados en un único ordenamiento. La calificación a partir del Cc es claramente rechazable, *cf.* A. Borrás Rodríguez, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁶ *Vid.* S. Álvarez González, "Art. 12, apartado 1", en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, pp. 842–880, pp. 868–874; en el ámbito específico del Derecho interregional *vid.* A. Font i Segura, *op. cit.*, pp. 134–135. Esta fue también la propuesta en Yugoslavia, *vid.* A. Borrás Rodríguez, *op. cit.*, p. 27. Esta autora se muestra, sin embargo, contraria a una calificación unitaria en el Derecho interregional (*ibid.*, p. 30) y opta por una calificación *ex lege causae*.

inconveniente para que fuera utilizado también en los conflictos de leyes internos. Es más, sería difícil encontrar una alternativa a la utilización de tal Derecho para la calificación⁸⁷.

26. La concreción de esta calificación basada en la consideración de todos los Derechos españoles no dejará, evidentemente, de plantear problemas; pero no parece que exista otra solución si se pretende mantener la igualdad de los Derechos españoles y la igualdad de soluciones con independencia del Juez que conozca, principio éste último estrechamente vinculado a la unidad de jurisdicción, tal como veremos enseguida. En cualquier caso, conviene destacar esta exigencia pues no es desconocida en nuestra práctica jurídica una inadecuada tendencia a identificar el Derecho español con el denominado Derecho común, lo que resulta incompatible con los principios básicos de articulación de la plurilegislación en materia de Derecho privado.

Esta tendencia a la identificación entre Derecho español y Derecho común se aprecia tanto en la jurisprudencia como en la doctrina e, incluso, en la legislación. En lo que se refiere a ésta última llama la atención que, en ocasiones, al regular determinadas instituciones se tenga en cuenta únicamente el denominado Derecho común, y no el resto de Derechos civiles españoles⁸⁸. La jurisprudencia también ofrece ejemplos en los que se obvia la existencia de Derechos españoles diferentes del contenido en el Cc⁸⁹; y en la doctrina es posible encontrar casos en los que se identifica Derecho español con Derecho común⁹⁰. Se trata en todos los supuestos de una indebida reducción del ordenamiento español a uno de sus componentes, el denominado Derecho común, que afecta a la articulación de los diferentes Derechos españoles y, en lo que ahora nos afecta, oscurece uno de los elementos esenciales del principio de unidad de jurisdicción: la identificación de la *lex fori* con el Derecho español en su conjunto, sin que tal *lex fori* pueda identificarse ni con el Derecho común ni con ninguno de los Derechos autonómicos. Solamente a partir de esta consideración será posible mantener una igual vinculación del Juez español con todos

⁸⁷ Vid. A. Font i Segura, *op. cit.*, pp. 141–142 y referencias allí contenidas.

⁸⁸ Vid., v.gr., A. Font i Segura, *op. cit.*, pp. 101 y 164; R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, p. 303. La Administración tampoco es excesivamente sensible a este tema. Recientemente hemos podido comprobar cómo la DGRN obviaba cualquier referencia a los Derechos españoles diferentes del común en su Instrucción de 5 de octubre de 2020 (BOE, 7-X-2010, Aranzadi Westlaw, RCL\2010\2624).

⁸⁹ Vid., v.gr., SAP Palma de Mallorca (Sección 4ª) de 23 de diciembre de 1994, RGD, nº 615, 1995, pp. 14434–14437, REDI, 1996, vol. XLVIII, nº 2, pp. 302–303 y nota de R. Arenas García, *ibid.*, pp. 303–306, p. 305.

⁹⁰ Vid. E. Rodríguez Pineau, *Régimen económico internacional. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, pp. 45 y 55.

los Derechos españoles, siendo esta igualdad necesaria para dar cumplimiento al principio de unidad de jurisdicción.

27. La unidad de jurisdicción implica, por tanto, que los jueces y tribunales españoles son órganos del ordenamiento español entendido como la suma del Derecho producido por el Estado central y el que ha sido creado por el legislador autonómico. De esta forma, ante cada caso que se le plantee el órgano jurisdiccional deberá determinar el Derecho español aplicable asumiendo que todos son Derechos propios, que todos se integran en su *lex fori*. Solamente de esta forma puede garantizarse que sea cual sea el órgano jurisdiccional español que conozca el resultado al que se llegue sea, idealmente, el mismo; esto es, la unidad de jurisdicción permitiría que, pese a la pluralidad de Derechos españoles, ante cada caso solamente una solución sea correcta; esto solamente es posible si, como acabamos de ver, todos los Derechos españoles se integran en la *lex fori* del Juez que conoce y, además, si todos los jueces aplican el mismo sistema de normas de conflicto de leyes. Es por esto que se ha afirmado que la unidad del sistema de conflicto de leyes es una exigencia del principio de unidad de jurisdicción⁹¹.

El principio de unidad de jurisdicción refuerza, por tanto, la reserva estatal en materia de normas de conflicto de leyes recogida en el art. 149.1.8º CE. Sería imposible mantener dicha unidad si cada Derecho civil español incluyera su propio sistema de normas de conflicto⁹². En esta situación acabaría resultando que las normas de conflicto que se acabaran aplicando serían, probablemente, las del Derecho del lugar en el que el Juez que conoce tiene su sede; pues si no ¿de

⁹¹ Cf. A. Font i Segura, *op. cit.*, p. 61; *id.*, “La pluralidad interna visita el reino del Derecho internacional privado”, *InDret*, 2009, nº 3, pp. 5–6. *Vid.* también *id.*, “Una nueva etapa...”, *loc. cit.* epígrafe II.1, donde se mantiene que la atribución de la competencia exclusiva del Estado en materia de normas de conflicto de leyes es coherente con la tradición constitucional española, “*concorda amb el principi d’unitat de jurisdicció ja que de l’existència d’una sola jurisdicció s’en segueix que el sistema conflictual ha de ser també unitari i, tercer, perquè la previsió constitucional és una projecció del principi d’unitat de l’ordenament espanyol*”.

⁹² El principio de unidad de jurisdicción no se opondría, sin embargo, a que cada Derecho español tuviese su propio sistema de normas de conflicto siempre que los conflictos que pudieran producirse entre unos y otros se resolviesen a partir de la consideración de las normas de conflicto estatales. Aunque aquí no podemos extendernos sobre este extremo es preciso señalar que el principio de unidad de jurisdicción exige un sistema de normas de conflicto estatal que se imponga, en su caso, a las normas de conflicto autonómicas; el que las CC AA no tengan competencia para elaborar normas de conflicto no se deriva ya del principio de unidad de jurisdicción, sino exclusivamente de la reserva a favor del Estado de la competencia exclusiva en materia de normas de conflicto de leyes. Sobre esto *vid.* R. Arenas García, “Pluralidad de Derechos...”, *loc. cit.*, epígrafe III.1. Sobre la posibilidad de un sistema de Derecho interregional “de dos escalones” resulta imprescindible el trabajo de S. Álvarez González “¿Derecho interregional civil en dos escalones?”, *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. 2, Madrid, 2002, pp. 1787–1808; trabajo también incluido en S. Álvarez González, *op. cit.*, pp. 15–43.

qué otra forma podría determinarse la norma de conflicto que habría de ser considerada? Ahora bien, llegados a este punto resultaría que sí se habría establecido una vinculación especial entre el juez y un determinado Derecho español, lo que supondría un inicial fraccionamiento de la *lex fori* que acabaría conduciendo, además, a que ante el mismo supuesto las soluciones variaran en función de la sede del órgano jurisdiccional que conoce, lo que implicaría el fraccionamiento de la jurisdicción española⁹³.

Tal como veremos a continuación, este fraccionamiento está comenzando a producirse o, al menos, se pone de manifiesto una cierta tendencia a vincular de una forma especial los órganos jurisdiccionales con el Derecho de la Comunidad Autónoma en la que tienen su sede; probablemente se trate de una tendencia natural, de una muestra de cómo cada ordenamiento con vocación de complitud pugna por lograr una jurisdicción propia⁹⁴; pero que tiene la suficiente trascendencia como para que sea objeto de atención específica.

2. Vigencia y aplicación preferente del Derecho autonómico

28. El ordenamiento jurídico de cada Comunidad Autónoma se vincula a su territorio⁹⁵, aunque dicha vinculación no tiene carácter absoluto; esto es, resulta posible que el Derecho de una Comunidad Autónoma regule supuestos que se encuentran conectados con otras CC AA, aunque para ello ha de darse o bien que el caso esté conectado territorialmente con la Comunidad Autónoma o bien que el supuesto se conecte personalmente con el ordenamiento de dicha Comunidad Autónoma; esta conexión personal con el ordenamiento autonómico permite lo que se ha dado en llamar eficacia extraterritorial del Derecho autonómico y que resulta especialmente relevante en materia de Derecho privado.

La determinación del alcance extraterritorial de los Derechos autonómicos ha planteado no pocos problemas en una variedad de materias; aquí, sin embargo, nos limitaremos a la consideración de estas cuestiones en relación a la aplicación de los diferentes Derechos civiles españoles por los órganos jurisdiccionales, y esta doble limitación, en función de la materia y de los aplicadores, simplificará el problema.

29. De acuerdo con el esquema constitucional que había sido descrito en el epígrafe II.1 anterior el Derecho civil autonómico regula en forma directa únicamente los supuestos que presentan vínculos únicamente con la Comunidad

⁹³ Para un desarrollo algo más extenso de estas cuestiones me remito al trabajo ya citado en la nota nº 83.

⁹⁴ Vid. R. Arenas García, "El Derecho internacional privado...", *loc. cit.*, p. 82.

⁹⁵ El art. 137 CE recoge el principio de territorialidad: "El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las CC AA que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses"

Autónoma de cuyo Derecho se trate. En el caso del Derecho civil común esta regulación directa opera respecto a los supuestos que se encuentran vinculados en su totalidad con CC AA que carecen de Derecho civil propio.

Tal como habíamos visto los supuestos que presentan conexiones con más de un Derecho español son regulados directamente por las normas de conflicto estatales para los conflictos internos, normas que determinan qué Derecho español ha de aplicarse. Esta determinación se hace por medio de puntos de conexión bien territoriales, bien personales. El punto de conexión básico para la resolución de los conflictos internos en el Derecho español es la vecindad civil, que conecta a cada nacional con un determinado Derecho civil español; cuando la norma de conflicto utiliza este punto de conexión la identificación del Derecho aplicable se hace mediante la determinación de la vecindad civil del sujeto relevante (el causante, el hijo, los cónyuges...), determinación que conduce directamente a alguno de los Derechos españoles.

Si el punto de conexión es territorial la concreción del Derecho aplicable tiene una naturaleza diferente⁹⁶. El punto de conexión identifica en cada caso un punto geográfico concreto; el Derecho que se aplica es el del Estado a cuyo territorio pertenece dicho punto geográfico; esto es, en cierto sentido el Derecho vigente en dicho territorio, entendida aquí vigencia a partir de criterios de Derecho internacional público. Dado que la práctica totalidad de las tierras emergidas pertenecen al territorio de algún Estado los problemas que plantea la utilización de los puntos de conexión territoriales en la dimensión externa del DIPr se limitan a aquellos casos en los que el punto de conexión nos conduce a un punto no sometido a ninguna soberanía (la Antártida, la alta mar, el espacio).

En los supuestos internos la aplicación de la norma de conflicto no puede resolverse de la misma manera, ya que los Derechos civiles autonómicos no tienen una vigencia “de Derecho internacional público”. Tal como se ha adelantado, todos los Derechos civiles españoles están en vigor en toda España, lo que es una consecuencia necesaria de la unidad de jurisdicción. Tal como mostró A. Arce Janáriz, desde un punto de vista formal todos los Derechos españoles tienen un alcance territorial que se extiende a todo el Estado (territorialidad formal)⁹⁷. Ahora bien, también puede identificarse una “territorialidad material” que afectaría a los supuestos regulados⁹⁸ y que resulta útil para la concreción del Derecho aplicable en las situaciones internas heterogéneas. Si tenemos en cuenta esta manifestación de la territorialidad resultará que el Derecho designado por la

⁹⁶ Se desarrolla esta idea en R. Arenas García, “Pluralidad de Derechos...”, *loc. cit.*, epígrafe III.2.

⁹⁷ Vid. A. Arce Janáriz, *CC AA y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 51–64. En realidad desde esta perspectiva formal el carácter obligatorio de la norma alcanza incluso a las autoridades españolas que actúan fuera de nuestro territorio (los cónsules, por ejemplo); cf. S. Álvarez González, *op. cit.*, p. 18, nota nº 4.

⁹⁸ Vid. A. Arce Janáriz, *ibid.*

norma de conflicto será el propio de la Comunidad Autónoma en que se ubica el punto geográfico designado por el punto de conexión. Si el punto de conexión nos conduce a una Comunidad Autónoma que carece de Derecho propio será aplicable el denominado Derecho común.

30. De acuerdo con lo anterior, la territorialidad del Derecho civil autonómico sería instrumental a la aplicación de la norma de conflicto reguladora de los supuestos internos heterogéneos; un mecanismo que permitiría la concreción de un Derecho español a través de los lugares identificados por el punto de conexión de la norma de conflicto. De acuerdo con esta aproximación la extraterritorialidad de los Derechos civiles autonómicos respondería al mismo fin: dicha extraterritorialidad permitiría la aplicación de los Derechos civiles autonómicos incluso a supuestos que no presentaran conexiones territoriales con la Comunidad Autónoma siempre que dicha aplicación fuera reclamada por medio de un punto de conexión personal (la vecindad civil).

Este carácter instrumental daría cuenta del auténtico sentido de las referencias a la territorialidad y a la extraterritorialidad del Derecho autonómico y que se incluyen en algunos Estatutos de Autonomía, tal como veremos a continuación, sin que tales referencias pudieran interpretarse como una vigencia formal del Derecho autonómico limitada al territorio de la propia Comunidad Autónoma. Esta vigencia limitada sería incompatible con el principio de unidad de la jurisdicción, toda vez que, como hemos visto, todos los jueces y tribunales españoles han de estar vinculados de igual forma por todos los Derechos españoles; esto es, no puede existir una vinculación especial con el Derecho de la Comunidad Autónoma en que tenga su sede el órgano jurisdiccional ni la aplicación de tal Derecho puede tener una naturaleza diferente a la de la aplicación de cualquier otro Derecho español. Es decir, el juez o tribunal con sede en Cataluña no aplica el Derecho catalán como Derecho propio y otros Derechos españoles como Derecho “ajeno”. El principio de unidad de jurisdicción impide llegar a este resultado que, sin embargo, ha sido defendido por varios autores⁹⁹.

Pese a la claridad con la que el principio de unidad de jurisdicción excluye que los órganos jurisdiccionales españoles se vinculen de forma especial con el

⁹⁹ Vid. F. Badosa i Coll, “Eficacia territorial de las normas”, *Comentaris sobre l'estatut d'autonomia de Catalunya*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 1988, vol. I, pp. 253–280, p. 272; E. Roca Trias, “L'Estatut i el dret civil”, *Jornades sobre l'estatut de Catalunya*, Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya/Col·legi d'advocats de Barcelona/Col·legi de Notaris de Catalunya/Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona/Facultat de Dret de la Universitat Autònoma de Barcelona/Càtedra “Duran i Bas” de Dret Català, 1980, pp. 27–38, pp. 36–38; J. Delgado Echeverría, “La potestad legislativa de la Generalidad de Catalunya”, *Jornades sobre l'estatut...*, *op. cit.*, pp. 39–56, p. 49. Sobre este planteamiento vid. P. Stadler, *Das interregionale Rech in Spanien*, Frankfurt del Meno, Peter Lang, 2008, pp. 32–33.

Derecho de la Comunidad Autónoma en que tienen su sede, esta vinculación que, como acabamos de ver, se defiende doctrinalmente; no puede ser rechazada como un mero error. Existen argumentos históricos y de Derecho positivo que apoyarían esta conclusión, advirtiéndose además una cierta tendencia a que tal vinculación alcance carta de naturaleza, cuestión de la que nos ocuparemos mínimamente en el siguiente epígrafe.

31. Como se acaba de exponer, existen argumentos históricos que explican esta especial vinculación. No puede olvidarse que la plurilegislación en España tiene su origen en una pluralidad de entidades políticas independientes cuyo Derecho gozaba de una vigencia plena en su propio territorio de acuerdo con los principios de Derecho internacional público. La unificación formal de España acabó con esa vigencia; pero no antes de 1812, fecha de la Constitución de Cádiz; pues los Decretos de Nueva Planta de Felipe V no redujeron a la unidad jurídica la pluralidad de Naciones que componían España. La unificación de los recursos ante el Consejo de Castilla que introdujeron las reformas de Felipe V (IV de Aragón) no eliminó la jurisdicción propia de Aragón, Cataluña y Mallorca; sin que en nada afectaran tales reformas al Reino de Navarra, que aún reunió Cortes propias en una fecha tan cercana como son los años 1828 y 1829¹⁰⁰. Es decir, en la época de la codificación se encuentra muy cercana la realidad de sistemas jurídicos plenamente autónomos y jurisdicciones propias. De hecho la terminología que utiliza el Cc es deudora de esta realidad¹⁰¹. No es extraño, por tanto, que la unidad de la jurisdicción no fuera percibida como un obstáculo a la vigencia territorialmente limitada de los Derechos forales o especiales. Esta vigencia sería un eco de la plena vigencia de los Derechos propios de los territorios forales que, como acabamos de ver, se había mantenido hasta entrado el siglo XIX y que, en cierta forma, había sido reconocida por la codificación¹⁰².

¹⁰⁰ Vid. M.C. Mina Apat, *Fueros y revolución liberal en Navarra*, Madrid, Alianza Editorial, 1981, p. 110.

¹⁰¹ Vid. el art. 13.2º Cc: “En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes...”. La Ley de Bases del Código Civil establecía, en cierta forma, una relación de propiedad entre los territorios y su Derecho foral, vid. el tenor de la Base Quinta: “Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad...”. Vid. también el art. 12.2º Cc en su redacción original: “En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan solo como Derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales”

¹⁰² Vid. F. Badosa i Coll, *loc. cit.*, p. 258; vid. también E. Ginebra i Molins, *La qualitat jurídica de català i l'aplicació del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2002, pp. 275–335, esp. p. 335.

La regulación de los estatutos de autonomía es deudora de esta situación; solamente así se explica la insistencia de la mayoría de los estatutos en remarcar la territorialidad del Derecho autonómico y, en algunos casos, la posibilidad de aplicación extraterritorial de tal Derecho¹⁰³. En algunos casos, además, es la legislación civil la que se hace eco del carácter territorial y, en su caso, extraterritorial del Derecho civil autonómico¹⁰⁴. Esta insistencia podría conducir a entender que el Derecho civil de aquellas CC AA con Derecho civil propio goza de un estatus especial en el territorio de dicha Comunidad. Esta interpretación podría, incluso, verse reforzada en aquellos casos en los que se prevé la aplicación preferente del Derecho autonómico en el territorio de la Comunidad Autónoma, tal como sucede en los arts. 21 del Estatuto de Gernika¹⁰⁵ y el art. 33 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid¹⁰⁶. Ahora bien, lo que no resulta posible es que estos preceptos sirvan de base para una interpretación que chocaría con el principio de unidad de jurisdicción que recoge el art. 117 CE. Resultan valiosos para entender los orígenes y devenir del complejo sistema español de Derecho privado; pero no permiten interpretar el Derecho vigente en el sentido de que los órganos jurisdiccionales con sede en una Comunidad Autónoma aplicarán de forma preferente el Derecho de dicha Comunidad Autónoma; esta pre-

¹⁰³ Se recoge el carácter territorial de las competencias autonómicas en el art. 9.1º Estatuto de Autonomía de Aragón; art. 10 Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares; art. 14.1º Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 37.1º Estatuto de Autonomía de Galicia; art. 43 Ley de Amejoramiento del Fuero Navarro; art. 7.2º Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; art. 7 Estatuto de Autonomía de Andalucía; art. 15.1º Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias; art. 34.1º Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; art. 40 Estatuto de Autonomía de Canarias; art. 33.1º Estatuto de Autonomía de Cantabria; art. 39.1º Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; art. 2.1º Estatuto de Autonomía de Extremadura; art. 27 Estatuto de Autonomía de la Ceuta (ciudad autónoma); y art. 27 Estatuto de Autonomía de Melilla (Ciudad Autónoma). La posibilidad de aplicación extraterritorial del Derecho autonómico se recoge en el art. 7.2º Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; en el art. 9.1º Estatuto de Autonomía de Aragón; en los arts. 14.1º y 115.1º Estatuto de Autonomía de Cataluña y en el art. 7 Estatuto de Autonomía de Andalucía.

¹⁰⁴ *Vid.* el art. 111-3 Código Civil de Catalunya: “1. El Derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad” (*vid.* sobre este precepto J.J. Forner Delagua, “El art. 111.3 de la Ley catalana 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código Civil de Catalunya”, *REDI*, 2003, vol. LV, nº 1, pp. 592-596, p. 593); *vid.* también el art. 3 de la Ley de Derecho Civil de Galicia: “El Derecho civil gallego tendrá eficacia en el territorio de la comunidad autónoma. Se exceptúan los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado hayan de aplicarse otras normas”; *vid.* sobre este precepto S. Álvarez González, *op. cit.*, pp. 17 ss.

¹⁰⁵ “El Derecho emanado del País Vasco en las materias de su competencia exclusiva es el aplicable con preferencia a cualquier otro y sólo en su defecto será de aplicación supletoria el Derecho del Estado”

¹⁰⁶ “El Derecho propio de la Comunidad de Madrid, constituido por las leyes y normas reguladoras de las materias de competencia plena de la Comunidad Autónoma, es aplicable con preferencia a cualquier otro en el territorio de Madrid. En todo caso, el Derecho estatal tiene carácter supletorio del Derecho propio de Madrid”

ferencia, que supondría una vinculación especial del Juez con el Derecho del territorio es incompatible con el principio de igualdad de todos los Derechos españoles y con la obligación de determinar el Derecho aplicable en los supuestos heterogéneos *exclusivamente* a través de las normas de conflicto previstas para la resolución de los conflictos internos. En el siguiente epígrafe se desarrollará esta idea.

3. Territorialidad y localización

32. De acuerdo con lo que hemos visto hasta ahora resulta que el principio de unidad de jurisdicción impone que todos la vinculación de los órganos jurisdiccionales españoles con cada Derecho español tenga la misma naturaleza, excluyéndose que algún Derecho español en particular sea considerado como “Derecho propio” del Juez¹⁰⁷, lo que impide que el denominado Derecho común asuma esta posición (lo que, quizás pudieran defender los que mantienen que la jurisdicción es una función específica del Estado central) y también imposibilita que sea el Derecho del territorio en el que el tribunal tenga su sede el que sea considerado como propio del órgano jurisdiccional. Esto, evidentemente, no impide que en los supuestos homogéneos, aquellos que no presentan vínculos más que con el territorio donde se ubica el órgano jurisdiccional que conoce, se aplique sin intermediación de la norma de conflicto el Derecho propio del territorio en el que el órgano jurisdiccional tiene su sede. En tales casos la consulta de las normas de conflicto que regulan los conflictos internos no podría conducir a ningún otro resultado ya que todos los elementos del caso se encuentran conectados con el Derecho del territorio donde se ubica el juzgado o tribunal que se encuentra conociendo¹⁰⁸.

En los supuestos heterogéneos, en cambio, el órgano jurisdiccional deberá aplicar el sistema de Derecho interregional con el fin de determinar el Derecho aplicable. Todos los jueces españoles, con independencia de dónde se encuentre su sede, han de resolver los supuestos heterogéneos de la misma forma y para ello han de recurrir al sistema estatal de resolución de los conflictos internos a fin de determinar qué Derecho español ha de aplicarse; ninguna preferencia ha

¹⁰⁷ Por lo que no podría nunca ser considerado como su *lex fori*. *Vid.* no obstante, A. Borrás Rodríguez, *op. cit.*, p. 33, donde se mantiene que, en cierta forma, el Derecho del territorio de la sede del juez puede operar como su *lex fori*.

¹⁰⁸ Se ha afirmado que en estos casos el Derecho del territorio se aplica como propio (*cf.* M^a.E. Zabalo Escudero, “Pluralidad legislativa...”, *loc. cit.*, p. 264: “Igualdad significa respetar el ámbito de aplicación de cada uno de ellos, desde la consideración de que en los territorios donde rige Derecho civil foral, y en relación con las situaciones internas a los mismos, ese Derecho debe ser considerado como propio, y aplicado igual que el Código es el Derecho propio en aquellos territorios en los que no existe un Derecho civil peculiar de los mismos, siendo supletorio en los demás” Seguramente puede hablarse de un Derecho propio del territorio, en el sentido apuntado en el texto; pero de un Derecho propio del Juez; el principio de unidad de jurisdicción lo impide.

de darse en este supuesto al Derecho del territorio en el que el juez tiene su sede, tal como ha sido reiterado a lo largo del presente epígrafe. Los principios de unidad de jurisdicción y de igualdad de todos los Derechos españoles impiden que se dote de una relevancia especial al Derecho del territorio de la sede del Tribunal. En definitiva, el principio de territorialidad carece (o ha de carecer) de eficacia localizadora.

33. En la práctica jurídica española, sin embargo, se comienzan a apreciar algunas vacilaciones en torno a esta cuestión. Como hemos visto, existen elementos positivos que, aunque insuficientes a mi juicio, apoyarían una lectura de nuestro sistema de acuerdo con la cual los Derechos autonómicos tendrían una vigencia formal limitada al territorio de la Comunidad Autónoma que los ha promulgado; si hacemos abstracción del principio de unidad de jurisdicción que consagra el art. 117 CE resultaría que esta vigencia formal limitada permitiría mantener que los órganos jurisdiccionales con sede en un determinado territorio aplicarían con carácter preferente el Derecho de ese territorio, Derecho que acabaría siendo considerado como propio del juez.

Esta lectura entroncaría con los orígenes de la plurilegislación en España, tal como hemos visto, y sería reflejo de la tendencia natural a que cada ordenamiento busque un cuerpo propio de aplicadores¹⁰⁹. Sería una muestra más de cómo la tendencia a la complejidad de los ordenamientos civiles autonómicos pugna por hacer saltar los límites que la Constitución de 1978 había impuesto, aparentemente, a la plurilegislación en España.

Hasta el momento la tendencia apuntada no se ha concretado en una clara asunción por el Juez del Derecho del territorio como Derecho propio, aunque en algunos casos la aplicación de tal Derecho se ha hecho de forma inmediata, sin considerar la posibilidad de aplicar otros Derechos españoles pese a que el supuesto no fuera totalmente homogéneo¹¹⁰. Recientemente, sin embargo, cierta jurisprudencia ha comenzado a utilizar el principio de territorialidad como elemento localizador; bien es verdad que junto con la referencia a lo previsto en las normas de conflicto de leyes; pero no deja de ser muestra de una tendencia que en un futuro podría conducir a la asunción de que en principio cada Juez debiera aplicar el Derecho propio de cada territorio en los supuestos internos heterogéneos; máxime si consideramos que ya en la formulación actual la referencia a las normas de conflicto de leyes es más retórica que real; sin que exista un verdade-

¹⁰⁹ Vid. R. Arenas García, "El Derecho internacional...", *loc. cit.*, p. 82. Esta tendencia, a su vez, se conecta con tendencias postmodernas que, curiosamente, pueden conducir a desvincular a los aplicadores del Derecho de los concretos ordenamientos, haciendo que los Jueces recuperen su papel medieval de expertos en Derecho que resuelven los conflictos con la autoridad que les confiere el poder público; pero sin ser órganos de ningún ordenamiento concreto, *ibid.*, pp. 81-84.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 83 y referencias contenidas en n. nº 186.

ro análisis de la proyección al caso concreto de las normas que regulan los conflictos internos en España.

Las decisiones a las que nos referimos han sido dictadas por la AP de Barcelona; en todas las que hemos consultado (más de cincuenta dictadas durante el año 2010)¹¹¹ se incluye un inciso que se repite sin prácticamente variaciones en su literalidad en todas las sentencias consultadas. Así, por ejemplo, en la Sentencia 1 de febrero de 2010 (Sección 12ª)¹¹² se indica que “procede la aplicación del derecho español, en este caso el Derecho civil catalán, en virtud de su territorialidad (art. 111.3.1 Codi Civil de Catalunya) y de las normas de conflicto de leyes (art. 9 Cc estatal)”. En el caso concreto se trataba de organizar el régimen de la guarda y custodia junto con los alimentos de una niña cuyo padre era nacional español, su madre keniana sin que constara la nacionalidad de la hija. En la Sentencia de la misma Audiencia, Sección y Ponente de 3 de mayo de 2010¹¹³, en este caso en un procedimiento de divorcio, se lee “Como cuestión previa, debe dejarse sentado que en el presente caso procede aplicar el derecho civil catalán tanto por el criterio de territorialidad (art. 111.3.1 Codi Civil de Catalunya) como por las normas de conflicto de leyes (arts. 9, 107 y 16 Cc estatal) que también remiten al mismo ordenamiento civil”.

Finalmente, por no agotar aquí las más de cincuenta sentencias señaladas, la SAP Barcelona (Sección 12ª) 7 de septiembre de 2010¹¹⁴, en un caso relativo a la ruptura de una unión estable de pareja establece en su FD 2º: “Como cuestión previa, debe dejarse sentado que en el presente caso procede aplicar el Derecho civil catalán tanto por el criterio de territorialidad (art. 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya) y el art. 1.1 *in fine*, de la Llei 10/1998, de uniones estables de pareja, como por las normas de conflicto de leyes (arts. 9 y 16 Cc estatal), que también remiten al mismo ordenamiento civil”. Esta decisión es significativa, porque aún en la fundamentación de la aplicación del Derecho catalán el principio de territorialidad con la norma de la Ley de Uniones Estables de Pareja que determina su ámbito de aplicación personal y a la que ya tuvimos ocasión de referirnos en el epígrafe II.2 anterior, y las normas de conflicto de leyes estatales, normas que son consideradas en su conjunto sin que merezca ninguna aclaración adicional la circunstancia de que, como es sabido, no existe norma de conflicto alguna en materia de uniones estables de pareja. Es muestra, por tanto, esta decisión de que, como adelantábamos, el recurso a las normas de conflicto parece puramente retórico, reforzándose así la referen-

¹¹¹ La referencia a las mismas se incluye en el presente tomo del Anuario en la Sección de Derecho interterritorial con un comentario de A. Font i Segura (*vid. infra*).

¹¹² *Aranzadi Westlaw*, JUR\2010\148386.

¹¹³ *Ibid.* JUR\2010\277577.

¹¹⁴ *Ibid.* JUR\2010\376026.

cia al principio de territorialidad como elemento sustancial en la determinación del Derecho aplicable.

34. Lo expuesto es muestra de una tendencia, nada más; pero tampoco nada menos. Se trata de una tendencia que se une a otras que hemos ido viendo en los apartados anteriores y que confirman que la búsqueda de complitud de algunos ordenamientos civiles autonómicos produce tensiones importantes en los principios que articulan las relaciones entre los diferentes Derechos españoles. En este caso la tensión puede producir el fraccionamiento de la jurisdicción lo que, si bien no es enteramente extraño a los orígenes de la plurilegislación en España merece, seguramente, un replanteamiento explícito que, hasta ahora no se está produciendo.

IV. UE y Derecho interterritorial

1. España como ejemplo

35. La cada vez más intensa actividad de la UE en materia de DIPr ha alcanzado finalmente al Derecho interterritorial español¹¹⁵. Mientras la regulación europea se limitó a la materia procesal (competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones, asistencia judicial internacional) tal normativa no era susceptible de afectar a la articulación de la plurilegislación en España ya que, como es sabido, las CC AA carecen de competencia en materia procesal¹¹⁶. La regulación por parte de la UE del Derecho aplicable en materia de insolvencia tampoco tendría que tener una incidencia directa en la plurilegislación española; y la regulación de la ley aplicable en materia de obligaciones, aunque sí que podría afectar a la dimensión interna del sistema español de DIPr, dada la existencia de regulaciones específicas en materia contractual y extracontractual en los diferentes Derechos españoles¹¹⁷; sería, en cualquier caso, una afectación no

¹¹⁵ Vid. A. Font i Segura, “Una nova etapa...”, *loc. cit.*, epígrafe III. La potencial incidencia del Derecho de la UE sobre la dimensión interna del DIPr español ya había sido advertida hace tiempo por J.J. Álvarez Rubio (“Los Tratados de Amsterdam y Niza: su incidencia en la codificación del Derecho interregional desde la perspectiva del Derecho civil vasco”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2002*, puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2002/2002_6.pdf pp. 301–338, pp. 326 ss).

¹¹⁶ Excepción hecha de las especialidades que se deriven de las particularidades propias del Derecho de las CC AA (art. 149.1.6º CE). Sobre esta cuestión *vid.*, A. Font i Segura, *op. cit.*, pp. 75–82.

¹¹⁷ Son ampliamente conocidos los problemas que plantea la regulación de la rescisión *ultra dimidium*. Puede consultarse un ejemplo jurisprudencial reciente en el que se tuvo que valorar la aplicación de la regulación catalana en la materia en la Sent. de la AP de Barcelona (Sección 11ª), de 10 de febrero de 2009 (*Aranzadi Westlaw*, JUR\2009\172076); *vid.* los comentarios a esta Sentencia en *AEDIPr*, t. IX, 2009, de C. Górriz López (pp. 1196–1198) y Mª.C. Núñez Zorrilla (pp. 1198–1202).

excesivamente intensa, dado que la regulación en materia de obligaciones sigue siendo estatal en su práctica totalidad.

La regulación por parte de la UE del Derecho aplicable en materia de familia y sucesiones que se ha iniciado recientemente¹¹⁸ está llamada a tener una incidencia mayor en la articulación de los diferentes Derechos civiles españoles, incidencia que podría implicar, tal como veremos, un replanteamiento de los principios y reglas en materia de Derecho interterritorial.

36. Antes de entrar en la forma en que el Derecho de la UE afecta a la dimensión interna del sistema español de DIPr, examinaremos cómo puede el Derecho interterritorial español resultar relevante para el DIPr producido por la UE. Se trata de una incidencia que no ha sido suficientemente —a mi juicio— destacada e, incluso, ignorada y que, sin embargo, no es en absoluto desdeñable.

Y es que la regulación por parte de la UE del DIPr tiene ciertas concomitancias con la articulación de los diferentes Derechos españoles. Al igual que sucede en el caso español, también en la UE nos encontramos con que el legislador material no es el legislador de DIPr¹¹⁹. Bien es verdad que en el caso de España el legislador de DIPr, el legislador estatal, también es uno de los legisladores materiales; pero cuando ejerce como legislador de Derecho interregional opera dentro de unos límites estrictos derivados de la CE que no operan cuando actúa como legislador material. En concreto, debe respetar la igualdad entre todos los Derechos españoles, lo que conduce, tal como hemos visto, a que la técnica que mejor se adecua a esta exigencia es la norma de conflicto neutra, orientada únicamente a la localización del Derecho más estrechamente vinculado con el caso, a la consecución de la justicia conflictual, entendida como independiente del contenido de los Derechos en conflicto.

La relación que se establece entre norma de conflicto clásica y articulación de las relaciones entre distintos ordenamientos a partir de la consideración estricta de la igualdad de estos es conocida en España desde hace décadas, tal como tuvimos ocasión de recordar en el epígrafe II.1; y está siendo descubierto ahora

¹¹⁸ Ya contamos con un Reglamento en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial) y con varias propuestas en materia de sucesiones, régimen económico matrimonial y parejas registradas (*vid. infra*, nota n° 124).

¹¹⁹ Destaca esta separación en la UE J. Basedow “The Communitarisation of Private International Law”, *RebelsZ*, t. 73, 2009, pp. 455–460, p. 459. Llama la atención que en este trabajo mantenga que es raro que el legislador federal regule el DIPr, sin ir más allá del conocido ejemplo estadounidense y sin realizar ninguna mención al Derecho español, país de la UE en el que sí se da una situación equivalente. Sobre esta separación *vid.* también A. Font i Segura, “Una nova etapa...”, *loc. cit.*, epígrafe III.1 y referencias contenidas en notas n° 55 y 56.

en Europa¹²⁰. En concreto, resulta legítimo y, seguramente, conveniente inquirir acerca de la legitimidad de la UE para legislar en materia de DIPr con una determinada orientación material, sobremanera cuando la orientación material elegida no se corresponde con la que se refleja en todos los Derechos europeos¹²¹. El planteamiento de este problema puede resultar original en otros países europeos; pero no lo es tanto en España, donde ya se ha debatido sobre el alcance y límites del legislador de Derecho interregional.

37. Es cierto que también existen diferencias entre la regulación de la dimensión interna del sistema español de DIPr y la que realiza en materia de normas de conflicto de leyes la UE; la más significativa de las cuales es, probablemente, que mientras en España la regulación de los conflictos internos y de los conflictos externos se encuentra formalmente separada, la normativa de la UE regula simultáneamente los conflictos entre los distintos Derechos europeos y aquellos otros en los que se encuentran involucrados Derechos de terceros países¹²²; aunque en la práctica, como es sabido, el art. 16 Cc remite la solución de los conflictos internos a las mismas normas que se ocupan de los

¹²⁰ Vid. J. Basedow, *loc. cit.*, p. 458.

¹²¹ Así, por ejemplo, en la Propuesta de Reglamento sobre competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de sucesiones (*infra*, nota nº 124) se incluye una regulación en materia de pactos sucesorios que es claramente favorable a su admisión. Dado que no en todos los ordenamientos europeos se admiten estos pactos podría resultar cuestionable que la UE los amparase por medio de una norma de DIPr que podría desplegar efectos materiales que irían más allá de la base jurídica que legitima la actuación de la UE en materia de conflictos de leyes. Es cierto que en la actualidad se asiste a cierta expansión en el reconocimiento de la eficacia de los pactos sucesorios en diferentes Derechos europeos; pero sin que se llegue a su plena admisión en la mayoría de los sistemas; vid. A. Font i Segura, “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, *InDret*, 2009, nº 2, pp. 4–5.

¹²² Lo que no excluye que en algunos casos se establezcan soluciones específicas que solamente se aplican cuando el supuesto presenta determinados vínculos con Estados miembros de la UE. Así, por ejemplo, en el Reglamento (CE) nº 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, se establece una limitación a la afectación del procedimiento de insolvencia respecto a los derechos reales de acreedores sobre los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de un Estado miembro diferente del Estado donde se desarrolla el procedimiento de insolvencia (art.5); en el mismo Reglamento se prevé igualmente que el procedimiento de insolvencia no afecte a los derechos basados en una reserva de propiedad establecida sobre los bienes del comprador respecto a quien se abra un procedimiento de insolvencia, siempre que el bien sobre el que se haya constituido la reserva se encontrara en el momento de la apertura del procedimiento en un Estado miembro diferente del Estado de apertura (art. 7). Finalmente, es de sobra conocida la regulación específica de los Reglamentos Roma I y Roma II en relación a los casos en los que el supuesto se vincule únicamente con el Derecho de Estados miembros de la UE [art. 3.4 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y art. 14.3º Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)].

conflictos externos con las conocidas matizaciones contenidas en el mismo precepto.

La diferencia que se acaba de señalar, sin embargo, no hace más que resaltar el interés que podría tener la atenta consideración en Europa de la experiencia española¹²³. Así, por ejemplo, resultaría interesante analizar hasta qué punto sería necesario que el DIPr producido por el legislador europeo distinguiera claramente entre supuestos internos a la Unión y supuestos conectados con ordenamientos ajenos a la Unión. La base de esta distinción serían, precisamente, las limitaciones que pudieran establecerse en la articulación de los Derechos europeos, presumiblemente equivalentes, y la regulación de los supuestos que presentan vínculos también ordenamientos extraeuropeos. La en ocasiones oculta orientación material de las normas de DIPr, que ha sido estudiada en el caso español y que aquí ya se ha señalado, debería ser también objeto de atención a nivel europeo, pues ofrece una perspectiva novedosa respecto a los límites competenciales del legislador europeo en materia de DIPr.

2. La incidencia de la regulación europea en el Derecho interterritorial

38. Los Reglamentos Comunitarios en materia de DIPr no regulan directamente los conflictos puramente internos que se planteen en los Estados miembros¹²⁴; pero esto no implica que carezcan de consecuencias para la dimensión interna del sistema español de DIPr. En primer lugar, resulta evidente que tales Reglamentos serán relevantes en todos aquellos casos en los que el supuesto presente conexiones con varios Derechos españoles y, además, con algún ordenamiento extranjero. En segundo término, además, puede resultar que resulten relevantes también en supuestos que no presenten conexiones más que con un Derecho español y uno o varios Derechos extranjeros; y ello como consecuencia de que el Reglamento no contenga soluciones satisfactorias para la determinación del concreto Derecho español aplicable en los casos en los que, de acuerdo con el Reglamento, la ley española sea la competente para resolver sobre el caso planteado.

¹²³ A. Font i Segura ("Una nova etapa...", *loc. cit.*, epígrafe III.1, último párrafo) mantiene que el paralelismo entre el sistema de Derecho interterritorial y el DIPr de la UE es "sorprendente".

¹²⁴ *Vid.* art. 16 Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; el art. 22.2° Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 ("Roma I") y art. 25.2° Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 ("Roma II") y art. 28.2° Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo [COM(2009)154 final]. Las propuestas de Reglamento sobre régimen económico del matrimonio y parejas registradas [COM (2011) 126/2 y COM(2011) 127/2], en cambio, no excluyen su aplicación a los conflictos internos.

A continuación nos ocuparemos brevemente de ambos supuestos que, evidentemente, plantean problemas de naturaleza diferente.

39. El primero de los supuestos señalados es aquel en el que el caso presenta vínculos con varios Derechos españoles y algún Derecho extranjero. En estos supuestos la aplicación de los Reglamentos de la UE también para la determinación del Derecho español aplicable no plantea dudas, optando tales instrumentos, como es habitual también en los convenios internacionales, por la técnica de la remisión directa, lo que implica que a efectos de aplicación del instrumento europeo cada uno de los territorios que cuentan con Derecho propio serán considerados como un país. De esta forma el caso no presentará propiamente vínculos con España y otros ordenamientos, sino con uno (o varios) Derechos españoles y algún (o algunos) Derechos extranjeros; debiendo resolverse el caso a partir de la determinación que realice la norma de conflicto contenida en el instrumento internacional.

En estos supuestos pueden plantearse varios problemas; el primero de ellos es un problema meramente técnico, que se plantea en aquellos casos en los que el instrumento europeo resuelve la remisión de la norma de conflicto a un Estado plurilegislativo mediante la técnica de la remisión directa¹²⁵ a la vez que entre las conexiones utilizadas incluye la conexión nacionalidad¹²⁶. Esta conexión es inhábil para identificar un concreto Derecho español como aplicable, por lo que en los casos en que se recurriera a esta conexión resultaría exigible que se regulase de forma precisa la determinación del Derecho aplicable en el seno de los Estados plurilegislativos. En el caso de la propuesta de Reglamento en materia de sucesiones la norma en materia de Estados plurilegislativos es deficiente en este sentido, pues no resuelve qué Derecho español se aplicará en los casos en los que la ley española resulte designada sobre la base de la nacionalidad del causante. El Reglamento en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial sí aborda esta cuestión y establece (art. 14.c) que en el caso de Estados con varios sistemas legislativos toda referencia a la nacionalidad se entenderá referida a la unidad territorial designada por la ley de ese Estado; y a falta de tal designación, a la unidad territorial elegida por las partes y, a falta de elección, a la unidad que presente los vínculos más estrechos con el cónyuge o cónyuges.

Es cierto que la previsión del art. 14 Reglamento 1259/2010 podría plantear aún ciertos problemas, caso de que la plurilegislación española incidiera en las

¹²⁵ Vid. J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 5ª ed. 2009, pp. 139–143.

¹²⁶ Vid. art. 17 Propuesta de Reglamento en materia de sucesiones, que permite que cualquier persona pueda designar la ley del Estado de su nacionalidad como rectora de su sucesión.

materias reguladas por el Reglamento, cosa que actualmente no sucede¹²⁷; pero no deja de ser un avance significativo que muestra una cierta sensibilidad del legislador europeo hacia los conflictos que se plantean en los Estados plurilegislativos; sensibilidad que, desde luego, resulta exigible dada la existencia en el seno de la Unión de al menos dos Estados con una pluralidad de Derechos privados: España y el Reino Unido.

40. El segundo problema que puede plantearse es que la determinación que haga el Reglamento sobre el Derecho español aplicable se aparte de la solución contenida en las normas españolas sobre Derecho interterritorial. Desde luego, ninguna duda cabe de que en estos casos será el Reglamento europeo aplicable el que deberemos considerar ya que solamente en los supuestos en los que el conflicto afecta exclusivamente a los sistemas jurídicos de un Estado se excluye la aplicación de los Reglamentos europeos¹²⁸. Así, puede suceder que resultando aplicable un concreto Derecho español de acuerdo con el sistema de resolución de los conflictos internos; sea aplicable un Derecho extranjero. También puede suceder que aún aplicándose el ordenamiento español, el que finalmente resulte competente no sea el que vendría determinado por las normas sobre conflictos internos del Derecho español. Evidentemente, estos casos no suponen ningún error en el Reglamento o en su articulación con los Derechos nacionales: así, en lo que se refiere al primer supuesto (es aplicable un Derecho extranjero pese a que las normas que regulan la dimensión interna del sistema español de DIPr conducen a un Derecho español) resulta que la concreción del Derecho español aplicable solamente procede una vez que a través de las normas que regulan la dimensión externa del sistema de DIPr se determina la aplicación del Derecho español; si tales normas (en el caso que nos ocupa, el Derecho de la UE) conducen a un Derecho extranjero no se llega a plantear siquiera la cuestión de qué Derecho español resulta aplicable.

En lo que se refiere al segundo de los supuestos mencionados (el Derecho español designado por el Reglamento no es el que resultaría de la aplicación de las normas españolas de Derecho interterritorial) tampoco supone ningún error en la regulación europea. Es claro que el Derecho europeo, al igual que hacen muchos otros instrumentos internacionales, puede optar por la técnica de la remisión directa en vez de la indirecta para resolver los casos de remisión a un

¹²⁷ Las consecuencias patrimoniales de la separación o del divorcio están excluidas de su ámbito de aplicación (*vid.* art. 1.2º y cdo. 10). Es obvio que en la actualidad no existen divergencias entre los diferentes Derechos españoles sobre las causas de la separación o del divorcio.

¹²⁸ *Vid.*, *v.gr.*, el tenor del art. 16 Reglamento 1259/2010: “Los Estados miembros participantes en los que se apliquen diferentes sistemas jurídicos o conjuntos de normas a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento no estarán obligados a aplicarlo a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre esos sistemas jurídicos o conjuntos de normas”.

sistema plurilegislativo; ahora bien, hay que tener en cuenta también que el Derecho interregional español concede a cada Derecho un ámbito de aplicación que no puede resultar indiferente al legislador autonómico puesto que, como habíamos visto, es razonable que los diferentes legisladores civiles se preocupen del alcance de su normativa más allá de los supuestos puramente homogéneos; la delimitación que realiza el legislador estatal está, además, condicionada por el respeto a los principios de igualdad entre todos los Derechos españoles, limitación que, en principio, no afecta al legislador europeo o, al menos, no le afecta de la misma manera¹²⁹. La actuación del legislador europeo puede afectar, por tanto, al equilibrio entre los diferentes Derechos españoles; lo que merece ser considerado de una forma cuidadosa. No hay que olvidar que España, como Estado, ejerce un papel relevante en el proceso legislativo europeo al ser un miembro del Consejo; y que sería exigible a quien ejerce esa función, el Gobierno central, que operara de acuerdo con las limitaciones constitucionales que se derivan de la convivencia en España de diferentes Derechos; esto es, resultaría exigible que la política que se desarrolla en las instituciones europeas fuera coherente con la articulación de las relaciones entre los diferentes Derechos privados españoles.

41. De acuerdo con lo que hemos visto, la actuación del legislador europeo sobre el DIPr no es en absoluto indiferente al legislador civil autonómico; y eso explica, por ejemplo, que los informes que se han de elaborar sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad¹³⁰ sean utilizados, en ocasiones, para intentar orientar materialmente la actuación del negociador español en Europa¹³¹. Es lógico que el legislador autonómico no se desentienda de la actuación del Estado central en materia de instrumentos internacionales reguladores de los conflictos de leyes toda vez que esta actuación puede modificar el ámbito de aplicación del Derecho propio. Este no es un fenómeno nuevo, ya que la incidencia que ha sido descrita en relación a los Reglamentos europeos es también predicable respecto al resto de instrumentos internacionales, que siempre han afectado al ámbito de aplicación de los Derechos civiles españoles en relación a los supuestos que presentaban vínculos con ordenamientos extranjeros; ahora

¹²⁹ Vid. epígrafe IV.1 anterior.

¹³⁰ De acuerdo con lo previsto en el art. 5 TUE; la consulta a los Parlamentos autonómicos en el marco de la verificación del cumplimiento del principio de subsidiariedad ha sido establecido por medio de la Ley 24/2009, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 8/1994, de 19 de mayo, reguladora de la Comisión Mixta para la Unión Europea; vid. R. Serra i Albert, "El control del principi de subsidiarietat: primeres experiències al Parlament de Catalunya", puede constarse en la siguiente dirección de Internet: http://www10.gencat.cat/drep/binaris/apunts_18_tcm112-130613.pdf.

¹³¹ Vid. Informe presentado por el Parlamento de Cataluña en relación a la Propuesta de Reglamento en materia de sucesiones (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, VIII Legislatura, n° 579, del 23 de noviembre de 2009, pp. 11-14).

bien, la intensificación del tráfico jurídico internacional en las últimas décadas, unida a la creciente actividad de la UE en la materia, hacen que resulte cada vez más necesario considerar en qué forma se han de articular las competencias del legislador estatal y de los legisladores autonómicos en este campo.

Desde luego, esta articulación exigiría un cierto consenso sobre el modelo de plurilegislación en España, sobre los principios de articulación de los diferentes Derechos civiles españoles y sobre las competencias de unos y otros tanto en lo que se refiere a la regulación material como a la elaboración de normas de conflicto de leyes; dado que este consenso no existe, tal como ha sido señalado por la doctrina y se ha insistido a lo largo del presente trabajo, resultaría preciso buscarlo a fin de que se pudieran sentar las bases que permitieran avanzar en la construcción del Derecho privado español, teniendo en cuenta sus diferentes dimensiones: autonómica, estatal, europea e internacional.

V. Conclusión

42. La plurilegislación en España tiene un origen histórico. No por repetida deja de tener interés y, curiosamente, actualidad esta frase. En este trabajo se ha pretendido mostrar cómo es, precisamente, este origen histórico, el que explica muchas de las particularidades del sistema actual.

Los diferentes Derechos civiles españoles tienen su origen en una pluralidad de organizaciones políticas autónomas, cada una de ellas con su propio sistema jurídico. Esta pluralidad sobrevivió a la codificación y a la constitucionalización del sistema. La CE recogía un modelo que, si bien garantizaba la continuidad de los Derechos civiles españoles, los ligaba al ordenamiento común de España, los convertía en elementos de una estructura más compleja lo que imponía ciertos límites; en concreto, la eliminación de la competencia en materia de fuentes del Derecho, la unidad de jurisdicción y la atribución al Estado de la competencia exclusiva en materia de conflictos de leyes. Además, el ámbito material de los Derechos civiles quedaba limitado al vincularse (si bien no de una forma estricta) al contenido existente en 1978.

En los últimos treinta años hemos asistido a la progresiva afirmación y extensión de los Derechos civiles españoles, que pugnan –unos más que otros– por convertirse en auténticos sistemas, superando cuando es necesario los límites que marcaba el tenor del art. 149.1.8º CE. Esta expansión se beneficia, además, de una general tendencia a la descentralización que, quizás, explique la incursión de algunas CC AA sin tradición foral en las materias civiles; y de la pasividad del legislador estatal que no acierta a reformar el sistema en la línea que exige la lealtad institucional y el desarrollo de los Derechos civiles autonómicos.

La entrada en escena de la UE como legislador en materia de DIPr ha de ser un acicate para abordar la tarea de estructurar y formalizar las relaciones entre todos los Derechos civiles españoles y, quizás también, para decidir si se hace regresar a los Derechos civiles a los límites que marca el texto de 1978 o, por el contrario, se modifica éste para adecuarlo a una realidad que, tal como se ha pretendido mostrar aquí, ya le ha superado, sino en su espíritu al menos sí en su letra.

HACIA UNA VECINDAD VASCA: LA FUTURA LEY DE DERECHO CIVIL VASCO

Juan José ÁLVAREZ RUBIO

Catedrático Derecho internacional privado
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

RESUMEN: Ante la diversidad normativa interna que caracteriza al Derecho Civil vasco, el objetivo de estas reflexiones se orienta desde un ángulo histórico, hacia la apreciación de la voluntad del legislador autonómico vasco de pretender adaptarse a sus circunstancias particulares, que requieren respuestas normativas específicas. Éstas se articulan a través de normas que desempeñan una función especial, dentro del Derecho interregional, enmarcada en una subcategoría que cabe calificar como Derecho interlocal, en una vertiente *ad intra* del sistema, con la pretensión de responder a las peculiaridades derivadas de la parcelación del Fuero y la diversidad legislativa que caracteriza al Derecho civil foral vasco.

PALABRAS CLAVE: VECINDAD CIVIL VASCA — MODERNIZACIÓN DERECHO FORAL — DERECHO INTERREGIONAL — CONFLICTOS INTERLOCALES — ÁMBITO VIGENCIA TERRITORIAL Y PERSONAL.

ABSTRACT: *Given the diversity that characterizes the internal regulations Basque Civil Law, the purpose of these reflections is directed from a historical angle to an appreciation of the Basque regional legislature's intention of trying to adapt to their particular circumstances, which require specific policy responses. These are articulated through rules that have a special role within the inter-law, framed in a subcategory that might be described as interlocal law in a spring ad intra of the system, with the aim of responding to the specific features of the fragmentation of Legislative jurisdiction and diversity that characterizes the Basque regional civil law.*

KEYWORDS: BASQUE “VECINDAD CIVIL” — MODERNIZATION OF “FORAL” LAW — INTERREGIONAL LAW — INTERLOCAL CONFLICTS — TERRITORIAL AND PERSONAL SCOPE.

1. Suele asociarse el estudio de las instituciones forales a su proyección sobre un concreto ámbito local, regional o autonómico, en una tendencia de parcelación que impide comprobar el nexo común, el sustrato y la *ratio* común que en muchos casos cabe apreciar entre las regulaciones contenidas en cada uno de las diversas legislaciones forales, civiles o especiales, que coexisten en nuestro ordenamiento español. Pese a que estas reflexiones se centran en el ámbito material del todavía inexistente Derecho civil vasco (hasta el momento es una suma inconexa y descon-

tinua, territorialmente hablando, de instituciones) , puede hablarse, también en el Derecho interregional, de grandes familias jurídicas, y en particular, de un cierto parentesco jurídico pirenaico, proyectado sobre ámbitos como la concepción y el contenido del Derecho de propiedad, a través de una acentuada caracterización de la misma en torno a su función social, o la propia existencia de una propiedad comunal, o la tendencia a articular mecanismos que garanticen la preservación de la unidad del patrimonio familiar.

2. Tal y como ha destacado el profesor y auténtico maestro en el ámbito de las enseñanzas y de la evolución científica de los estudios de Derecho foral, A. Celaya, debe subrayarse su nota de historicidad, en cuanto Derecho enraizado en la mente del pueblo, de la comunidad de personas y de sociedad a la que se dirige, y en cuanto sector del ordenamiento formado y gestado de abajo a arriba, desde la estructuras más elementales de la sociedad.

En las regiones forales triunfa y se impone la tradición. El fuero, en sus variadas manifestaciones territoriales, no se confunde con un Código, en cuanto conjunto de leyes, sino que se caracteriza siempre por su especial relación con la costumbre y el uso. Con frecuencia, como sucede en Gipuzkoa, el edificio del Derecho privado ha quedado regulado por vía consuetudinaria, con un amplio elenco de cuestiones vinculadas al reconocimiento de los derechos individuales y de los derechos de la persona.

3. Otro reflejo de esa cultura jurídica común se aprecia en la peculiar concepción de la familia, presidida históricamente por la fortaleza del principio de unidad familiar y a su vez por rasgos normativos que anticipan principios jurídicos consagrados en los modernos ordenamientos como el respeto expreso a la personalidad y a los derechos de cada uno de los cónyuges, y en particular el pleno reconocimiento al actuar de la mujer casada y el reflejo de igualdad en instituciones como la comunicación de bienes entre los cónyuges.

En efecto, la foralidad en el campo civil se manifiesta en una tendencia hacia el fortalecimiento de la familia y el deseo o intención paralelo de mantener unido el patrimonio familiar. La familia pirenaica queda caracterizada como un tipo de familia troncal, en la que es frecuente la previsión de viabilidad jurídica de la transmisión íntegra del patrimonio a uno de los hijos que se asocia al trabajo familiar y que a su vez ayuda a sus hermanos con la dote o con prestaciones diversas.

Históricamente los Derechos forales se formaron en un mundo de predominio rural, pero ello no ha impedido la evolución de sus instituciones y su proyección a la moderna realidad social y cultural: en realidad, las herrerías y molinos, en cuanto industrias del siglo XV, dejan paso a la concepción moderna de empresa, y es

perfectamente defendible la conexidad en la evolución de instituciones relativas a la sucesión de empresas.

La foralidad consuetudinaria se articula en torno a realidades como la del caserío, la casa familiar y otras en cuyo entorno se construye la sociedad tradicional y surgen sus instituciones más típicas. Se trata de un auténtico tesoro legislativo, conservado en nuestras viejas leyes y costumbres y transmitido hasta hoy, y que debe ser tratado como una realidad viva.

4. Tal y como destacó en su tesis Doctoral A. Navajas Laporte, sobre “La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa”, cabe apreciar la existencia de diferentes manifestaciones de normas consuetudinarias dirigidas a articular mecanismos de transmisión y ordenación económica familiar del caserío y sus pertenecidos (explotación agraria): para materializar esta transmisión y ordenación económica de la casa se han usado las capitulaciones, los testamentos y las ventas simuladas. Se recoge la transmisión familiar del caserío indiviso, en cuanto la más arraigada costumbre en el mundo rural, y es necesario dar cobertura positivizada a esta costumbre, ya que en la actualidad la ausencia de una adecuada configuración jurídica de las relaciones patrimoniales entre los miembros de la familia dificulta la continuidad de los jóvenes en el caserío, concebido como explotación de la empresa familiar.

Garantizar la plasmación en un texto legal de la costumbre secular que permite la transmisión íntegra del caserío permite lograr la sucesión indivisa de tal bien, en una clara manifestación legal de las denominadas sucesiones vinculadas.

La costumbre afianzada en Gipuzkoa a lo largo de los siglos tiene su principal razón de ser en la necesidad de evitar la división de las explotaciones y terminar con una excesiva fragmentación de las tierras. “*Hi etxerako*” (Tú para la casa) es uno de los dichos populares en euskera que confirma precisamente la tradición familiar de elegir a uno de los hijos (no necesariamente el mayor, ni el varón) para continuar al frente de la casa familiar.

En ningún caso debe confundirse el concepto de “Derecho” con el de ley, ya que la contrastada vigencia del ordenamiento jurídico consuetudinario en estas legislaciones forales integra la base de un buen número de instituciones forales.

La utilidad de algunas de estas ordenaciones consuetudinarias no debe pasar desapercibida. Así, si ponemos el acento en el ámbito de las empresas familiares, que integran el modelo típico de gran parte de nuestro tejido empresarial español, cabe analizar de qué forma el Derecho foral y sus tradiciones de conservación del patrimonio familiar y de sus explotaciones pueden ser extrapolables como vía de solución al grave problema del cierre de empresas familiares.

Se calcula, por parte del Observatorio Europeo de las PYMES que en los próximos tres años cerrarán en Europa un millón y medio de empresas familiares, y

se perderán aproximadamente seis millones de empleos, por la escasa preparación del relevo generacional. Sólo el 15 % de estas compañías logra pasar la barrera de la segunda generación, y sólo el 3 % consigue llegar a la tercera.

5. En este contexto es importante comprobar la existencia de precedentes de transmisión de empresas (a través de la transmisión de todos los aperos de pesca o labranza, o de los molinos o las ferrerías, esto es, las auténticas "industrias" de esa época histórica): si comprobamos tal realidad jurídica, existirá base jurídica para defender su actualización y desarrollo sobre la base de la conexión o conexidad (en término empleado por el Tribunal Constitucional) para proyectar esa realidad sobre la sociedad actual. Cabe imaginar la situación de un pequeño patrimonio familiar: por ejemplo, un pequeño taller, o una tienda, o un puesto de mercado regentado por los padres. Si la continuidad del negocio familiar recae sobre alguno o algunos de los hermanos, y los restantes miembros de la familia centran su vida profesional o laboral en otros quehaceres, ¿no es deseable garantizar jurídicamente las expectativas de quiénes vuelvan su esfuerzo diario en garantizar la continuidad de la empresa o negocio familiar, base de su economía doméstica, y motivarles así para incorporar mejoras en el mismo, arbitrando fórmulas de compensación para los potenciales restantes coherederos en relación a ese patrimonio familiar? ¿Y no es defendible un modelo similar al experimentado de forma inveterada por nuestros ordenamientos forales? No debe además descartarse la vertiente jurídico-pública, reflejada en el interés social en mantener el tejido empresarial, y arbitrar soluciones jurídicas que garanticen e incentiven esta forma de estabilizar proyectos empresariales.

Entre tales manifestaciones cabe citar la específica regulación de las sucesiones, tratando de atender a la necesidad de conferir un tratamiento especial de los patrimonios familiares (bien se trate de un caserío, de un pequeño taller o de un pequeño patrimonio familiar): en este contexto se ubican instituciones como el testamento mancomunado o de hermandad, que puede ser mutuo (por el que los dos otorgantes se instituyen recíprocamente herederos en todo o en parte de sus bienes), y/o contener disposiciones totales o parciales a favor de terceros, o el testamento por comisario (al que se encomienda la designación de sucesor, la propia distribución de bienes u otras funciones vinculadas a la voluntad del causante), o los pactos sucesorios (en capitulaciones matrimoniales, donación u otra escritura pública), o la propia libertad de testar.

Es preciso, en todo caso, superar las arcaicas formulaciones que caracterizan en general a nuestros ordenamientos forales y continuar en el proceso, ya iniciado, de su necesaria actualización, que no debe limitarse a un mero trabajo de recopilación, sino orientarse a acomodar el ordenamiento foral a las técnicas y necesidades de la sociedad actual, para dar forma nueva, y adaptar al mundo de hoy ese viejo Derecho foral, sea Derecho escrito o Derecho consuetudinario.

Estas reflexiones generales pretenden ahora proyectarse sobre el específico contexto normativo del Derecho Foral en el País Vasco y comprobar cómo es posible articular cauces de convivencia perfectamente coordinada entre las diversas realidades normativas que subsisten dentro de la Comunidad Autónoma.

Tal y como ha destacado el máximo especialista en nuestro Derecho foral, y verdadero precursor de la reforma y actualización del Derecho civil foral vasco, Adrián Celaya, debe atenderse a tal factor histórico para explicar la vigencia de diferentes sistemas civiles en la Comunidad Autónoma Vasca.

Remontarse al origen de los Fueros Vascos exige partir de una premisa histórico-política: cada Territorio Histórico Vasco ha vivido su propia evolución histórica, y ha elaborado su propio Derecho. Por ello, debe analizarse de forma diferenciada los orígenes de los distintos sistemas forales que han coexistido y conviven en el País Vasco, para profundizar posteriormente en las notas comunes o básicas que permiten acuñar el término de Derecho civil (foral) vasco.

6. La estructura interna de nuestro sistema jurídico queda integrada por todo un conjunto de normas destinado a resolver los llamados conflictos internos, derivados de la coexistencia en nuestro país de los diversos ordenamientos civiles forales frente al Derecho común. El sistema jurídico español se ubica en el grupo de los ordenamientos complejos o pluralistas, caracterizado por la presencia de conflictos internos de carácter interterritorial.

La Constitución constituye la regla base sobre la que se articula este nivel, que atiende a supuestos del llamado tráfico jurídico interregional y cuya delimitación *ratione materiae* revela un ámbito material centrado, tradicionalmente, en específicos sectores del Derecho de familia (básicamente, matrimonio y sucesiones), junto a cuestiones vinculadas al concepto de propiedad, y sólo en la vertiente de ley aplicable.

Desde esa dimensión interna del Derecho internacional privado (DIPr) el art. 149.1.8 CE se tradujo en la opción por un sistema estatal, y por tanto, uniforme, de Derecho interregional. Tal unidad del sistema de solución de conflictos, junto a otros principios estructurales del sistema (como la igualdad o paridad entre los diversos ordenamientos civiles coexistentes), con incidencia en el ámbito de problemas de Derecho privado, ha sido ya objeto de interpretación por parte del TC, estableciendo los parámetros hermenéuticos básicos para delimitar los límites del legislador estatal y determinar el grado de discrecionalidad de éste en ejercicio de su facultad de configuración del sistema de solución de tales conflictos internos.

7. Nuestro sistema de solución de conflictos internos gira hasta el momento, y en ausencia de una específica ley de Derecho interregional, en torno al art. 16 Cc, cuyas líneas básicas se articulan sobre la base de un principio de remisión a

las normas de DIPr (con ciertas excepciones) y el establecimiento de la vecindad civil como criterio de sujeción personal a los distintos ordenamientos civiles y único punto de conexión. La vecindad civil constituye así un elemento básico para resolver los conflictos de leyes en el ámbito interregional, en cuanto principio general de vinculación y como técnica para determinar la sujeción a un determinado ordenamiento civil. Pues bien, sólo si se admite que, en atención al ámbito interlocal, y en el seno del ámbito territorial interno del País Vasco, en que se sitúan los conflictos que la norma pretende resolver (en una proyección *ad intra* del sistema), la CA tiene competencia para dar respuesta legislativa a los mismos cabrá aceptar, desde un punto de vista dogmático, la regulación contenida en el anteproyecto de ley de Derecho civil vasco, que, en este extremo, aparece como la necesaria respuesta a una laguna del sistema español de Derecho interregional y a una necesidad sentida de modo acuciante en el ámbito del País Vasco, al estimarse que de otro modo se vaciarían de contenido tales instituciones forales.

8. Detrás de cada particular regulación se aprecia la pretensión de asegurar, frente a la diversidad jurídica que caracteriza al País Vasco, una adecuada aplicación y salvaguarda de las instituciones forales. Desde un ángulo histórico cabe apreciar la voluntad del legislador autonómico de pretender adaptarse a sus circunstancias particulares, que requieren respuestas normativas específicas. Éstas se articulan a través de normas que desempeñan una función especial, dentro del Derecho interregional, enmarcada en una subcategoría que cabe calificar como Derecho interlocal, en una vertiente *ad intra* del sistema, con la pretensión de responder a las peculiaridades derivadas de la parcelación del Fuero y la diversidad legislativa que caracteriza al Derecho civil foral vasco.

Se trata, en definitiva, de normas adecuadas y convenientes, elaboradas en la sede parlamentaria lógica (Parlamento Vasco), e imprescindibles para la propia regulación sustantiva de las instituciones forales. Caso de no admitirse tal posibilidad, tan sólo restaría solicitar a las Cortes Generales la regulación de tales conflictos internos, localizados territorialmente en el seno de la CCAA.

La necesidad de delimitar el ámbito de vigencia, es decir, el territorio en que rige una norma autonómica no debe considerarse contrario al entramado competencial sentado en la CE: dicho territorio será el de la propia CCAA, en cuanto límite máximo, pero cabe que tal legislación civil foral no se aplique en todo su territorio. Por ello, debe admitirse la competencia para fijar tal ámbito. La reserva competencial estatal para dictar reglas de resolución de los conflictos de leyes interregionales deriva de la necesidad de garantizar una aplicación armónica, uniforme e igualitaria de los distintos Derechos civiles que coexisten en España, y la comprensión de tal reserva debe entenderse en dicho contexto. Tal uniformidad no se ve, sin embargo, vulnerada por la regulación específica realizada

por el legislador vasco, tal y como brillantemente demuestra la investigación realizada.

9. Una cuestión nuclear, clave, la auténtica *piedra angular* sobre la que construir el desarrollo orgánico de nuestro Derecho civil vasco es, sin duda, el reconocimiento legislativo de la existencia de una *vecindad civil vasca*. Y es un factor troncal o esencial para el futuro de nuestro ordenamiento civil propio porque permite sentar la base conflictual, respetuosa con el diseño competencial fijado en el llamado *bloque de constitucionalidad*, integrado por los arts. 149.18 CE y 10.5º EAPV, y diseñar así un hilo conductor del mismo común para los tres Territorios Históricos que integran la CC AA del País Vasco.

10. Como ha sido indicado, la estructura interna de nuestro sistema jurídico queda integrada por todo un conjunto de normas destinado a resolver los llamados *conflictos internos*, derivados de la coexistencia en nuestro país de los diversos ordenamientos civiles forales frente al Derecho común. El sistema jurídico español se ubica en el grupo de los ordenamientos complejos o pluralistas, caracterizado por la presencia de conflictos internos de carácter interterritorial.

La Constitución constituye la regla base sobre la que se articula este nivel, que atiende a supuestos del llamado tráfico jurídico interregional y cuya delimitación *ratione materiae* revela un ámbito material centrado, hasta el presente, en específicos sectores del Derecho de familia (básicamente, matrimonio y sucesiones), junto a cuestiones vinculadas al concepto de propiedad, y sólo en la vertiente de ley aplicable.

La vecindad civil constituye así un elemento básico para resolver los conflictos de leyes en el ámbito interregional, en cuanto principio general de vinculación y como técnica para determinar la sujeción a un determinado ordenamiento civil. Sólo si se admite que, en atención al “ámbito interlocal”, y en el seno del ámbito territorial interno de la CA del País Vasco, en que se sitúan los conflictos que la norma pretende resolver (en una proyección *ad intra* del sistema), la CA tiene competencia para dar respuesta legislativa a los mismos cabrá aceptar, desde un punto de vista dogmático, la regulación contenida en el anteproyecto, que, en este extremo, aparece como la necesaria respuesta a una laguna del sistema español de Derecho interregional y a una necesidad sentida de modo acuciante en el ámbito de la CA, al estimarse que de otro modo se vaciarían de contenido tales instituciones forales.

En realidad carecemos de un verdadero “sistema de Derecho interregional” (laguna agudizada por el incumplimiento legislativo, recogido en la nueva LEC, de aprobación de una futura ley de cooperación jurídica internacional, y por la persistencia de un atomizado, disperso y en buena parte obsoleto conjunto de normas de DIPr). Ello conduce a una permanente “judicialización” de tales con-

flictos normativo/competenciales internos, que se verá sin duda incrementada por el escenario normativo derivado de las previsiones establecidas en los nuevos Estatutos de Autonomía.

11. Otra importante reflexión sobre el camino ahora emprendido nos debe llevar necesariamente al análisis normativo “comparado”, esto es, al estudio de las previsiones contenidas en los (hasta el momento) siete nuevos Estatutos de Autonomía recientemente aprobados.

La nueva redacción de los Estatutos aporta sugerentes ámbitos de estudio. Deviene característica común a todas (excepto Andalucía, que incorpora a su vez un matiz innovador sorprendente, como luego será comentado) las nuevas normas Estatutarias aprobadas la referencia al “Derecho civil foral propio” (con denominaciones diferenciadas, y que revelan matices de interés competencial) como elemento troncal del reconocimiento de la personalidad diferenciada de tales CC AA, y se subraya de hecho la alusión expresa a las respectivas vecindades civiles como norma de conflicto aplicable a la resolución de los conflictos de leyes, así como su dimensión y eficacia extraterritorial (se menciona así, por ejemplo, la aplicación de tales derechos civiles forales especiales “con independencia de donde se resida” (art. 3º Estatuto Valenciano).

Por su parte, el art. 5 Estatuto Catalán, al aludir a los derechos históricos, señala “el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el *Derecho civil*”; y el art. 14 alude a “la eficacia territorial de las normas, sin perjuicio de situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad”, previsión reforzada en el art. 115. En este caso se alude a *Derecho Civil*, y se elimina el adjetivo “foral”, sutil forma de potenciar un desarrollo material que podría superar los contornos del siempre complejo art.149.1.8 CE.

En el ámbito de la CC AA de Illes Balears, el art. 87 del Estatuto alude a “*Derecho propio* de las Illes Balears”, y en otros preceptos acoge la fórmula catalana, al recurrir a la denominación de *Derecho civil*.

Tal y como antes ha sido apuntado, resulta sorprendente la alusión contenida en el Estatuto Andaluz, que va más allá de las previsiones del art. 149.1.8 CE, tras señalar (art. 7) que las normas autonómicas podrán tener eficacia extraterritorial cuando así se deduzca de su naturaleza” (orientación reiterada posteriormente en el art.43, subrayando la posible eficacia jurídica extraterritorial de las disposiciones y actos de la Junta de Andalucía), y al crear un binomio normativo *ex novo*, y sin preexistencia de Derecho civil foral, al aludir a *normas autonómicas* (art. 7) y al *Derecho propio de Andalucía* (art. 8).

En el ámbito del Estatuto Aragonés se alude ya en su exposición de motivos a que el *Derecho foral* es seña de identidad de su historia, argumento reiterado en

su art. 1. Y en su art. 9 subraya la posible extraterritorialidad de aquellas situaciones que hayan de regirse por el estatuto personal u otras reglas de extraterritorialidad, junto al reconocimiento expreso de la eficacia personal del Derecho foral de Aragón, sobre la base (art. 9) de la vecindad civil aragonesa, de forma que tal ordenamiento foral será aplicable a quienes la ostenten con independencia del lugar de su residencia.

12. Si proyectamos estas soluciones normativas ya plasmadas en los citados Estatutos de Autonomía sobre el tenor literal del anteproyecto de Ley de Derecho Civil Vasco cabría formular una primera reflexión, centrada en la cuestión terminológica, ya que el texto recurre de forma simultánea a conceptos que incorporan importantes matices: el título del anteproyecto alude a *Derecho civil foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco*, el Título Preliminar del mismo menciona simplemente *Derecho civil*, y en su articulado (arts. 1 a 4) se emplea en ocasiones el término *Derecho civil foral* y en otros *Derecho civil vasco*.

En el desarrollo posterior de la ley nos encontramos, junto a los términos citados, con referencias a *ley civil foral* (título del Capítulo II), a *legislación vasca* (art. 8), a *Derecho civil propio* (art. 88), *Derecho civil aplicable* (art. 88), o *leyes forales o especiales* (art. 125º). Es preciso, a mi entender, armonizar esa atomizada terminología para dar coherencia y sentido al proyecto, que persigue ser respetuoso con la tradición, no crear *ex novo* instituciones o regulaciones sin anclaje histórico pero a la vez superar la mera conservación y modificación para avanzar en la línea de un crecimiento y desarrollo integral y armónico de nuestro *Derecho civil vasco*.

13. Atendiendo a la peculiar estructura territorial, normativa y orgánica de nuestra Comunidad Autónoma¹ y a la diversidad jurídica interna que le es propia, es preciso reflexionar sobre la posibilidad de elaborar un auténtico sistema normativo de Derecho civil vasco que logre combinar las particularidades de cada uno de nuestros Territorios Históricos con la necesaria extrapolación a todo nuestro País, y para todos los vascos, de ciertas instituciones forales que vertebren el desarrollo futuro del mismo.

Es conocido que los arts. 149.1.8 CE y 10.5º EAPV reservan a la Comunidad Autónoma Vasca la competencia legislativa para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral. Dicha tarea fue abordada, en cuanto a su conservación y modificación, por la Ley vasca 3/92. Falta por acometer la labor más importante, la de desarrollo, que exige no solamente la adaptación del Derecho Civil Foral a la sociedad actual, sino la más necesaria y constante de acomodo-

¹ Entre los numerosos estudios doctrinales realizados sobre tal vertiente cabe citar los trabajos de T.R. Fernández, *Los Derechos Históricos de los Territorios Forales*, Madrid, 1985, y el realizado por I.Mª Lojendio, *La Disposición Adicional Primera de la Constitución Española*, Bilbao, 1988.

dar las leyes a las nuevas necesidades, a los cambios sociales y a los avances de la técnica legislativa.

Tal y como destacaba la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/92, esa tarea de actualización y de desarrollo resulta imprescindible, junto a una obligada acomodación a la técnica y a las necesidades de la sociedad actual, en un doble reto normativo material (o sustantivo) y conflictual.

La *ratio* última que preside la tarea de reforma ahora emprendida no es tanto redactar un Código, en el sentido de una ley que regule la totalidad de las instituciones conocidas en materia civil, sino tratar de equilibrar el respeto al reparto competencial establecido en el bloque de Constitucionalidad (arts. 149.1.8 CE y 10.5º EAPV) con la necesidad de evitar que las instituciones forales queden anquilosadas, manteniéndolas vivas y permeables a cambios exigidos por el contexto social en el que han de desplegar toda su operatividad.

El art. 4 del Anteproyecto delimita el ámbito territorial de vigencia de la futura que extiende, en lo que afecta a este Libro Primero, a todo el País Vasco, “salvo en aquellos preceptos en que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto”. Cabría, tal vez, reforzar el objetivo previsto con la inclusión de este precepto recurriendo a redacciones similares a las antes citadas en relación a los nuevos Estatutos de Autonomía, subrayando la doble dinámica de aplicación territorial y, en su caso, extraterritorial de las instituciones reguladas en la ley.

Sin duda, han existido costumbres uniformes aplicadas en los tres Territorios Históricos, y debe reconocerse la capacidad del Parlamento Vasco, al amparo de lo dispuesto en el art. 10.5º EAPV, para fijar el ámbito territorial de vigencia de tales instituciones, combinando la fijación de una norma básica para todo el territorio con el mantenimiento particularizado de las peculiaridades locales.

El verdadero reto a afrontar en esta segunda fase de reforma de nuestro Derecho civil vasco es lograr extraer o depurar de los diversos problemas específicos de cada ordenamiento la esencia o sustrato básico común a las instituciones forales vascas.

Y ello supone reconocer la necesidad de mantener, junto a un tronco común, una serie de regulaciones específicas para aquellas instituciones que plantean conflictos especiales, difícilmente extrapolables a los restantes Territorios Históricos.

14. La premisa clave para alcanzar tal objetivo es superar el acusado *provincianismo* que siempre nos ha caracterizado en esta materia, y que permitió a Adrián Celaya acuñar la gráfica descripción de nuestro territorio como “*Islas Vascongadas*”, en el sentido de la presencia de auténticos islotes jurídicos que impiden vertebrar unitaria y homogéneamente nuestro sistema civil foral.

Junto a la vertiente material o sustantiva de las instituciones a desarrollar, es

preciso desentrañar el sentido del art. 10.5º EAPV y la extensión de la competencia del legislador autonómico respecto a los calificados conflictos interlocales. Conforme al tenor del precepto, nuestra Comunidad Autónoma posee competencia exclusiva en materia de

“Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia”.

Es evidente que los respectivos ordenamientos civiles poseen un ámbito de vigencia territorial determinado. El art. 10.5º EAPV reconoce expresamente tal posibilidad de fijación espacial, en cuanto norma de delimitación del ámbito espacial de vigencia del Derecho civil foral del País Vasco, a fines internos de la CA, y ante la pretensión de resolver los difíciles problemas que, por ejemplo, plantea en Bizkaia la colisión de la legislación foral y la común, junto a la problemática derivada de la ausencia de aplicación uniforme de las normas de Derecho civil foral dentro del territorio de la CA.

15. Adrián Celaya² planteó con sobriedad y claridad los problemas a los que se enfrenta el legislador vasco respecto a la futura revisión de la ley 3/92, partiendo de ciertos datos históricos esenciales: la CA Vasca es hoy día en el orden civil un conjunto de ordenamientos encontrados, un sistema invertebrado.

Por ello la vertebración del Derecho civil foral vasco requiere un esfuerzo de unificación mediante unas instituciones comunes y unas soluciones que introduzcan cauces de racionalidad en los problemas conflictuales.

En este contexto es clave el alcance que se otorgue a la competencia asumida por nuestra CA a través del art. 10.5º EAPV, al aludir a la conservación, modificación y desarrollo del mismo, y además fijar el ámbito territorial de su vigencia.

Tal precepto fue objeto de una interpretación muy restrictiva con ocasión de la impugnación ante el TC de la ley 3/92, al entender el Gobierno central que el legislador vasco “no puede disponer nada acerca del ámbito legislativo propio del legislador estatal”.

Frente a tal orientación, no debemos renunciar al empleo de todas las potencialidades que ofrece el tenor del art. 10.5º EAPV, integrado en el llamado “bloque de constitucionalidad”, y su interpretación no puede generar un vaciamiento total o parcial de la competencia autonómica³. Por ello, debe entenderse que la

² En la ponencia sobre “Los conflictos de leyes y el futuro del Derecho civil vasco”, presentada en las “Jornadas de Estudio sobre los conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco”, celebradas en Bilbao los días 25, 26 y 27 de noviembre de 1998.

³ Comparto en tal sentido la orientación del recordado maestro J.D. Gonzalez Campos, contenida en la recensión realizada en la *REDI* sobre la publicación correspondiente a las citadas Jornadas sobre *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Bilbao, RSBAP, 1999.

cláusula estatutaria no restringe espacialmente la facultad del legislador autonómico para poder fijar ese ámbito territorial de vigencia del Derecho civil foral vasco propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco, y esa vigencia territorial puede fijarse bien respecto a una parte del territorio de la CA (según la tradición histórica de cada Derecho foral) o bien, en atención al desarrollo del Derecho civil propio del País Vasco, respecto a la totalidad del mismo, siempre que tal extensión no imponga o genere la desaparición del ámbito territorial de vigencia de uno de los Derechos civiles existentes.

Por tanto, el art. 10.5º EAPV puede ser utilizado por el legislador autonómico para fijar el ámbito espacial de un Derecho civil foral respecto a otro, el de uno de los tres Derechos civiles forales respecto al Derecho civil común y asimismo el de las instituciones comunes a los tres Derechos civiles forales respecto a éste último.

El Título Preliminar establece igualmente su ámbito espacial de vigencia que comprende todo el País Vasco, a reserva de la vigencia de ciertas instituciones vigentes sólo en determinados Territorios concretos.

Por ello, el anteproyecto articula una más sólida respuesta a los problemas conflictuales que se producen en el seno de nuestra CA, a través de la configuración de una vecindad civil vasca, para aquellos que poseen vecindad civil en alguno de los tres Territorios Históricos, a la que se superpone una vecindad local cuando sea preciso aplicarla para atender a particularismos específicos de cada Territorio Histórico.

16. Tal y como destacó el Dictamen del Consejo de Estado nº 1537/92 (p. 28 ss), el eventual desajuste con el sistema competencial previsto en la CE podría concretarse en la extensión de la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos forales o especiales “allí donde existan”, que debe ceñirse al concreto ámbito territorial en que tuviese vigencia el Derecho foral en el momento de aprobarse la CE. Frente a ello, cabe argumentar que sólo admitiendo que la CA del País Vasco tiene competencia para fijar, dentro de su territorio, el límite espacial de vigencia del Derecho foral podrá desplegar todos sus efectos el último inciso del art. 10.5º EAPV.

Sentada tal premisa, es decir, que en el País Vasco ni el régimen foral es único ni se extiende a todo su territorio, debe precisarse el alcance de la expresión “allí donde existan” que emplea el art. 149.1.8 CE, e indagar en la repercusión que sobre el mismo proyecta la normativa contenida en la Ley vasca 3/92. Como ya fue indicado, el TC ha reconocido que, desde una perspectiva material, tal expresión debe entenderse más por referencia al Derecho civil foral en su conjunto que a instituciones forales concretas⁴. Desde el ámbito territorial, no parece de-

⁴ Siguiendo tal razonamiento, el Dictamen de Estado nº 1537/92 considera (p. 42) que parecería

fendible que el ámbito sobre el que se proyecta una institución foral deba mantenerse inmutable conforme a la extensión existente a la entrada en vigor de la CE.

De esta forma, sin admitir que tal fijación del ámbito de vigencia del Derecho civil foral por parte de la CA pueda ser ilimitado, cabría permitir tal desarrollo, a través de una modificación del ámbito territorial, siempre que quedara patente la existencia de conexión con las singularidades que caracterizan al Derecho civil foral. Así, cabría mantener una orientación interpretativa que defendiera que, en realidad, no se contiene en tales preceptos una nueva causa de adquisición de la vecindad foral, sino la consecuencia del cambio de régimen jurídico aplicable a un municipio⁵.

17. Analizar el alcance y significado del art. 10.5º EAPV constituye una obligada antesala al estudio de los preceptos del anteproyecto que se ocupan de la determinación del ámbito territorial del Derecho civil vasco.

El debate se centra en determinar si ampara o no la competencia del legislador autonómico para establecer ciertas normas que desempeñan una función especial, dentro del Derecho interregional, incardinables dentro de una categoría de Derecho interlocal⁶, y como proyectar la operatividad del art. 149.1.8 CE y sus límites sobre este ámbito.

Como premisa inexcusable debe tenerse presente que, aunque el precepto comentado sea la norma atributiva de competencia, tal disposición del EAPV debe ser interpretada de conformidad con la CE. La CE y el EEAA determinan la atribución de competencias “allí donde existan” tales Derechos civiles forales o especiales. En realidad, el precepto persigue justificar la competencia autonómica en el País Vasco para precisar la eficacia territorial del Derecho civil foral o especial, que se manifiesta de forma diversificada por razón del territorio, requiriendo, por ello, una regulación que aporte el necesario elemento de seguridad jurídica⁷. Tal problemática se aprecia de forma especialmente intensa en Bizkaia,

lógico entender también, en lo que hace al ámbito territorial del Derecho foral, que aquella expresión Constitucional se refiere, no al concreto ámbito territorial de una institución foral, sino a la totalidad del territorio autonómico, si bien dentro de ciertos límites.

⁵ El comentado Dictamen del Consejo de Estado señala, en su p. 51, que “No cambia la causa en virtud de la cual se adquirió dicha vecindad civil, ni la función de la vecindad civil como punto de conexión; lo que ocurre es que el régimen jurídico aplicable a los vizcaínos no aforados se sustituye por el de los vizcaínos aforados, y como tales pasarán a considerarse a partir del ejercicio de ese derecho de opción”.

⁶ Este término, que vendría a representar un segundo escalón dentro del sistema de solución de tales conflictos internos, se emplea en el art. 3 Compilación del Derecho Civil de Cataluña, al aludir a “conflictos interlocales e intercomarcales”, frente a los conflictos “interregionales”, refiriéndose de este modo a una dimensión *ad intra* del sistema.

⁷ Argumento que fue, llamativamente, utilizado en STC 226/1993, para justificar la fijación del Derecho Común como cláusula de cierre en los arts. 14.3º y 16.3º Cc; en mi opinión tal principio, el de seguridad jurídica, compromete y debe ser aplicado por todos los legisladores, estatal o autonómicos. La

donde, como ya ha sido indicado, no existe una frontera nítida entre los ámbitos de aplicación de ambos ordenamientos civiles (foral y común).

El artículo citado puede ser interpretado de forma acorde a la CE, y de acuerdo a las peculiaridades citadas, delimitando el alcance de tal competencia y ciñéndolo a la determinación concreta del territorio en que se aplica el Derecho civil foral, es decir, proceder a la especificación de aquellos territorios que estén sometidos a la legislación civil común y a la foral⁸.

En definitiva, ante la difícil y variable determinación del ámbito territorial del Derecho civil foral en la CA del País Vasco, se ha de interpretar el precepto como comprensivo de la facultad autonómica para designar el territorio en que rige una norma foral, su ámbito de vigencia, dentro de los límites territoriales de la CA, pero siempre enmarcado en los contornos fijados por el art. 149.1.8 CE, por lo que no cabrá, en principio, una fijación en abstracto de dicho ámbito territorial⁹. Debe considerarse, por tanto, que tal atribución competencial en orden a la delimitación del ámbito territorial de vigencia del Derecho civil foral del País Vasco es una necesidad que viene impuesta por los difusos contornos de las fronteras de aplicación de ambos ordenamientos civiles.

El conocimiento de esa realidad histórica es clave para interpretar y dotar de sentido a la disposición contenida en el art.10.5º EAPV, que integra, junto al art. 149.1.8 CE el llamado bloque de la Constitucionalidad, y justifica que sea el Parlamento Vasco el encargado de aportar, atendiendo a sus raíces históricas, soluciones a esas situaciones mixtas, derivadas de la indicada diversidad legislativa. En este ámbito, cobra especial interés la construcción dogmática elaborada por el profesor J.D. González Campos, que, tras centrarse en una vertiente formal del sistema (extraída de la interpretación del tenor literal del texto Constitucional), considera que no parece que vulnere el art. 149.1.8 CE el admitir que, siempre que la misma naturaleza de una institución foral lo justifique, y de acuerdo con la tradición histórica de ese ordenamiento, pueda el legislador de una Comunidad histórica determinar el ámbito de aplicación espacial del propio Derecho material, foral o especial, a la par que modifica o desarrolla éste.

Tal orientación, que resulta plenamente coherente con la pretensión de garantizar la plena efectividad de la "conservación, modificación y desarrollo" de tales

vigencia del art. 9.3º CE se extiende lógicamente a toda instancia legislativa.

⁸ Sobre el particular, M^ºP. Sanchez Gonzalez, "Competencias de los Parlamentos Autónomos en la elaboración del Derecho civil: Estudio del art. 149.1.8 de la Constitución", *ADC*, 1986, IV, p. 1141.

⁹ En tal sentido, C. Martínez de Aguirre Aldaz, "Notas para la interpretación del inciso 'Allí donde existan' del art. 149.1.8 de la Constitución Española", *I Congreso de Derecho Vasco: La actualización del Derecho civil*, Oñati, 1983, p. 239, al señalar que tal atribución de competencia no puede servir para extender indiscriminadamente a todo el territorio de la CA el Derecho civil foral actualmente vigente en parte de ella, sino que el precepto y su alcance deben ponerse en relación con el problema que plantea la dualidad de legislaciones civiles.

Derechos civiles forales, y que resulta irreprochable en cuanto a su lógica interna¹⁰, presenta sin embargo un difícil encaje desde una perspectiva exclusivamente formal del sistema, conforme a la doctrina sentada por el TC. Sólo si se interpreta que tal actuación del legislador autonómico no implica una fragmentación de éste en tantos sistemas interregionales como Derechos civiles forales o especiales existen podrá evitarse el reproche derivado de la distorsión que su proyección general sobre el sistema plantea, para atender a las circunstancias específicas reguladas, y considerar así que la sede lógica para su regulación, con fundamento en las soluciones históricamente establecidas, radica en el propio Parlamento vasco.

18. El Dictamen del Consejo de Estado nº 1537/92 defendió la adecuación al orden competencial establecido en la CE a través de una construcción teórica que responde al objetivo que pretendió alcanzar el legislador autonómico con esta regulación, pero que plantea ciertas disfunciones si se proyecta de forma global sobre el sistema español de Derecho interregional diseñado en la CE. En efecto, el señalado Dictamen añade un escalón más al ámbito del Derecho interregional, y considera (pp. 56 ss) que las presunciones acerca de la vecindad civil establecidas en el precepto no se refieren a los conflictos interregionales, sino a los que puedan producirse “en el interior de la propia Comunidad Autónoma”, dada la existencia de diversos regímenes de Derecho civil. Por ello, considera:

“1) Que tales normas resultan necesarias para la aplicación del propio Derecho Foral, y

2) Que presuponen el régimen general común, al no incorporar modificación alguna frente a lo dispuesto en la legislación civil general (argumento discutible, ya que una eventual modificación de la legislación general o común introduciría un nuevo elemento de complejidad en el reparto competencial)”.

La construcción realizada vendría a defender que, en realidad, la norma dictada por el legislador autonómico no pretende solucionar conflictos interregionales en sentido estricto, sino los propios conflictos internos que, en el seno de la CA del País vasco pudieran producirse ante la diversidad legislativa apuntada, y con el sustrato histórico ya analizado. En efecto, desde un punto de vista dogmático podría optarse, bien por configurar una categoría de normas de Derecho interlocal, que se proyecta sobre el territorio de la CA, o en segundo lugar, y sin crear

¹⁰ Tal tesis se formula tras reconocer que, en buena interpretación del texto Constitucional, no puede acogerse la tesis restrictiva que limita el tenor del precepto a las normas de conflicto, al basarse ésta en una concepción doctrinal del Derecho internacional privado hoy superada, y señalar a continuación que “no menos evidente resulta, en contrapartida, que en muchos casos será difícil al legislador de una Comunidad Autónoma, llegado el momento de modificar o desarrollar su propio Derecho civil, foral o especial, prescindir de forma absoluta de la extensión en el espacio del Derecho material vigente en esa Comunidad, mediante normas materiales ‘autolimitadas’; en efecto, si se eliminase ese extremo, ciertas instituciones forales podrían verse desnaturalizadas”.

dicha categoría, estimar que tales normas vienen caracterizadas por contener una conexión implícita a través de una directa vinculación con el territorio interno de la CA, atendiendo a supuestos conflictivos localizados en el mismo.

¿Se trata de una norma material especial de Derecho interregional? ¿Salva tal calificación la Constitucionalidad de la norma? ¿Qué alcance interpretativo debe darse al confuso tenor del art. 149.1.8 CE, al aludir a normas para resolver los conflictos de leyes? ¿Dónde está el límite o umbral para una adecuada interpretación de la reserva estatal en tal materia? ¿Puede admitirse la Constitucionalidad de la norma alegando que su aplicación ha de producirse dentro del territorio de la CA, y por tanto, considerar que no se trata de una norma de resolución de los conflictos interregionales, sino de los propios conflictos que pudieran suscitarse por la diversidad de regímenes jurídicos civiles coexistentes en el País Vasco?.

19. El debate doctrinal acerca del alcance de la regla del art.149.1.8 CE, y en particular, saber si tal competencia exclusiva puede verse mediatizada a través de una interpretación flexibilizadora de su tenor literal que evite la desnaturalización de las instituciones forales debe partir de los precedentes sentados por el TC, como la STC 72/1983, de 29 de julio¹¹.

Tal orientación fue confirmada en la STC 156/1993, de 6 de mayo, al subrayar en el FJ tercero que la Constitución ha optado por establecer un sistema estatal uniforme de Derecho civil interregional, al tratarse de una materia enteramente sustraída por el 149.1.8 CE a la acción normativa de las CC AA. En particular, el FJ 2,b de la citada sentencia destaca expresamente que

“La disposición impugnada afecta, sin duda, a la vecindad civil y al constituir ésta, según se recordó, punto de conexión para la determinación del estatuto personal es claro que mediante aquélla se viene a incidir sobre un aspecto nuclear del Derecho interregional, sector éste del ordenamiento al que la norma Constitucional se refiere (junto al Derecho internacional privado) con la expresión ‘normas para resolver los conflictos de leyes’”.

Se excluye, en definitiva, toda posibilidad de fijación de regímenes autonómi-

¹¹ Al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley vasca de cooperativas de 1 de febrero de 1982, el TC señaló en el FF JJ 5 y 6 que la competencia para dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.8 CE, y que hasta que el Estado no dicte una Ley postconstitucional, lo dispuesto en el Cc en la materia será la normativa aplicable al problema conflictual planteado. En su comentario a la sentencia, A. Arce Janariz, “Claves Constitucionales de revisión de los conflictos de leyes internos (Comentario a la STC 72/1983, de 29 de julio)”, *REDI*, 1984, II, pp. 547 ss, subrayó que desde una dimensión formal el precepto no ha introducido ninguna variación sustancial en el sistema español de Derecho interregional, y que la solución de los conflictos de leyes no se ha descentralizado. Considera que la expresión empleada en el precepto incluye toda la gama de técnicas de reglamentación que articulan el sistema de Derecho interregional, sin que las CCAA puedan, en principio, acceder a esta materia, que, por la exclusividad de la potestad estatal, les queda vedada.

cos peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, tal y como confirma la ya comentada STC 226, de 8 de julio de 1993, al subrayar en su FJ 2 la uniformidad de régimen en materia de Derecho interregional, con el fin de asegurar un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles, y una posición de paridad o igualdad entre todos ellos, y reiterar (FJ 4), que

“La Constitución optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de derecho civil interregional, de modo que es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y, antes aún, la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas”.

Por tanto, la delimitación del alcance del precepto Constitucional es decisiva para la valoración de los comentados preceptos de la Ley vasca 3/92, e indagar en los límites de la habilitación contenida en la norma de competencia establecida en la CE. La clave para la resolución de tal debate se centra en la incorporación del principio de competencia, con incidencia en el sector del Derecho aplicable, al implicar un juicio de validez de los preceptos analizados.

El tenor literal del art. 149.1.8 CE, al atribuir competencia exclusiva al Estado en la materia reseñada plantea una nueva polémica sobre las técnicas de reglamentación que deben incardinarse en la expresión “normas para resolver los conflictos de leyes”¹². En particular, el debate se plantea en torno a la extensión de la competencia autonómica para determinar el ámbito de vigencia espacial y personal de su Derecho civil foral, y la posibilidad o no de acogerse, para su fijación, a otras técnicas normativas diferentes de la norma de conflicto, estableciendo normas materiales especiales para el tráfico interregional.

De este modo, surgen orientaciones doctrinales que sostienen, en cuanto al alcance de la técnica normativa contemplada en el art. 149.1.8 CE, que ésta es exclusivamente la norma de conflicto, de forma que las CC AA podrían reglamentar tal ámbito personal o territorial de su legislación foral o especial acudiendo a otras técnicas normativas, o al menos sostener que no debe olvidarse el respeto a los principios que inspiran las instituciones reguladas en los diversas legislaciones forales o especiales, de forma que éstas no queden desnaturalizadas. En efecto, tal y como ha sido analizado, si el legislador autonómico careciera de competencia para legislar sobre tales conflictos internos, producidos en el seno de su territorio, no existiría vía alguna para tratar de remediar situaciones conflictivas derivadas de tal diversidad legislativa, y que históricamente han generado la necesidad de aportar una solución frente a la inseguridad jurídica generada.

¹² El art. 15 de la Constitución de 1931 aludía a “La regulación de los Estatutos personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España”. Por su parte, el Anteproyecto de Constitución adoptaba en el art. 138.7, la misma redacción que el citado precepto de la Constitución de 1931 republicana.

Frente a tales construcciones doctrinales, el sistema español viene caracterizado, desde una perspectiva formal, y a través del tenor del art. 149.1.8 CE y la doctrina del TC como un sistema unitario de solución de los llamados conflictos de leyes, al haber optado por dejar en manos del Estado el establecimiento del llamado Derecho interregional, y evitar su fragmentación. Sin embargo, y al margen de los ya comentados límites constitucionales a esa facultad estatal de configuración del sistema de forma uniforme, la exposición realizada sobre el alcance de los preceptos contenidos en la Ley vasca 3/92 plantea el interrogante acerca de si tal grado de uniformidad queda realmente afectado por la intervención del legislador autonómico en la resolución de conflictos puramente internos, que quedarían sin respuesta caso de no admitirse la misma. Además, ésta viene justificada por el análisis histórico realizado, que demuestra su origen y los intentos esbozados a lo largo de su evolución, dirigidos a eliminar o atenuar sus efectos sobre el Derecho civil foral.

20. Dentro del anteproyecto, el Capítulo III del Título preliminar aborda la espinosa cuestión de los conflictos de leyes internos en el ámbito de la CCAA vasca. La futura norma vasca pretende huir de la tentación de dictar normas particulares en materia de conflictos, por lo que en su art. 9 efectúa, a falta de normas especiales, una primera remisión general a las soluciones previstas en el Código Civil, con una reserva para el supuesto de la troncalidad vizcaína, institución que ya fue tratada de forma diferenciada, desde el punto de vista conflictual, en el propio Código Civil.

El art. 10, en relación a la vecindad civil, delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, señalando que a los efectos de esta ley son vascos y están sometidos a la misma quienes tengan su vecindad civil en alguno de los tres Territorios Históricos. Tal vecindad civil vasca, así como la local, se adquiere, se conserva y se pierde conforme a las normas contenidas en el Cc. Tras esta doble clasificación (vecindad vasca y vecindad local) subyace la argumentación empleada por el Consejo de Estado, en su Dictamen de fecha 27 de mayo de 1993, (expediente 1537/92), en relación al recurso de inconstitucionalidad interpuesto en su momento contra determinados preceptos de la Ley 3/92, al distinguir diferentes niveles o escalones dentro de la problemática conflictual que afecta a la CA Vasca y, en particular, a Bizkaia y Álava, situándola en el ámbito de los denominados conflictos interlocales.

De esta forma, no puede hablarse de creación *ex novo* de una nueva vecindad civil (la vecindad civil vasca), sino que se positiviza el reconocimiento de la existencia de tal categoría, como única vía conflictual que permita hacer realidad la aplicación de ciertas instituciones civiles propias de nuestro Derecho civil vasco a los tres Territorios Históricos, respetando las particularidades o especificidades de cada uno de ellos, pero a la vez dando plasmación normativa a una realidad subya-

cente históricamente y que por primera vez adquiere refrendo legal.

El art. 11 del Anteproyecto establece una doble presunción, que afecta a la vecindad civil del otorgante y al régimen económico matrimonial, al señalar, en línea acorde con el vigente art. 14.2º Ley 3/92, que en los instrumentos públicos se hará constar la vecindad civil y la vecindad local del otorgante y cuando el instrumento público pueda afectar a las disposiciones que se otorguen o sus efectos, también el régimen de bienes que rija su matrimonio. El precepto articula tal presunción *iuris tantum* conforme a ciertos puntos de conexión (lugar de nacimiento, último domicilio común de los cónyuges, lugar de celebración del matrimonio).

Junto a la pretensión de garantizar el desarrollo del Derecho civil foral y alcanzar un necesario grado de seguridad jurídica en la aplicación de tales instituciones, debe recordarse que el expresado Dictamen del Consejo de Estado consideró que las presunciones acerca de la vecindad civil establecidas en el precepto de la Ley 3/92 no se refieren a los conflictos interregionales, sino a los que puedan producirse “en el interior de la propia Comunidad Autónoma”, dada la existencia de diversos regímenes de Derecho civil.

La disposición Transitoria Séptima del anteproyecto persigue aclarar situaciones transitorias que pueden plantear complejas situaciones conflictuales, y aclara expresamente que,

“Desde la entrada en vigor de esta Ley, quienes gocen de vecindad civil en cualquiera de los territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco, adquirirán automáticamente la vecindad civil vasca y la vecindad civil local que, en su caso, les corresponda.

La nueva legislación que les resulte aplicable, de acuerdo con lo establecido en esta disposición, no alterará el régimen económico matrimonial o patrimonial, en el caso de las parejas de hecho, salvo que se acuerde en capitulaciones matrimoniales; y, en lo relativo a las relaciones personales y sucesorias, se estará a lo dispuesto en la disposición transitoria primera”.

21. Cabe afirmar, en conclusión, que ninguno de los preceptos contenidos en el anteproyecto responde a una actitud caprichosa del legislador autonómico, ya que detrás de cada particular regulación se aprecia la pretensión de asegurar, frente a la diversidad jurídica que caracteriza a la CA, una adecuada aplicación y salvaguarda de las instituciones forales. Desde un ángulo histórico, cabe apreciar la voluntad del legislador autonómico de pretender adaptarse a sus circunstancias particulares, que requieren respuestas normativas específicas. Éstas se articulan a través de normas que desempeñan una función especial, dentro del Derecho interregional, enmarcada en una subcategoría que cabe calificar como Derecho interlocal, en una vertiente *ad intra* del sistema, con la pretensión de responder a las peculiaridades derivadas de la parcelación del Fuero y la diversidad legislativa que caracteriza al Derecho civil foral vasco.

Se trata, en definitiva, de normas adecuadas y convenientes, elaboradas en la

sede parlamentaria lógica, e imprescindibles para la propia regulación sustantiva de las instituciones forales. Caso de no admitirse tal posibilidad, tan sólo restaría solicitar a las Cortes Generales la regulación de tales conflictos internos, localizados territorialmente en el seno de la CA.

La necesidad de delimitar el ámbito de vigencia, es decir, el territorio en que rige una norma autonómica no debe considerarse contrario al entramado competencial sentado en la CE: dicho territorio será el de la propia CA, en cuanto límite máximo, pero cabe que tal legislación civil foral no se aplique en todo su territorio. Por ello, debe admitirse la competencia para fijar tal ámbito. La reserva competencial estatal para dictar reglas de resolución de los conflictos de leyes interregionales deriva de la necesidad de garantizar una aplicación armónica, uniforme e igualitaria de los distintos Derechos civiles que coexisten en España, y la comprensión de tal reserva debe entenderse en dicho contexto. Tal uniformidad no se ve, a mi juicio, vulnerada por la regulación específica proyectada por el legislador vasco. El debate queda abierto, y es la esencia de nuestra profesión y vocación universitaria, enriquecida por seminarios como el celebrado en la Universidad Complutense (Madrid 24 y 25 de marzo de 2011), origen de estas precedentes reflexiones.

UNA PERSPECTIVA DE RENOVACIÓN Y DOS PARÁMETROS DE SOLUCIÓN EN LOS ACTUALES CONFLICTOS INTERNOS DE LEYES ESPAÑOLAS

Javier PÉREZ MILLA

Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Perspectiva de renovación. II. Parámetro CE: organización plurilegislativa territorial y conflictual. III. Parámetro UE: regeneración del mercado interno de servicios.

RESUMEN: España es un Estado plurilegislativo que se organiza territorialmente. Sin embargo, la territorialidad ha generado disfunciones que se agravan tanto por la expansión de los Derechos autonómicos como por la crisis económica. El artículo analiza cómo superar las distorsiones de la territorialidad desde dos parámetros de solución. En primer lugar, desde un punto de vista constitucional, fortaleciendo el equilibrio de la organización plurilegislativa. En segundo lugar, implementando un nuevo principio de actuación que proviene de la Directiva de servicios. La finalidad que se pretende consiste en facilitar la comunicación entre los diferentes territorios españoles y para ello es necesario desarrollar suficientemente un sistema de solución de conflictos internos de leyes españolas.

PALABRAS CLAVE: TERRITORIALIDAD – CONFLICTOS INTERNOS DE LEYES – DIRECTIVA DE SERVICIOS.

SUMMARY: Spain is a plural Legal system that is organized territorially. However, the territoriality has created inefficiencies that are compounded both by the expansion of Regional Law as well as the economic crisis. This study analyzes how to overcome the distortions of territoriality with two parameters. First, from a constitutional point of view, strengthening the balance of the multi Legal organization; second, implementing a new principle of action that comes from the Services Directive. The stated purpose of the study is to facilitate the communication between the different Spanish territories and develop sufficiently the internal Spanish Conflicts of Law system.

KEY WORDS: TERRITORIALITY PRINCIPLE – INTERNAL CONFLICTS OF LAW – SERVICES DIRECTIVE.

I. Perspectiva de renovación

En 1978, Manuel Clavero Arévalo sirvió el “café para todos” preparado desde las cocinas de Ortega y Gasset¹. Aunque el filósofo madrileño ya vislumbrara la complejidad de su propuesta², hoy muy posiblemente quedara aturdido y no sólo por la contingencia en la que se sigue debatiendo la cuestión nacional o los cambios en un método de gobierno que han propiciado una oleada de Estatutos de Autonomía (EE AA)³. El Estado autonómico, en función de la materia competencial de referencia, multiplica por siete, ocho, diecisiete o dieciocho veces la realidad normativa española. Si la cantidad ya dota al sistema de altas dosis de complicación, ésta se intensifica al añadirse otras circunstancias de tipo estructural: elevados costes de información y transacción, intervencionismo constante de la Administración, la compartimentalización a la que aboca la territorialidad y, en un contexto de grave crisis, es tiempo de advertir de las disfunciones y los altos costes económicos del modelo⁴.

Si del pensamiento se quiere pasar a la acción, acometer la renovación del modelo es labor que compete a un amplio número de agentes: el Legislador esta-

¹ Vid. M. Clavero Arévalo, *España, desde el centralismo a las autonomías*, Barcelona, 1983, pp. 52–53 y P. W. Silver, “Ortega y la revertebración de España”, *Política de la Vitalidad: España Invertebrada de José Ortega y Gasset*, Madrid, 1996, pp. 17–34, para quien “Ortega es el abuelo del Título VIII de la Constitución de 1978” (p. 30).

² “Los que somos partidarios de una organización autonómica de España, (...) sabemos muy bien que autonomía quiere decir complicar las cosas”; vid. J. Ortega y Gasset, *Discursos políticos*, Madrid, 1990, pp. 272–273.

³ En la doctrina administrativista y constitucionalistas es palpable el desconcierto causado por unos Estatutos de segunda generación que obligan a re–calificar un modelo de Estado autonómico para introducir planeamientos de heterogeneidad y asimetría, federalismo cooperativo, federalismo o confederalismo (...); vid., entre otros, R.L. Blanco Valdés, *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*, Madrid, 2005, esp. pp. 187–193, J.M. Pemán Gavín, “El sistema español de autonomías territoriales. Apuntes para un diagnóstico”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 35, 2010, pp. 11–73, J. Tudela Aranda, “El Estado autonómico treinta años después: ensayo de una valoración”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 24, 2009, pp. 191–242 o “Heterogeneidad y asimetría en un estado indefinido. Una aceptación de la diversidad que es una puerta de futuro”, *La reforma del Estado Autonómico Español y del Estado Federal Alemán*, Madrid, 2009, pp. 111–149 en donde se hace la siguiente afirmación (pp. 145–146): “La heterogeneidad resultante no es producto de la voluntad consciente de ninguna instancia. Es resultado de un proceso en el que la improvisación ha sido excesiva, dominada por una coyuntura sin rumbo fijo”.

⁴ Vid. una visión crítica del modelo en J. Pérez Milla, *La territorialidad en el ordenamiento plurilegislativo español. Materia de contenido económico con especial referencia al Derecho cooperativo*, Valencia, 1999 e *id.*, *Conflictos internos de Leyes española, en la frontera*, Zaragoza, 2010. Desde un punto de vista económico, reiteradamente la Comisión Nacional de la Competencia considera el reparto territorial de competencias como una causa principal de la baja competitividad en ciertos sectores; por citar los dos últimos, vid. Informe sobre Anteproyecto de Ley de Regulación del Juego o Informe sobre Anteproyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados (www.cncompetencia.es/Inicio/Promocion/Informes).

tal y autonómico, las Administraciones, la Justicia o la Universidad cuyas propuestas, expertas, suelen quedar apartadas por lo que en España se conoce como Política, que voraz y oportunista, monopoliza todo. Desde el punto de vista jurídico, tal tarea necesita del concurso de casi todas las ramas jurídicas, pues a todas afecta: constitucional, administrativo, mercantil, civil, incluso fiscal; en esta tarea, el Derecho internacional privado (DIPr) debe tener una participación singular pues su mismo objeto consiste en la coordinación de ordenamientos jurídicos⁵ y, dada la muy alta capacidad organizativa de sus mecanismos, sus propuestas son indispensables a la hora de ordenar eficientemente el conjunto plurinormativo español.

El Estado autonómico se ha construido sobre la base de una territorialidad estricta. Su primer diseño en la jurisprudencia constitucional se muestra en una Sentencia “interregional” que dilucida la cuestión de “determinar el ámbito territorial de la competencia asumida”; en interpretación del art. 20.6º EA vasco, el Tribunal Constitucional (TC) concluye que “las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma han de entenderse referidas al ámbito territorial del País Vasco, ‘salvo disposición expresa en contrario’ (...que) ha de estar contenida en el bloque de la constitucionalidad”⁶. Un año después (STC 44/1984 de 27 de marzo)⁷ se mantiene y justifica el mismo modelo: “El alcance territorial de las competencias autonómicas aparece recogido en el Estatuto Vasco (...) Esta referencia territorial que, como criterio general, se encuentra en todos los Estatutos de Autonomía, viene impuesta por la organización territorial del Estado en Comunidades Autónomas (art. 137 CE) y responde a la necesidad de hacer compatible el ejercicio simultáneo de las competencias asumidas por las distintas Comunidades”.

La territorialidad, como fórmula de organización, tiene su origen en las doctrinas estatutarias y, renovada y asociada a la unilateralidad⁸, fue la clave utiliza-

⁵ Esta función jurídico formal conecta con las doctrinas estatutarias, origen del modelo territorial: “El fundamento de la teoría de los estatutos es, pues, de carácter jurídico formal, dado que la función del DIPr es la de determinar los límites de la ley en el espacio. Pero cabe observar, de otra parte, que estos límites guardan relación con el ámbito espacial de poder que dicta la ley”, *vid.* J.D. González Campos, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, 1996, p. 5243.

⁶ STC 72/1983 de 29 julio (*Westlaw Aranzadi* RTC 1983\72). Esta Sentencia tiene su antecedente inmediato en otra del TC de 16 de noviembre de 1981 (*Westlaw Aranzadi* RTC 1981\37).

⁷ *Westlaw Aranzadi* RTC 1984\44.

⁸ En la doctrina europea, rescata los planteamientos de una territorialidad “administrativa” estricta K. Vogel, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsnormen*, Frankfurt a. Main/Berlin, 1965. Estos planteamientos han sido traídos a la doctrina española por L. Garau Juaneda, “Comunidades Autónomas y Derecho interregional”, *Constitución, CC AA y Derecho internacional*, Santiago de Compostela, 1982. Sobre las claves de cómo se adaptó la territorialidad al Estado de las Autonomías, *vid.* las obras de A. Arce Janáriz, *Constitución y Derechos civiles forales*, Madrid, 1987; *id.*, *CC AA y conflictos de leyes*, Madrid, 1987.

da para diseñar el Estado plurilegislativo autonómico. En teoría, el modelo territorial es muy apropiado puesto que distintas CC AA ejerciendo sus competencias cada una en un ámbito espacial diferente, evitan las zonas de fricción o conflictos de leyes; pero en este planteamiento, la proyección de la territorialidad está limitada a su perspectiva formal o normativa donde se consideran solo los aspectos relacionados con el ámbito de validez o de eficacia de las leyes territoriales. Una perspectiva de renovación se centra en las consecuencias de la territorialidad sobre las situaciones jurídicas. Este punto de vista genera muy diversas e importantes consecuencias jurídicas y lleva a concluir que las consecuencias del modelo son degenerativas puesto que una absoluta territorialidad obliga a que las situaciones jurídicas se desarrollen *ad intra* lo que provoca su fragmentación y multiregulación; pero además, las bondades teóricas del modelo territorial (ser la clave para prevenir los conflictos de leyes)⁹, no son reales.

Hoy, la respuesta de referencia a las cuestiones de los conflictos de leyes proviene de un tiempo en el que el régimen político era muy distinto aunque se coincidía con un panorama de crisis económica, causada entonces por el petróleo: el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo¹⁰. Sin embargo, el tradicionalmente denominado Derecho interregional sólo demuestra una aptitud parcial para resolver con eficiencia los actuales conflictos internos de leyes españolas pues son muchas las limitaciones que presenta, tanto en relación a su adecuación como a su proyección. La respuesta interregional, en su origen, estaba dirigida a la solución de conflictos de leyes forales cuando en la actualidad este ámbito ha quedado ampliamente superado por una realidad autonómica que extiende su legislación a otras materias de tal modo que es más preciso hablar, al menos, de la existencia de conflictos de Derechos civiles autonómicos. Si se atiende a los mecanismos de solución, el Derecho interregional consiste en una adaptación de las reglas del DIPr autónomo y no acoge otras respuestas, ni siquiera las que provienen de fuente convencional o de la Unión europea. Además, el remedio interregional estaba orientado *ad intra*, cuando hoy los Derechos civiles autonómicos tienen una proyección exterior y mixta donde la situación jurídica aparece vinculada tanto a una Ley autonómica como con un ordenamiento jurídico extranjero. Desde otro punto de vista, la denominada dimensión interna del DIPr muestra sus limitaciones si los conflictos son causados por la coexistencia de normativas jurídico públicas que afectan a situaciones jurídico privadas (conflictos territoriales) o cuando se le exige desarrollar funciones más amplias para las que estaba previsto (en referencia genérica a una eventual delimitación del ámbito de aplicación de las leyes autonómicas).

⁹ Vid. J.D. González Campos, "El marco constitucional de los conflictos internos en España", *Europäischer Binnenmarkt Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung*, Heidelberg, 1995, p. 31.

¹⁰ *Westlaw Aranzadi* RCL\1974\1385.

Si el art. 16 Cc articula un sistema para organizar “la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional”, la competencia estatal es más amplia –“normas para resolver los conflictos de leyes” (art. 149.1.8 CE)– de tal manera que el sistema de solución de conflictos internos debe quedar independizado del ámbito normativo jurídico público o privado donde se produzca el conflicto. De hecho, la presencia de normativa pública o privada origina dos grandes tipologías de conflictos (territoriales e interregionales) y si el Derecho interregional, desde el parámetro de paridad entre ordenamientos, daría solución a los segundos, los primeros se rigen por reglas propias, derivadas de la configuración territorial del Estado y del respeto a las competencias autonómicas.

Desbordado el Derecho interregional por el acontecer autonómico, se puede criticar la deslealtad del legislador estatal por no realizar la tan anhelada Ley de conflictos internos para “dar respuestas claras, previsibles y justas a los cada vez más y más novedosos supuestos (conflictos)”¹¹ mientras aparecen propuestas particulares desde las CC AA: normas de definición competencial con pretensiones de delimitación unilateral del ámbito de aplicación espacial, normativa de intervención autonómica o una mera fórmula de aplicabilidad territorial del Derecho autonómico (fórmula territorial). En este panorama, a continuación se ofrecen dos parámetros de respuesta a los actuales conflictos internos de Leyes españolas.

II. Parámetro CE: organización plurilegislativa territorial y conflictual

La ordenación de la plurilegislación autonómica se basa en la territorialidad; sin embargo, el modelo no es puro ya que no todas las situaciones jurídicas son susceptibles de adaptarse a su consecuencia principal: la fragmentación territorial o un desarrollo *ad intra*, limitado al territorio. Desde la perspectiva de cómo afecta la territorialidad a las situaciones jurídicas en el Estado de las Autonomías, muy resumidamente¹², se pueden diferenciar tres tipologías cuyo origen se encuentra en el bloque de la constitucionalidad (o en la legislación estatal que completa la distribución competencial) donde las competencias son espacialmente delimitadas por unos criterios territoriales –denominados por el TC, “puntos de conexión”¹³– explícitos/implícitos o relativos: situaciones homogéneas que se corresponden con el modelo de territorialidad absoluta (aplicable a situaciones jurídico –administrativas)¹⁴; situaciones libremente heterogéneas, acompa-

¹¹ Vid. S. Álvarez González, *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, p. 14.

¹² Sobre las bases teóricas, doctrinales, legislativas y jurisprudenciales de estas propuestas, vid. J. Pérez Milla, *op. cit.*; aquí se evitarán hacer las referencias pormenorizadas que allí se encuentran.

¹³ STC 173/2005, de 23 de junio de 2005 (*Westlaw Aranzadi* RTC 2005/173), entre otras.

¹⁴ Existe un problema terminológico, que es reflejo de una cuestión de fondo, de muy difícil solución puesto que la Jurisprudencia constitucional realiza una estricta identificación jurídico pública o jurídico

ñadas de las posibilidades extraterritoriales que ofrecen las normas dictadas para resolver los conflictos de leyes (respecto de las situaciones jurídico-civiles); finalmente y en relación tanto a relaciones jurídico públicas o privadas¹⁵, la habilitación de un *tertium genus* –la territorialidad relativa– que limita (cuantitativa o cualitativamente) el desarrollo espacial de las situaciones jurídicas. Sobre este esquema incide eventualmente (si existe tráfico externo) el sistema de solución de conflictos internos que determinará el ámbito (territorial o no) de la legislación autonómica.

No es sencillo cuadrar el modelo autonómico pues en él interactúan dos planos (competencial y conflictual) que inciden tanto sobre las normas como en relación a las situaciones jurídicas, originándose respuestas territoriales o extraterritoriales en función del sistema de solución de conflictos de leyes. Pese a la complejidad, existe en la mayoría de EE AA de las denominadas Comunidades forales¹⁶ una norma que ha sido capaz de condensar, con una fórmula modelo y un lenguaje lleno de misterios, el organigrama legislativo del Estado de las Autonomías. Esta norma viene a decir que *las normas y disposiciones de la Comunidad Autónoma tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que hayan de regirse por el estatuto personal u otras reglas de extraterritorialidad*.

Las lecturas de las que ha sido objeto este artículo–tipo por parte del TC han sido dos, básicamente. La primera, no por evidente es menos importante: toda

privada, pero ésta no se corresponde con la perspectiva internacional privatista que es más extensa; con la terminología jurídico administrativo/civil se quiere hacer mención a esta caracterización del TC.

¹⁵ Ocurre así, por ejemplo, en materia de cooperativas, fundaciones, asociaciones o entidades aseguradoras. Ciñéndonos a estas últimas, el art. 69.2º del texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados–a probado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre (*Westlaw Aranzadi RCL 2004\2307*)– establece que la ordenación de seguros por parte de las CC AA recaerá sobre aquellas entidades aseguradoras y reaseguradoras, “cuyo domicilio social, ámbito de operaciones y localización de los riesgos en el caso de seguros distintos del de vida y asunción de los compromisos en el supuesto de seguros de vida, que aseguren se circunscriban al territorio de la respectiva Comunidad Autónoma”. La STC 173/2005, de 23 de junio (*Westlaw Aranzadi RTC 2005/173*) no consideró que “el triple punto de conexión represente un obstáculo para la efectividad del principio de autorización única y de reconocimiento mutuo entre los Estados miembros”. Aunque la actividad aseguradora quede fuera del ámbito de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior (no así otros servicios prestados por una cooperativa o una fundación), visto el panorama, cobra más fuerza aún si cabe, las afirmaciones vertidas en el voto particular de la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde y del Magistrado don Pablo Pérez Tremps a esta Sentencia: “el intento de ‘territorializar’ actividades de contenido económico, y muchas de otra naturaleza, pero sobre todo aquéllas, en un sistema jurídico-político como el actual, en el que la unidad de mercado se proclama e impone no sólo en el seno del Estado, sino también de la Unión Europea, resulta lisa y llanamente una labor imposible e inútil”.

¹⁶ Esta norma se contiene expresamente en numerosos EE AA, aunque no existe homogeneidad ni en su formulación (*vid.* art. 9º EA de Aragón o art. 20.6º EA del País Vasco) ni existe sólo para las CA forales (*vid.* art. 7 EA de Andalucía).

norma autonómica, de base territorial, puede aplicarse extraterritorialmente en función de lo que determine el sistema de solución de conflictos internos. Una consecuencia principal de esta visión es la posición de referencia material y compositiva que ocupa el sistema conflictual. Frente a los automatismos que ofrece la territorialidad para evitar los conflictos (fundamentalmente, la fragmentación territorial de la situación y la competencia supraterritorial del Estado), una ley estatal de solución de conflictos sirve para “calificar” las situaciones. Si consideramos la regulación interregional, ello quiere decir que trasladará su naturaleza bilateral e interregional a los conflictos de leyes (territoriales)¹⁷ autonómicos que surgen en relación a las uniones extramatrimoniales o a la protección de menores¹⁸ y, en función de lo dispuesto en el art. 16 Cc, se determinará la solución apropiada (territorial o extraterritorial) a estos conflictos. De la misma manera, el art. 7 Ley 50/2002, de 26 de diciembre de fundaciones opta por la unilateralidad y la respuesta territorial para solucionar unos conflictos en relación a la capacidad de una fundación extranjera para recibir una donación, que tradicionalmente habían sido resueltos por el art. 9.11º Cc¹⁹.

Es posible la relectura de este artículo estatutario tipo, ahora, en clave competencial. Cuando el sistema conflictual estatal establece una solución de ley aplicable a un conflicto, está determinando qué situaciones jurídicas pueden ser reguladas por una ley autonómica y cuales no; dicho de otra forma, delimita el ámbito espacial de competencia legislativa que le corresponde o le es excluido a una CA respecto de una situación heterogénea y, al desarrollar esta función, puede desbordar (condicionar) los límites territoriales de la competencia. Con carácter general se puede afirmar que la dimensión espacial de una competencia autonómica queda desactivada cuando el plano conflictual estatal es operativo de tal modo que la aplicabilidad de la normativa autonómica dependerá de los criterios establecidos por un sistema externo y no de los factores espaciales (territoriales) de la propia competencia. Es en este sentido como el sistema conflictual completa el modelo de Estado autonómico al actuar como una *lex superior* que delimita espacialmente el ámbito de la competencia legislativa autonómica.

Tal trascendencia competencial puede ser vista con resquemor por las CC AA e incluso ser una razón de peso por la que la realización de una Ley estatal de

¹⁷ De aquellas CC AA sin competencias en materia de Derecho civil.

¹⁸ En relación a la protección de menores, el Convenio 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (*BOE*, 2-XII-96), la ausencia de una declaración en el sentido del art. 46 lo hace aplicable a situaciones internas y aunque permite (art. 48) la operatividad del art. 9.6º en relación al art. 16 Cc. en relación a los conflictos internos, sin embargo, se dan complicaciones y escasa adaptación del sistema interregional español frente a la facilidad del modelo convencional (al utilizar básicamente la conexión directa de la residencia habitual).

¹⁹ Res. DGRN 24 enero 2008 (RJ 2008\627).

solución de conflictos internos tiene tantos problemas para ser una realidad. Sin embargo, el temor no debería ser tanto pues ya existe experiencia de cómo interactúan los dos planos (conflictual/competencial) en el Estado de las Autonomías. En el voto particular a la STC 72/1983 y posteriormente ya en los fundamentos de la STC 156/1993 de 6 de mayo²⁰, el TC validó la normativa material autolimitada autonómica mediante una fórmula de habilitación, con proyección general y con esta misma doble trascendencia competencial y conflictual. El TC primero reiteró la exclusividad competencial del Estado²¹ para después diseñar el mecanismo habilitador: “se está regulando una materia por entero ajena, como hemos dicho, a las competencias autonómicas y en la que, por lo mismo, las disposiciones de las CC AA no pueden, so pena de incurrir en invalidez sino reiterar –en su caso y si así lo exigiera la sistemática de la legislación– lo establecido en la normativa dictada por el Estado”. La utilización de esta fórmula por el legislador autonómico depende, según el Constitucional, de una premisa genérica –“en su caso y si así lo exigiera la sistemática”–; pero el TC no restringe su uso general: no se limita temporalmente por lo que se puede proyectar a cualquier normativa futura; no lo confina competencialmente, siendo aplicable a normas de las CC AA con independencia del título competencial en el que se fundamente esa legislación; no señala el ámbito material donde sería aplicable sino que dependerá de si existe una regla conflictual estatal de referencia; por último, tampoco lo restringe metodológicamente, de manera que el mecanismo puede ser aplicado con independencia de cuál sea la técnica normativa utilizada por el legislador estatal e imitada por el autonómico (norma de conflicto unilateral, material especial, etc.).

El único requisito categórico que impone el TC es la igualdad absoluta entre la conexión utilizada por la norma estatal y la recogida en la autonómica unilateral (“no pueden, so pena de incurrir en invalidez, sino reiterar”). Con la reiteración, se responde a una exigencia constitucional de neutralidad conflictual que exige que el sistema conflictual estatal jamás quede alterado por la normativa autonómica. Esta neutralidad conflictual junto a la habilitación competencial actúan como dos parámetros inmediatos para determinar la validez de cierta normativa autonómica (Derecho interlocal, normativa material especial autonómica y otras). Las consecuencias prácticas de este planteamiento dicen, *v.gr.*, que el legislador aragonés podrá establecer reglas jurídicas particulares respecto de un causante de vecindad aragonesa en función de si reside o no en su Comunidad o, de la misma manera, cabría diseñar un régimen peculiar para las uniones no matrimoniales con vecindad civil de una CA y domicilio en otra.

²⁰ *Westlaw Aranzadi RTC 1993/156*

²¹ “Esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el art. 149.1.8º a la acción normativa de las CC AA y atribuida ‘en todo caso’ a la legislación del Estado”

El TC ofreció una segunda lectura del artículo-tipo en la Sentencia de 22 de marzo de 1988²². Según el Tribunal, la formulación empleada posee tal nivel de abstracción que es muy capaz de significar todo el sistema organizativo al que responde el Estado autonómico. Contiene tanto el modelo general (territorialidad) como los distintos escapes que existen al patrón territorial autonómico (extraterritorialidad “de hecho”, las previsiones contenidas en los EE AA y el que se produce por la aplicación de las normas de solución de conflictos) que, a su vez, se corresponden con los tres tipos de territorialidad (absoluta, relativa e interregional). De esta manera lo expresa el TC: “el ámbito de la competencia autonómica viene dado por el principio de territorialidad, sin perjuicio de las posibles consecuencias extraterritoriales de hecho que, en su caso, pudieran derivarse de las decisiones adoptadas en el ejercicio de las competencias autonómicas (STC 37/1981) y de las excepciones que estatutariamente pueden perverse o resultar de las normas dictadas para resolver los conflictos de leyes”. La cuestión es que, si bien se describen los diferentes planos, principios y escapes, nada se dice sobre cómo quedan organizados. A aclarar su estructuración ayuda el focalizar el análisis sobre los tipos de conflictos de leyes que se producen en el Estado plurilegislativo español. Si, por un lado, los conflictos de tipo interregional encuentran solución en el tradicional Derecho interregional, por otro se carece de un modelo propio de solución de conflictos territoriales. La explicación a esta carencia se encuentra en el mismo modelo territorial donde la extraterritorialidad se concibe como un error del sistema, generando la territorialidad consecuencias que abortan automáticamente tales conflictos (fragmentación o competencia supraterritorial estatal, fundamentalmente); luego, como en principio no deberían producirse tales conflictos, no existen respuestas expresas para resolverlos.

Sin embargo, la teoría de la territorialidad no se corresponde con la realidad y se producen tanto conflictos causados por “falsas” leyes autonómicas de delimitación del ámbito de aplicación *—rectius*: normas de definición competencial— (una “nueva dimensión” de conflictos internos, según J.D. González Campos²³) como conflictos de Leyes territoriales (*v.gr.*, los que origina la legislación autonómica sobre uniones no matrimoniales o cuando se afecta al tráfico externo mediante normas de intervención autonómica²⁴). Desde los parámetros de configuración territorial y respeto a las competencias autonómicas, en su solución cabe apuntar hasta tres tipos de remedios:

i) Mecanismo impropio, basado en la (falsa) delimitación unilateral del ámbito de aplicación que realiza el legislador autonómico. La utilización de estas normas produce dos incoherencias (distorsiones). Primero que este tipo de nor-

²² *Westlaw Aranzadi RTC 1988\48*

²³ *Vid.* J.D. González Campos, “El marco constitucional de los conflictos...”, *loc. cit.*, pp. 24 y 32.

²⁴ Las soluciones para estos conflictos se difieren a la segunda parte del trabajo.

mas no son, por su diferente estructura y función, normas materiales autolimitadas o de extensión sino normas de definición competencial. Segundo, que la dimensión espacial de una competencia autonómica queda desactivada para el legislador autonómico cuando existe un conflicto de leyes y permitir su utilización supondría fragmentar un modelo de solución de conflictos uniforme y de competencia estatal. Por ello, su uso sólo sería tolerable en ciertas circunstancias extremas y en función de la seguridad jurídica: planteado un conflicto de leyes estrictamente territoriales, habrá que analizar si tales normas responden a los parámetros de la territorialidad y las conexiones que aparecen en la normas autonómicas encausadas pueden ser tomadas en consideración para determinar qué ley es la que traduce una vinculación territorialmente más estrecha. Sin embargo, no existe en el sistema actual de solución de conflicto de leyes la regla de los vínculos más estrechos y sólo cabe introducirlo en un análisis genérico sobre la territorialidad de las legislaciones autonómicas eventualmente aplicables.

ii) Fórmula derivada del modelo territorial o fórmula territorial, que aparece expresada en la primera parte del artículo tipo que plasma la organización del Estado autonómico (las normas y disposiciones de la Comunidad Autónoma tendrán eficacia territorial). Según esta fórmula, el ámbito de aplicación de las Leyes autonómicas es, directa y automáticamente, el territorio autonómico. Es cierto que este mecanismo no supone una extralimitación competencial del legislador autonómico o la particularización del sistema conflictual pues aparece recogido en la legislación estatal (EE AA). También que su utilización judicial, fundamentalmente por la Audiencia Provincial de Barcelona y Girona, ha aparecido normalmente acompañada de genéricas alusiones conflictuales²⁵ e incluso de otras “circunstancias de vinculación” (que las partes fundamentan sus pretensiones con base en dicho ordenamiento jurídico, la residencia de las partes en la CA, etc.); aunque también es de notar que en el año 2010 esta línea argumentativa se ha hecho más extrema y se proclama ya, directamente, que “el Derecho civil de Catalunya tiene eficacia territorial”²⁶.

Al margen de otras valoraciones (convertir el territorio en título de exclusividad competencial o ser un mecanismo propio de un modelo territorial cerrado), la utilización única de la fórmula territorial plantea un serio problema teórico estructural porque no es cierto que los ordenamientos autonómicos sean de apli-

²⁵ Es un ejemplo típico la SAP Barcelona 863/2009, de 15 de diciembre (*Westlaw Aranzadi JUR* 2010\85139) que lo expresa del siguiente modo: “su fundamento legal no deba ser el Código Civil estatal (Cc), como fundamenta esa resolución, sino los arts. 259 y 267 Codi de Família (CF), por aplicación territorial del Derecho civil catalán (art. 111.3.1 Codi Civil de Catalunya) y las normas de conflicto de leyes (art. 9 Cc), que también remiten en este caso al Derecho catalán”.

²⁶ SAP Barcelona 637/2010, de 28 de octubre (*Westlaw Aranzadi JUR* 2010\382606) y, en el mismo sentido, SAP Barcelona 537/2010, de 21 de octubre (*Westlaw Aranzadi JUR* 2010\383026) o SAP de Girona 174/2010 de 7 de mayo (*Westlaw Aranzadi JUR* 2010\277342).

cación territorial o, mejor dicho, no siempre lo es. El fundamento positivo de la fórmula territorial se encuentra en los artículos tipo que condensan el modelo organizativo del Estado autonómico (en el caso de Cataluña, el art. 14.1º EA, de donde ha sido trasladado al art. 111.3.1 Cc catalán). Este artículo traduce la estructura organizativa la España de las Autonomías donde la territorialidad y la extraterritorialidad se ajustan, coherentemente, en función del sistema estatal de solución de conflictos de leyes. Si la territorialidad es el principio organizativo y la aplicación territorial del Derecho autonómico su consecuencia inmediata, de la misma manera (“sin perjuicio de”) las situaciones no territoriales forman parte del sistema y son integradas por el sistema conflictual (“las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad”). Solo analizado el artículo en toda su extensión, se comprende que la aplicación territorial (“eficacia territorial”) de las “normas... y el Derecho civil de Cataluña” es una consecuencia del modelo territorial que debe ser completada “en cada materia” y por remisión al sistema estatal de conflictos internos en “las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad”; de ello se concluye que la fórmula territorial no es la solución principal cuando existe un conflicto interno de leyes españolas. Como una balanza, el conjunto es lo que refleja el artículo y utilizarlo parcialmente para deducir de la fórmula territorial, sin considerar la parte final y la remisión que en ella se hace, supone tergiversar su sentido real, trucar el fiel y desestabilizar cualquier medición.

La subsidiariedad de la fórmula territorial (respecto del sistema conflictual) encuentra argumentos no sólo desde una perspectiva estructural del Estado. También se fundamenta sólidamente desde un punto de vista funcional ya que la fórmula territorial carece de la función organizativa que sí es inherente al sistema de solución de conflictos. La aplicación territorial del Derecho autonómico no toma en consideración la existencia de un conflicto con otras leyes autonómicas ni puede desarrollar con limpieza la función conflictual porque, dada su unilateralidad, no respondería a la exigencia constitucional de paridad entre legislaciones española. En conclusión, la fórmula territorial desempeña una función meramente competencial pero si existe un conflicto de leyes, será preciso acudir primero al sistema de solución de conflictos de leyes. Y esta posición es la que aparece reflejada en la muy correcta (y ojalá que no minoritaria) SAP Barcelona de 10 de marzo de 2010 o la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona de 2 de junio de 2010²⁷.

iii) Reconducción interregional de conflictos quasiterritoriales. La regulación autonómica de las uniones no matrimoniales ha supuesto un enorme desafío

²⁷ *Westlaw Aranzadi* JUR 2010\164985. S. Juzgado 1ª instancia (no publicada).

cuando se produce un conflicto de Leyes por dos causas: porque en esta materia se entrecruza la legislación de CC AA con y sin competencias en materia de Derecho civil y porque el modelo interregional no los permite solucionar adecuadamente. La primera dificultad se solventa pues se trata de conflictos donde queda afectado el ejercicio de derechos de los particulares (con independencia de su regulación jurídico privada o jurídico pública)²⁸ y porque el Derecho interregional, como referencia, fundamenta tanto la naturaleza interregional del conflicto, como su solución (art. 16 y arts. 9.1º, 9.2º, 9.8º Cc). Sin embargo, la segunda dificultad permanece: aunque el sistema conflictual sea el jurídica, teórica y funcionalmente preferente para ser utilizado en un supuesto de conflicto de leyes, sin embargo, sus soluciones no siempre son operativas.

Un ejemplo: una pareja está empadronada en el País Vasco (uno de ellos) y en Madrid (el otro, teniendo además su residencia) y ambos tiene vecindad civil común. Se plantea una cuestión sobre su régimen económico ante un Tribunal madrileño. Dado el conflicto de leyes, al margen de otras consideraciones, es de aplicación el art. 9.2º Cc (y art. 16 Cc) por lo que el Tribunal debería resolver las pretensiones en función de la Ley de la vecindad común. En este tipo de conflictos las soluciones solo son operativas si la conexión es directa y señala un concreto Derecho territorial y no es útil cuando el resultado suponga la utilización de la Ley de la vecindad civil (común) de la pareja pues no permite individualizar la Ley autonómica aplicable (vasca o la madrileña) al existir varias normas que responden a ese criterio. En todo caso, como la presencia de un conflicto requiere la exploración exhaustiva del sistema de solución para intentar deducir la aplicación una conexión (directa) que aporte una respuesta cierta, se justificarían ciertas maniobras interpretativas. Debido a la escasa adaptación del sistema interno a estos supuestos, por causa del art. 16 Cc que establece que “1ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil” y que se hace patente en casos como el analizado, es posible traer interpretaciones que reconduzca el automatismo de la primera conexión (ley personal común) hacia la residencia habitual. Para estos supuestos, suponiendo que es una situación de indeterminación de la ley personal (y aquí está la debilidad del argumento), el art. 9.10º Cc permitiría la aplicación de la ley autonómica de residencia habitual de los sujetos. Pero incluso con estas forzadas maniobras interpretativas, el modelo interregional no siempre es operativo. Si lo que se plantea son los derechos sucesorios que le corresponden al supérstite, la ley de la vecindad civil del causante (art. 9.8º Cc y art. 16 Cc.) cede ante el mecanismo de adaptación de los derechos del cónyuge

²⁸ De esta manera, el sistema supera la amplia identificación *iuspublicista*, basada en un canon hermenéutico de base normativista y la configuración restrictiva de las situaciones *iusprivatistas* como aquellas que generen estrictas relaciones *interprivatos* que es la que impera en el modelo autonómico. Como ejemplo y entre otras, STC de 22 enero de 1998 (*Westlaw Aranzadi RTC 1998\14*).

viudo previsto en el último inciso del art. 9.8º Cc, lo que supone volver a utilizar conexiones difícilmente operativas (art. 9.2º o 9.3º Cc); pero además hay que considerar que existen ciertas peculiaridades en las leyes autonómicas (como ejemplos, el art. 18 Ley 10/1998, de 15 de julio de la Ley de parejas de hecho de Cataluña o el art. 13 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho de Andalucía)²⁹ que podrían ser aplicadas: ¿qué ocurre respecto de los derechos sucesorios de uno de los componentes de una pareja, constituida en aplicación de la Ley madrileña y que posteriormente residen en Andalucía, teniendo ambos vecindad común? ¿tiene derecho a la legítima del Código civil y a la vivienda habitual durante el plazo de un año?

Llegados a un punto donde las interpretaciones del sistema conflictual existente no conducen a una conexión operativa (directa), la última opción pasa por abandonarlo y acudir, por necesidad, a otras posibilidades aunque se mantengan los reparos teóricos respecto de la utilización de los diferentes criterios espaciales que autodelimitan las normas autonómicas eventualmente aplicables o la fórmula territorial. En relación con su utilidad, resolver el caso mediante la fórmula de aplicación territorial del Derecho autonómico siempre permite dar una respuesta normativa al caso. En cuanto a la utilización de los criterios autonómicos de delimitación³⁰ también es posible aunque poco operativo porque el juez podría aplicar tanto la Ley vasca como la madrileña (en función del empadronamiento y de la residencia). Para la elección de la solución final, deberían tomarse en consideración otros factores. La situación objeto del litigio –uniones no matrimoniales–, donde son determinantes los elementos de naturaleza personal, modula las técnicas residuales de solución: descarta la fórmula territorial (al carecer de connotaciones personalistas) y podría hacer preferible la solución de analizar los criterios utilizados por las legislaciones autonómicas implicadas para determinar qué ley territorial presenta los vínculos más estrechos en función de elementos que sean, exclusivamente, de naturaleza personal. Ahora bien, además hay que considerar que la aplicación de uno u otro mecanismo cambia la res-

²⁹ El art. 34 de la Ley catalana regula que “En caso de defunción de uno de los miembros de la pareja de la cual consta la convivencia, el supérstite tiene, en la sucesión intestada, los derechos siguientes:(...)”; el art. 13 de la Ley andaluza dispone que “En el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los hereditarios que se atribuyan, a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año”

³⁰ El art. 1 Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (*Westlaw Aranzadi LCM\2002\2*) establece que se aplica si “uno de los miembros se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad de Madrid”; el art. 2 Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco (*Westlaw Aranzadi LPV\2003\178*) establece que “la presente ley serán de aplicación a las parejas de hecho constituidas en los términos del art. 3 y siguientes de la ley. A tal efecto, podrán inscribirse aquellas parejas de hecho en las que al menos uno de sus integrantes tenga su vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sin distinguir, en el caso de la otra parte, su nacionalidad”.

puesta material. Por ello, estos casos de origen territorial podrían ser solucionados desde el mismo prisma de la territorialidad, lógica que, en el DIPr, remite a la teoría sobre aplicación de normativa jurídico pública. En este sentido, el juez podría “tomar en consideración” cualesquiera de las Legislaciones autonómicas aplicables para dar una mejor solución material al supuesto de hecho enjuiciado. Al igual que ocurre con el anterior sistema (vínculos más estrechos), el Derecho conflictual español carece de tal solución expresa.

Las cuestiones que se han planteado hasta ahora toman como referencia el modelo territorial autonómico tal y como está perfilado; sin embargo, extremar la territorialidad no tiene recorrido en un mundo como el actual que es abierto y global. Considero que éste es el reto ineludible del sistema autonómico: abandonar sus trazados estrictos y avanzar hacia posiciones que permitan un modelo más global y, por ello, se asuma que los conflictos de leyes no deben ser evitados sino integrados pues no son sino el reflejo del dinamismo de una sociedad y de una comunicación fluida entre sus territorios. Desde este planteamiento, sería necesario articular otros mecanismos que respondiesen a esta necesidad y su correcta plasmación supone un desafío para la dimensión interna del DIPr. Pero esta no es sólo una propuesta de *lege ferenda*. Fuerzas incontenibles que vienen desde la Unión Europea señalan nuevos parámetros que van a tener la capacidad de modificar los excesos de una España autonómica territorial y por ende, la misma estructura del Estado autonómico.

III. Parámetro UE: regeneración del mercado interno de servicios

Los conflictos de leyes internos tienen hoy un alcance que supera lo meramente español. Muestra de ello es su trascendencia europea y su interacción con las Libertades comunitarias y sirva como ejemplo de este desarrollo la Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. La Directiva de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior³¹ “establece las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios” (art. 1) con la finalidad de articular un mercado interior eficiente en aquellas actividades no excluidas por el art. 2. Esta Directiva (DS) ha sido integrada en el ordenamiento jurídico español por una Ley estatal básica (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio³²),

³¹ DO L 376. *Vid.* un análisis de su génesis y técnica normativa en D.J. Vicente Blanco, “La libre circulación de servicios, el proceso de elaboración de la Directiva y el problema medular del principio de origen”, pp 27 a 84 en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León, Colección de estudios (Consejo Económico y Social de Castilla y León)*, nº 13, 2010.

³² *Westlaw Aranzadi* RCL\2009\2256. Según su DF 1ª, “Esta Ley, que tiene carácter básico, se dicta al amparo de lo establecido en el art. 149.1.1ª, 13ª y 18ª de la Constitución Española”.

que se acompaña de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio³³. La Ley 17/2009 incorpora la estructura y los principios generales de la DS, quedando como un marco de referencia para las modificaciones legislativas posteriores a las que obliga la transposición de la DS³⁴.

La transposición de la Directiva es una cuestión compleja en España y no sólo por el importante impacto que, debido a su transversalidad, afectará a un extenso ámbito de actividades³⁵ sino por su verticalidad que obliga a realizar las adaptaciones normativas pertinentes en los diferentes niveles legislativos que existen en España (estatal, autonómico o local)³⁶. En el Estado de las Autonomías, la transposición plantea una primera complicación ya que, aludiendo a la Jurisprudencia constitucional³⁷, se considera que “esa traslación de la normativa comunitaria al Derecho interno ha de seguir los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las CC AA, a través del orden competencial establecido que no resulta alterado ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias”. Sin entrar a juzgar esta doctrina, lo cierto es que los EE AA de segunda generación han incorporado en su articulado tales previsiones³⁸ y, en función de todo lo anterior, aparecen voces que afirman que “*qui tinguí atribui-*

³³ *Westlaw Aranzadi* RCL 2009\2556.

³⁴ En relación a la legislación del Estado, las modificaciones son recogidas por la Ley 25/2009 y conciernen a 49 Leyes. Por otra parte, en una primera fase se han identificado 7.000 situaciones potencialmente afectadas por la DS, pertenecientes a 22 sectores de actividad de los que sólo el 15% corresponden a la Administración del Estado. Estos datos, no definitivos, se recogen en las *Memorias del análisis de impacto normativo* de los Proyectos de las Leyes 17 y 25/2009, ambas de 27 de marzo de 2009.

³⁵ Y ello aun considerando que la Directiva excluye de su ámbito de aplicación ciertos servicios (art. 2), si bien la norma estatal siguiendo un “enfoque ambicioso” (E. de M. de la Ley 17/2009), hace aplicable el régimen a algunos de estos servicios.

³⁶ *Vid.*, este planteamiento en E. Linde Paniagua, “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 14, 2008, pp. 83–101, R. Rivero Ortega, “Reformas del Derecho administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 34, 2009, p. 51–81 o J. Matia Portilla, “La transposición de la Directiva de Servicios en el Estado Central y en la Comunidad Autónoma de Castilla y León (un estudio de fuentes del Derecho)”, pp. 139–169 y T. de la Quadra-Salcedo Janini, “Estado autonómico y transposición de la Directiva de Servicios”, pp. 171–240, ambos en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León, Colección de estudios (Consejo Económico y Social de Castilla y León)*, nº 13, 2010.

³⁷ STC 115/1991, de 23 mayo (*Westlaw Aranzadi* RTC 1991\115) y otras.

³⁸ Arts. 113 y 189.1º EA de Cataluña (sin tacha constitucional, según la STC 48/2010, de 9 septiembre –*Westlaw Aranzadi* RTC 2010\48–), arts. 42.4º y 235 EA de Andalucía, art. 62.3º EA de Castilla y León, art. 55.4º EA de la Comunidad Valenciana o art. 109 EA de las Islas Baleares. A título de ejemplo, el art. 93.2º EA de Aragón (*Westlaw Aranzadi* RCL 2007\822) dice que: “2. La Comunidad Autónoma de Aragón aplica y desarrolla el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establecen la Constitución y el presente Estatuto”.

*da la titularitat competencial sobre aquestes matèries, tindrà també la competència per transposar-la*³⁹. En todo caso, la propia Disposición Final 3ª de la Ley 17/2009 establece que “Corresponde a las Administraciones Públicas competentes, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta Ley”⁴⁰.

La transversalidad de la DS esta originando no pocas modificaciones normativas. En el nivel estatal es la Ley 25/2009 la que da cuenta de los cambios necesarios; sin embargo no están todos. Existe un reducto, fruto del reparto de competencias entre el Estado y las CC AA, cuyo origen se encuentra en el modelo de territorialidad relativa para ciertas materias, que ha habilitado la regulación autonómica de situaciones internacionales. Como ejemplo, el art. 8 Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de interés gallego⁴¹, supedita el ejercicio estable de sus actividades a “inscribirse en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego, así como mantener una delegación en su territorio”; sin duda, estos requisitos (al menos en el ámbito de la Unión Europea) vulneran la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad recogida en la DS. También habrá que valorar ciertas normas que, para lograr hacer efectivo el modelo de territorialidad absoluta, han extremado la interiorización de las situaciones. Y este caso, por poner un ejemplo, no hace referencia tanto a la, hasta ahora, obligatoria obtención de las correspondientes autorizaciones autonómicas de las entidades colaboradoras para la adopción internacional (ECAIs) para la prestación de servicios de intermediación en una concreta CA, como a los futuros adoptantes que, en función de las diferentes normas autonómicas de delimitación normativa, se veían obligados a contratar a una ECAI autorizada en el territorio de su residencia habitual, sin posibilidad de conseguir los servicios de una entidad de otra CA⁴².

La DS trae más consecuencias, graves por su importancia, en relación al Estado autonómico. De los diferentes Capítulos en los que se divide la Ley 17/2009⁴³ interesa cómo se articula la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y analizar su compatibilidad con el modelo territorial del Estado. Muy simplifícadamente, la libertad de establecimiento es la norma general

³⁹ N. París i Domènech y M. Corretja i Torrens, “Aproximació al procés de transposició de la Directiva de Serveis: incidència en el sistema de distribució de competències dissenyat per la CE i l'EAC”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 10/2010, p. 89.

⁴⁰ Estableciendo en la DF 4ª un régimen de corresponsabilidad entre las Administraciones en caso de incumplimiento.

⁴¹ *Westlaw Aranzadi* LG 2006, 383.

⁴² Este supuesto particular se analiza en J. Pérez Milla, “Matching y función pública autonómica en la adopción internacional: los ‘casos Berta’”, *Revista de Derecho de familia. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, nº 36, 2007, esp. pp. 86-88.

⁴³ Disposiciones generales, Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios, Libre prestación de servicios para prestadores de otro Estado miembro, Simplificación administrativa, Política de calidad de los servicios y Cooperación administrativa para el control efectivo de los prestadores.

recogida en el art. 4.1º, y solo muy excepcionalmente y siempre que se cumpla un triple test (no discriminación, necesidad y proporcionalidad), se habilita el régimen de autorización previa –art. 5–⁴⁴. En relación a la “Libre prestación de servicios para prestadores de otro Estado miembro”, el régimen es similar: la regla general es la libre prestación –art. 12.1º– pero “Excepcionalmente, podrá supeditarse el acceso de estos prestadores a una actividad de servicios o su ejercicio temporal en territorio español al cumplimiento de los requisitos que en cada caso determine la legislación sectorial aplicable, únicamente cuando estén justificados por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente; y sean, de conformidad con el art. 5 de esta Ley, proporcionados y no discriminatorios y de forma suficientemente motivada” –art. 12.3º–. Por tanto, eliminado aquí el mecanismo de control de origen y reconocimiento mutuo que es el que pretendía ser desarrollado por la Directiva en sus inicios, tanto la DS como la Ley 17/2009 no hacen sino formalizar y articular una jurisprudencia del TJ que, originada en el ámbito de la libre circulación de mercancías –STJ 20 de febrero de 1979 (as. *Cassis de Dijon*)–, fue rápidamente extendida para eliminar obstáculos nacionales en el ejercicio de otras Libertades comunitarias en aras de la consecución de un mercado interior⁴⁵.

Adoptar plenamente este planteamiento en el caso español ocasiona una muy importante contradicción puesto que en España la unidad de mercado interterritorial (o mercado interno⁴⁶) no era sino algo exótico y relegado al rincón de lo inconveniente tanto por la conformación territorial autonómica como porque, básicamente la Jurisprudencia constitucional en su interpretación de cualquiera de los arts. 14, 38, 139 y 149.1.13 CE, no la dotaron de ninguna consistencia⁴⁷.

⁴⁴ Es preciso señalar que en la Ley 17/2009 y 25/2009 se habilitan además dos fórmulas intermedias (la declaración responsable y la comunicación previa), reguladas en el art. 71 *bis* Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*Westlaw Aranzadi* RCL\1992\2512) y que serán desarrolladas sectorialmente.

⁴⁵ En relación a la libre prestación de servicios, existen antecedentes en la STJCE 17 de diciembre de 1981 (as. *Webb*) y se articula definitivamente con la STCE 25 de julio de 1991 (as. *Saeger*); en relación a la libertad de establecimiento, esta doctrina se plantea con la STJCE 20 de junio de 1996 (as. *Semeraro Casa Uno y otros*). *Vid.*, D. J. Vicente Blanco, *op. cit.*, pp. 50 a 60. Para una comparativa entre los parámetros del TJ y el TC en relación al mercado interior y al principio de unidad de mercado, *vid.* A. Cidoncha Martín, “El impacto de la Directiva Bolkestein sobre la libertad de empresa”, *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León, Colección de estudios (Consejo Económico y Social de Castilla y León)*, nº 13, 2010, esp. pp. 253 a 264.

⁴⁶ Para diferenciarlo del mercado interior (UE).

⁴⁷ El inicio de esta doctrina constitucional puede establecerse en la STC 37/1981 de 16 noviembre (*Westlaw Aranzadi* RTC 1981\37). *Vid.* un análisis en clave de unidad de mercado en los primeros años en E. Albertí i Rovira, *Autonomia política i unitat econòmica*, Barcelona, 1993 y V.M. Tena Piazuelo, *La unidad de mercado en el Estado de las Autonomías*, Madrid, 1997. Para observar cómo renace (o debe hacerlo) esta vieja idea, *vid.* V.M. Tena Piazuelo, “Defensa del principio de unidad de mercado: riesgo de fragmentación de los mercados a través de la regulación”, *Libro marrón, Círculo de Empresarios*,

Sin embargo, la unidad de mercado interno, refrescada por los vientos europeos, reclama ahora un sitio preferente y en su desarrollo, afectará la estructura territorial de la España autonómica.

La Sentencia de 1 de junio de 2010⁴⁸ es ejemplo claro de cómo el TJ valora los impedimentos nacionales a las Libertades comunitarias respecto del art. 49 TFUE y la normativa derivada que lo desarrolla en el sector farmacéutico. Esta Sentencia sigue al pie de la letra parámetros muy asentados en el ámbito de la UE⁴⁹: considera que constituye una restricción en el sentido del art. 49 TFUE “una normativa nacional que supedita el establecimiento de una empresa de otro Estado miembro a la expedición de una autorización previa” o “cuando sujeta el desarrollo de una actividad a un requisito relacionado con las necesidades económicas o sociales que esa actividad debe satisfacer, dado que tiende a limitar el número de prestadores de servicios”. Desde esta consideración, entra a valorar las restricciones de la normativa asturiana, que sólo estarían justificadas en función del triple test (“por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo”), llegando a la conclusión de su pertinencia (con mínimos matices)⁵⁰.

La Sentencia interesa, desde otro punto de vista, por su proyección sobre el modelo territorial autonómico. El Tribunal es consciente que va a decidir sobre situaciones “puramente internas” (en expresión constante del TJ) donde todos los elementos se circunscriben al interior de un único Estado miembro y dicta Sentencia por dos razones. En primer lugar porque considera que es suficiente la potencial contradicción de las restricciones autonómicas: “no se puede excluir de ningún modo que nacionales establecidos en Estados miembros distintos del

Madrid, 2006, pp. 327–354 o A. Cidoncha Martín, “La unidad de mercado como límite constitucional a la descentralización: un balance”, *La unidad de mercado en la España actual*, 2010, pp. 155–192.

⁴⁸ TJCE 2010\158,

⁴⁹ Sí se consideraba que estas circunstancias eran contrarias a la Libertad de establecimiento tanto en el *Dictamen Motivado contra el Reino de España, que en virtud del art. 226, párrafo primero, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea* de 28 de junio de 2006 (http://www.farmaceticos.sinfarmacia.org/seccion-4/navarra/dictamen_motivado.pdf) como en las Conclusiones del AG Poiares Maduro (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007C0570:ES:HTML>). Sobre esta Sentencia, *vid.* J.A. Razquin Lizarraga, “La ordenación territorial de las oficinas de farmacia en España y el Derecho de la Unión Europea (sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 2010, C–570/07 y C–571/07, Blanco Pérez y Chao Gómez)”, *Unión Europea Aranzadi*, 2010, 7 pp. 7–13; L. González Vaqué, “Libertad de establecimiento: el TJUE declara ilegales algunos criterios de aplicación de la normativa asturiana para la autorización de farmacias (sentencia ‘Blanco Pérez y Chao Gómez’)” en *REEI*, n. 20, 2010; y Javier Pérez Milla, *op. cit.*, pp. 140–142.

⁵⁰ En relación a la normativa andaluza de farmacias, el TJUE ha dictado un Auto posterior de 6 de octubre de 2010, Carlos Sáez Sánchez y Patricia Rueda Vargas contra Junta de Andalucía, Manuel Jalón Morente y otros– (accesible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008O0563:ES:HTML>).

Reino de España estén o hayan estado interesados en explotar farmacias en la Comunidad Autónoma de Asturias”, de tal manera que “constituye una restricción en el sentido del art. 49 TFUE cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales de la Unión, de la libertad de establecimiento”⁵¹.

En segundo lugar porque “la respuesta del TJ puede ser útil para el órgano jurisdiccional remitente incluso en tales circunstancias, en particular en el supuesto de que el Derecho nacional le obligue a conceder a un español los mismos derechos que el Derecho de la Unión reconoce a un nacional de un Estado miembro distinto del Reino de España que se halle en la misma situación”⁵². Tampoco en este apartado existen modificaciones de una amplia Jurisprudencia que valora, en situaciones puramente internas, restricciones respecto de la totalidad de las Libertades comunitarias⁵³. Usando una fórmula de estilo, el TJ se circunscribe a su labor interpretativa evitando tener que pronunciarse sobre si los derechos conferidos por las libertades comunitarias y los instrumentos que las desarrollen se aplican en todos los Estados de la Unión Europea con independencia de la transnacionalidad del supuesto. La solución consiste en dejar en manos de los Tribunales nacionales “conceder a un español los mismos derechos que el Derecho de la Unión reconoce a un nacional de un Estado miembro distinto” porque el límite de la aplicación del Derecho de la UE a las situaciones puramente internas lo establece el Estado Miembro que decidirá competentemente si extiende los beneficios del Derecho comunitario a sus nacionales o mantiene la conocida como “discriminación inversa”⁵⁴.

⁵¹ En la STJ 26 de enero de 2006 –*Westlaw Aranzadi* TJCE 2006\26– se explica la potencialidad del siguiente modo: “no sólo exige eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás estados miembros, cuando pueda prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos”.

⁵² En las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro a la STJUE de 31 enero 2008 (*Westlaw Aranzadi* TJCE 2008\13) se fundamenta tal labor en función de la “cooperación entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia, y habida cuenta de la necesidad de evitar la aplicación del Derecho nacional en combinación con la aplicación del Derecho comunitario que otorga un trato perjudicial a los propios nacionales de un Estado miembro”.

⁵³ SS 7 de mayo de 1997 (*Westlaw Aranzadi* TJCE 1997\86) y 5 de diciembre de 2000 (*Westlaw Aranzadi* TJCE 2000\308) sobre libre circulación de mercancías, 5 de marzo de 2002 (TJCE 2002\79), sobre libre circulación de capitales, de 11 de septiembre de 2003 (*Westlaw Aranzadi* TJCE 2003\253) sobre libre prestación de servicios, de 30 de marzo de 2006 (*Westlaw Aranzadi* TJCE 2006\98) sobre libertad de establecimiento, de 5 de diciembre de 2006 (*Westlaw Aranzadi* TJCE 2006\350) o de 31 de enero de 2008 (*Westlaw Aranzadi* TJCE 2008\13), ambas sobre libre prestación de servicios.

⁵⁴ Con claridad meridiana, el TJUE en S 22 diciembre 2010 –*Omalet NV v. Rijksdienst voor Sociale Zekerheid*– (*Westlaw Aranzadi* JUR 2010\410013) ha declinado su competencia tras constatar la doctrina del Grondwettelijk Hof (Tribunal Constitucional belga) que considera que “el art. 49 CE no se aplica

La “discriminación inversa” ocurre cuando las leyes de la UE obligan a un Estado conferir derechos a nacionales de otro Estado miembro pero no los extiende a sus propios nacionales, originando su discriminación⁵⁵. En relación a España, estas situaciones son consustanciales a un modelo de Estado autonómico fundamentado en la territorialidad; en todo caso y al margen de mayores consideraciones, su desactivación depende del propio sistema jurídico español.

Aquí se están produciendo avances significativos para su erradicación tanto a nivel jurisprudencial como normativo, cualesquiera que sean las consecuencias respecto de un modelo de Estado pluriterritorializado⁵⁶. La primera constatación de esta nueva dirección proviene de la misma Ley 17/2009, de 23 de noviembre. La norma española, en su Capítulo I (que es el significativamente dedicado a las “Disposiciones generales”), delimita su ámbito de aplicación de forma lo suficientemente extensa como para amparar también las situaciones puramente internas. Así, el art. 2.1º establece que “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” y (art. 3.3º) define como Prestador a “cualquier persona física con la nacionalidad de cualquier Estado miembro, o *residente legal* en España, o cualquier persona jurídica (...)”, ampliando el ámbito de aplicación subjetivo respecto de la DS que sólo se refiere a “persona física con la nacionalidad de un Estado miembro”. Es cierto que las dos referencias remarcadas (prestadores establecidos y prestadores con residencia legal) pueden integrarse como meras condiciones relacionados con la libre prestación transnacional de servicios pero también es posible entender literalmente que la libertad comunitaria alcanza a todos aquellos prestadores que estén establecidos, sean residentes o ten-

cuando el asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional está completamente comprendido en el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico interno”.

⁵⁵ Vid. M. Poiares Maduro, “The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination”, *The Future of remedies in Europe*, 2000, p. 118. Esta cuestión se origina en relación a la Libertad de establecimiento (STJ 7 de febrero de 1979, as. *J. Knoors v. Staatssecretaris van Economische Zaken*) si bien, en seguida aparece en relación a las otras Libertades y, fundamentalmente, respecto de la libre circulación de trabajadores (STJ 28 de marzo de 1979, as. *The Queen v. Vera Ann Saunders*), ámbito en el que encuentra un amplio desarrollo, fundamentalmente tras la aparición de la ciudadanía europea. Vid., en relación a distintos ámbitos, J.D’Oliveira, “Is Reverse discrimination still permissible under the Single European Act?”, *Forty years on: The Evolution of Postwar Private international law in Europe*, 1992, pp. 82–86, M. Poiares Maduro, *loc. cit.*, pp. 117–139, D. Sarmiento, “Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 15, 2005, pp. 375–411; y A. Tryfonidou, *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer, 2009, pp. 27–126.

⁵⁶ Desde mi punto de vista, ciertos temores son infundados (A. Nogueira López, “Simplificación administrativa y régimen de control previo administrativo de actividades de prestación de servicios: ¿hay espacio para los derechos lingüísticos?”, *Revista de llengua i dret*, n.º 52, 2009, pp. 205–226).

gan “la nacionalidad de cualquier Estado miembro”. Es esta segunda interpretación la que eliminaría de raíz cualquier “discriminación inversa”.

La extensión a las situaciones internas también es visible en el triple test al que se somete el régimen excepcional de la autorización; según el art. 5, “No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la *nacionalidad* o de que el *establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente* o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del *lugar de ubicación del domicilio social*”. Por tanto, en principio, no se acepta la discriminación en aquellos supuestos en los que el establecimiento se encuentre en otro territorio autonómico diferente del de la autoridad (autonómica) autorizante. Este planteamiento es reforzado por el art. 10 que dispone que “En ningún caso se supeditará *el acceso* a una actividad de servicios en España *o su ejercicio* al cumplimiento de lo siguiente: a) Requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad, incluido que *el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente*, o el domicilio social; y en particular: requisito de nacionalidad o de residencia para el prestador, su personal, los partícipes en el capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión”. Pero es más, el art. 4 que regula la libertad de establecimiento, afirma con rotundidad (párrafo 2º) que “Cualquier prestador *establecido en España* que ejerza legalmente una actividad de servicios podrá ejercerla en todo el territorio nacional”. Por su parte el art. 9 garantiza que “Las Administraciones Públicas no podrán exigir requisitos, controles previos o garantías equivalentes o comparables, por su finalidad a aquellos a los que ya *esté sometido el prestador en España* o en otro Estado miembro”.

Una interpretación inmediata de este articulado lleva a pensar que una vez ejercido el control por una autoridad (autonómica), su validez se extiende por los demás territorios españoles (o de la UE); ello supone, en el ámbito del mercado interno, la operatividad indirecta del mecanismo de control de origen y reconocimiento mutuo y dotar de eficacia supraterritorial y proyección europea a la normativa autonómica de autorización de actividades de servicios. Dicho de otro modo, podrá prestarse un servicio en Cataluña en virtud de una autorización o un procedimiento de mera declaración responsable realizada en Extremadura, de acuerdo con la legislación extremeña.

Este planteamiento extensivo, sin embargo, no se mantiene a lo largo de todo el articulado de la Ley pues en el Cap. III (“Libre prestación de servicios para prestadores de otro Estado miembro”) se requiere (art. 12) una transnacionalidad del prestador de servicios que la DS no establece: “1. Los prestadores *establecidos en cualquier otro Estado* miembro podrán prestar servicios en territorio español en régimen de libre prestación sin más limitaciones que las establecidas de

acuerdo con lo previsto en esta Ley”; pero, por otro lado, el art. 16 proscribire cualquier discriminación respecto del receptor de los servicios por razón de nacionalidad o de residencia: “3. Los prestadores de servicios no podrán imponer a los destinatarios requisitos ni condiciones generales de acceso a los servicios que sean discriminatorios por razón de su *nacionalidad o lugar de residencia*, sin que ello menoscabe la posibilidad de establecer diferencias en las condiciones de acceso directamente justificadas por criterios objetivos”.

Si hasta ahora la territorialidad autonómica se ha impuesto como modelo jurídico sobre cualquier planteamiento favorecedor de la globalidad del mercado interno, mantener la misma posición una vez que la DS está vigente es inversamente discriminatorio, europeamente incongruente, económicamente ineficiente, jurídicamente inconveniente o todo lo anterior.

La segunda prueba de los cambios que se están operando en el modelo territorial del Estado es jurisprudencial. La STS 6 de julio de 2010⁵⁷, valora en casación la pertinencia de ciertas restricciones que impone el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 21/2004, de 3 de febrero⁵⁸ desde una doble perspectiva: ser contrarios a las Libertades comunitarias (prestación de servicios, en concreto) y suponer una discriminación positiva a favor de los profesionales radicados y que ejercen la actividad en territorio andaluz, vulnerando el art. 14 CE.

El art. 6.1º b) del Decreto establece que “Toda entidad de control acreditada deberá cumplir las siguientes condiciones generales: b) Tener el domicilio social, sede o delegación en la Comunidad Autónoma de Andalucía, cualquiera que sea su ámbito de acción territorial”. El Tribunal, tajante y directo, considera que la nulidad está “fundamentada en la infracción del art. 49 TCE, se revela acorde con la doctrina jurisprudencial del TJ formulada respecto de la libre prestación de servicios, en cuanto estimamos que dicha exigencia supone una restricción injustificada a esta libertad fundamental, en la medida en que impide a las entidades que no se encuentren establecidas en Andalucía, en el términos expuestos, el ejercicio y el desarrollo de la actividad económica considerada, con el efecto de fragmentar *ratione loci* el funcionamiento del mercado interior común de esta clase específica

⁵⁷ *Westlaw Aranzadi* RJ2010\6050. Sigue pronunciamientos anteriores: STS 12 de junio de 2008 (*Westlaw Aranzadi* RJ 2008\4119) y de 18 de junio 2008 (*Westlaw Aranzadi* RJ 2008\4508) en los que se consideró la vulneración del art. 49 TUE y del art. 139 CE pero, desde luego, se aparta de una doctrina constitucional que siempre ha permitido estas discriminaciones inversas en un modelo de Estado, que por su propia configuración territorial, son consustanciales.

⁵⁸ Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Acreditación y del Registro de las Entidades de Control de Calidad de la Construcción (*Westlaw Aranzadi* LAN 2004, 117). Esta doctrina es paralela a la que desarrolla el TJUE (como ejemplo, también referido a restricciones a la libertad de establecimiento en relación a la normativa nacional que limita al 25 % del capital social en la explotación de laboratorios de análisis biomédicos *vid.*, STJUE 16 de diciembre de 2010 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009J0089:ES:HTML>).

de servicios”⁵⁹. En otras palabras, el Tribunal no acepta que se produzca una situación de discriminación inversa en relación a la Libertad de establecimiento y la hace extensible a las situaciones puramente internas. Se fundamenta para ello en dos pilares.

Primero, porque “dicha exigencia de establecimiento en Andalucía constituye un elemento de discriminación positiva a favor de los profesionales radicados y que ejercen la actividad en su territorio, discriminación que no puede ampararse en el ejercicio de competencias propias, ni en la justificación, que en este caso resulta desproporcionada, de la mejor prestación del servicio, lo que supone una vulneración del art. 14 CE”; en la misma línea argumenta posteriormente que “el art. 14 CE, según se desprende de la sentencia constitucional 22/2010, de 27 de abril, impide diferencias de trato normativo de carácter discriminatorio, que no estén debidamente justificadas”. En segundo lugar, cuando afirma que el Derecho de la UE no excluye la libertad de establecimiento a los supuestos meramente internos: “Conforme a la jurisprudencia del TJ, el art. 59 TCE (actualmente art. 49 CE) no sólo exige eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad (...), sino también suprimir cualquier restricción (...) cuando pueda prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos”.

El Supremo asume en casación que la discriminación potencial es causa suficiente para proscribir una restricción autonómica y, en función de esa misma potencialidad, elimina la discriminación inversa por ser contraria al art. 14 CE. El Tribunal, con su decisión, produce profundos efectos en el modelo territorial autonómico puesto que similares argumentos pueden utilizarse en todo caso en el que la territorialidad competencial ocasione restricciones al mercado interno y así lo dice: “la disposición reglamentaria enjuiciada constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios de profesionales cualificados parar desarrollar las funciones de verificar la calidad de los edificios, al restringirse su capacidad para la prestación de los servicios en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y es contraria, por ello, a dicha disposición constitucional”.

Concluyendo, el sistema conflictual interno, en unos tiempos de crisis, debe regenerarse en la búsqueda de soluciones más apropiadas a los conflictos inter-regionales, en la estructuración de un modelo de solución de conflictos internos que comprenda los conflictos territoriales, en proyectar un sistema territorial abierto, en aceptar las nuevas reglas una vez que la DS desarrolle todos sus efectos y más.

⁵⁹ “Es jurisprudencia reiterada del TJCE que la exigencia de establecimiento permanente es de hecho la negación misma de la libertad de prestación de servicios”.

LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE SUCESIONES Y TESTAMENTOS Y SU POSIBLE APLICACIÓN AL DERECHO INTERREGIONAL: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS *

Isabel RODRÍGUEZ–URÍA SUÁREZ

Becaria FPI
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. Introducción. II. Presupuestos de aplicación. 1. Metodología y justificación de los supuestos elegidos. 2. Exigencias del sistema de Derecho interregional. 3. Exigencias de la materia tratada: intereses presentes en los pactos sucesorios. 4. Interpretación del art. 9.8º Cc retenida. III. Simulación. 1. Pactos que afectan a una sola sucesión: pacto de renuncia a la legítima: A) Supuesto de hecho y validez del pacto; B) Eficacia del pacto. 2. Pactos que afectan a más de una sucesión: el problema de la determinación de la validez material del pacto: A) Supuesto de hecho y validez del pacto; B) Eficacia del pacto. 3. Pactos que afectan a dos sucesiones: el problema de la determinación del régimen jurídico del pacto: A) Supuesto de hecho y validez del pacto; B) Eficacia del pacto. IV. Valoración de las soluciones. 1. Valoración de las soluciones desde el punto de vista de los pactos sucesorios. 2. Valoración de las soluciones desde el punto de vista del sistema de Derecho interregional. 3. Toma de posición. V. Conclusión.

RESUMEN: La presente comunicación analiza la posibilidad de resolver los conflictos de leyes internos a través de normas de origen convencional e institucional desde una perspectiva concreta: la determinación de la ley aplicable a los pactos sucesorios. En primer lugar, se realiza una simulación aplicando a tres ejemplos de conflictos de leyes internos que afectan a pactos sucesorios la regulación de la Propuesta de Reglamento de sucesiones y testamentos y el art. 9.8º Cc. En segundo lugar, se valoran los resultados desde el punto de vista de los intereses de los pactos sucesorios y de las exigencias del Derecho interregional. En tercer lugar, se toma posición al respecto y se plantean nuevas posibles interpretaciones del art. 9.8º Cc.

* El presente trabajo se enmarca en la ejecución de los siguientes proyectos de investigación: “Nuevas perspectivas de los pactos sucesorios: dimensiones sustantiva, interregional e internacional” [Ref. DER2010–15162 (subprograma JURI)], subvencionado por el MICINN y el FEDER; “O renacer dos pactos sucesorios. Dereito civil, dereito interrexional e dereito internacional privado”, (Ref. Incite09 202 150 PR), subvencionado por la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia y el FEDER.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERREGIONAL – PROPUESTA DE REGLAMENTO DE SUCESIONES Y TESTAMENTOS – PACTOS SUCESORIOS.

ABSTRACT: *This contribution analyzes the possibility of resolving Spanish interregional conflicts related to agreements as to succession through an European rule of law. At a first stage, we apply both the Proposal for a Regulation of successions and wills and also art. 9.8° of the Spanish Civil Code (hereinafter, Cc) to three different cases with an interregional factor involving agreements as to succession. Secondly, we deal with the feasible solutions under the point of view of the interests of agreements as to succession and the requirements of the interregional law system. We conclude reaching our own decision and suggesting new ways of possible interpretations of art. 9.8° Cc.*

KEYWORD: INTERREGIONAL LAW – PROPOSAL OF REGULATION OF SUCCESSIONS AND WILLS – AGREEMENTS AS TO SUCCESSION.

I. Introducción

1. El sistema de Derecho interregional, dirigido a la resolución de los llamados conflictos de leyes internos provocados por la realidad plurilegislativa española, se basa en la aplicación analógica de las normas que en nuestro sistema rigen los conflictos de leyes internacionales, con algunas particularidades. El art. 16.1° Cc se remite expresamente a “las normas contenidas en el Capítulo IV” del Cc, lo que constituye una parte sustancial del cuerpo de normas de fuente autónoma para la resolución de los conflictos de leyes internacionales. Sin embargo, desde principios de la década de los noventa, la doctrina española se ha planteado la posibilidad de aplicar a los conflictos de leyes internos las soluciones previstas primero en convenios internacionales y posteriormente en el Derecho comunitario¹. El tópico recurrente (uno de los protagonistas, por ejemplo, de la Jornada sobre “La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo”, desarrollada en la Universidad Pompeu Fabra, el 2 de diciembre de 2010) pasa por determinar si la aplicación analógica de las soluciones de DIPr a los conflictos interregionales se limita a aquellas normas de producción interna o si se extiende también a las de origen convencional y actualmente también a las de origen comunitario. La fuerte diversificación de las fuentes de DIPr que ha tenido lugar en los últimos tiempos ha supuesto una modernización de esta disciplina a través de normas de origen convencional, fun-

¹ Vid. S. Sánchez Lorenzo, “La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española”, *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 131–148; A. Borrás Rodríguez, “Les ordres plurilégislatives dans le Droit international privé actuel”, *R. des C.*, t. 249, 1994–V, pp. 145–368, esp. p. 171–172; F. Garcimartín Alférez, “España se adhiere al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *REDI*, vol. XLVI, 1994, pp. 446–450, esp. pp. 449–450; también es ilustrativo el debate mantenido por los profesores J.D. González Campos, A. Borrás y S. Sánchez Lorenzo, recogido en *Principios, objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectivas de una década*, Cuartas jornadas de DIPr, Madrid, 1995, pp. 127–133.

damentalmente a través de los convenios de la Conferencia de La Haya, y también a través de normas de origen comunitario. Esta forma de desarrollo del DIPr ha implicado indirectamente, al menos en el caso español, un descuido de las normas de origen estatal en determinadas materias².

Hasta ahora, la cuestión ha sido planteada en términos generales y, si se quiere, en ámbitos ajenos a lo que resulta ser el núcleo mismo de la plurilegislación civil española: las cuestiones matrimoniales y, sobre todo, sucesorias. En la actualidad, poseemos ya datos para introducir estos ámbitos en el debate, puesto que contamos con una Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo³ y los trabajos sobre régimen matrimonial siguen su curso⁴. En este contexto, nos ha parecido interesante volver sobre el tema, pero enfocándolo desde una perspectiva más particular, tratando de ver las consecuencias de una hipotética aplicación de una normativa concreta a los conflictos interregionales en una determinada materia. Esta comunicación se aprovecha de la existencia de la citada Propuesta de Reglamento para aplicarla hipotéticamente a los conflictos de leyes internos en relación a una determinada figura: los pactos sucesorios⁵. La idea no es original, pues el profesor Albert Font Segura ya la llevó a cabo en su ponencia presentada a las referidas Jornadas de diciembre de 2010, aunque con una cierta variante: internacionalizando mínimamente situaciones meramente interregionales y comparando los resultados de la aplicación del art. 9.8º Cc y de la Propuesta de Reglamento. Sí creemos que puede ser, no obstante, productiva, pues puede ser un buen punto de partida para

² Las reformas en el Título Preliminar del Cc han sido contadas: el art. 9.2º fue modificado por la Ley 11/1990 (BOE, 18-X-1990) y por la LO 11/2003 (BOE, 20-IX-2003); el art. 9.3º Cc fue modificado por la Ley 11/1990, de 15 de octubre; el art. 9.4º sufrió una modificación por la Ley 21/1987, de 11 noviembre, y por la LO 1/1996, de 15 de enero (BOE, 17-I-96, nº 15); el art. 9.5º Cc fue modificado por la Ley 21/1987, de 11 noviembre, por la LO 1/1996, de 15 de enero, por la Ley 18/1999 de 18 de mayo (BOE, 19-V-99, nº 119) y por la Ley 54/2007, de adopción internacional (BOE, 29-X-07, nº 312); el propio art. 9.8º Cc fue modificado por la Ley 11/1990, que añadió el último inciso del artículo referido a los derechos del cónyuge supérstite.

³ DO C 26/11 de 28 de enero de 2011.

⁴ Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, COM (2006) 400 final; en febrero de 2008 la Comisión publicó un documento en el que se recogen de manera sumaria las respuestas al Libro Verde realizadas por los gobiernos nacionales de los Estados miembros y otros organismos (documento disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/summary_answers_com_2006_400_en.pdf, última consulta realizada el 8 de febrero de 2011).

⁵ Esa hipotética aplicación es posible puesto que la propia Propuesta de Reglamento recoge implícitamente en su art. 28.2º la posibilidad de que los Estados miembros con sistemas no unificados apliquen el Reglamento a los conflictos de leyes internos.

medir el alcance y la eventual pertinencia de la aplicación de las soluciones de DIPr institucional, al menos las que analizamos, a los conflictos interregionales.

Así pues, el ejercicio que me propongo hacer es simple en su formulación y posiblemente modesto en sus resultados, si tenemos en cuenta los factores que lo rodean: por un lado, el análisis se realiza sobre un aspecto realmente concreto del Derecho de sucesiones, los pactos sucesorios; por otro, la alternativa hipotética a la aplicación del art. 9.8º no es en la actualidad sino una mera *propuesta* de Reglamento, que puede cambiar significativamente hasta su versión definitiva. En contrapartida, la hipótesis tiene también una vertiente atractiva, tanto si tenemos en cuenta la gran variedad y diversidad de los pactos sucesorios en nuestros Derechos civiles, cuanto si reparamos en la enorme distancia que existe entre las dos soluciones de Derecho aplicable que manejaremos: de una parte, el art. 9.8º Cc, cuya preocupación por los pactos sucesorios –a pesar de lo que se pudiera pensar– es simplemente nominal; de otra, un complejo normativo específicamente concebido para los pactos sucesorios y que tiene como indisimulado precedente la solución que ya se propuso en el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte.

II. Presupuestos de la simulación

1. Metodología y justificación de los supuestos elegidos

2. La metodología empleada parte de varios ejemplos paradigmáticos de pactos sucesorios en los que concurre un conflicto interregional. En los ejemplos se utilizan pactos sucesorios de distinta clase, lo que nos permite destacar diferentes aspectos relevantes en la determinación de la ley aplicable a estas figuras. Aplicaremos a cada uno de ellos el art. 9.8º Cc y la Propuesta de Reglamento y veremos las diferencias más importantes entre las soluciones previstas en una y otra norma. Nos centraremos, en concreto, en las soluciones previstas para la determinación de la *validez material* de los pactos sucesorios y, eventualmente, en la *eficacia* de los mismos, a la luz de las previsiones que con respecto a los derechos legitimarios prevén el art. 9.8º Cc y la Propuesta de Reglamento; no se tratarán, por tanto, los problemas de ley aplicable a otros aspectos de los pactos sucesorios tales como la validez formal, la modificación, la extinción o su revocación unilateral. Por otro lado, el análisis de la hipotética aplicación de la Propuesta de Reglamento a los conflictos de leyes internos de pactos sucesorios se referirá a las soluciones objetivas, obviándose, pues, la *professio iuris* que el art. 18.3º de la Propuesta posibilita. Una vez aplicadas las soluciones del art. 9.8º Cc y de la Propuesta de Reglamento, se valorarán las ventajas e inconvenientes que presentan cada una de ellas, para, a la luz de las exigencias del sistema de Derecho interregional y de los propios intereses implicados en los pactos sucesorios,

determinar cuál es la mejor de las opciones, si es que ello se desprendiera del análisis.

2. Exigencias del sistema de Derecho interregional

3. Como es bien sabido, el punto de partida del sistema español de Derecho interregional es el de la validez constitucional de todos los Derechos civiles españoles; dicho de otro modo, las soluciones materiales de los Derechos civiles autonómicos, que en Derecho de sucesiones son significativamente dispares⁶, son igualmente válidas desde un punto de vista constitucional. El art. 149.1.8 CE recoge la competencia exclusiva del Estado para dictar “normas para resolver los conflictos de leyes”, entendiéndose incluidos tanto los de corte internacional, como los internos⁷. El sistema de Derecho interregional es, por tanto, un sistema conflictual unitario, característica ésta que no es más que una expresión del principio de unidad del ordenamiento⁸. El sistema conflictual unitario se complementa con el principio de unidad de jurisdicción que también informa el sistema interregional⁹. A la hora de ejercer su competencia exclusiva para dictar las normas que resuelvan los conflictos de leyes internos el legislador estatal debe tener en cuenta las exigencias del sistema interregional. El TC ha tenido la ocasión de pronunciarse al respecto, esbozando, en palabras de Albert Font i Segura, unos principios orientadores¹⁰. En este orden de cosas, el primer límite que debe respetar el legislador es el de garantizar un igual ámbito de aplicación entre todos los ordenamientos civiles que coexisten en España¹¹, esto es, el mantenimiento de la paridad entre los distintos ordenamientos españoles. La norma que determine qué Derecho interno es el aplicable, no puede dar preferencia a un ordenamiento civil sobre otros. En este sentido, el TC en la sentencia 226/1993 señala que los puntos de conexión de las normas de conflicto deben fijarse, siempre que sea posible, bajo circunstancias abstractas y neutras. Sin embargo, la neutralidad no ha sido defendida en términos absolutos, pues, tal y como dispuso el TC en la misma sentencia 226/1993, la paridad entre los ordenamientos

⁶ Podríamos señalar, a título de ejemplo, las fuertes diferencias que en materia de legítimas recogen los distintos ordenamientos civiles españoles; así mientras en Navarra y en el Fuero de Ayala existe una legítima formal o simbólica, en el Fuero civil de Vizcaya se recoge una legítima de los cuatro quintos del caudal hereditario.

⁷ Vid. S. Álvarez González, *Estudios de Derecho interregional*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de publicaciones e intercambio científico, 2007, p. 48; A. Font i Segura, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de publicaciones e intercambio científico, 2007, p. 85.

⁸ Vid., A. Arce Janáriz, *CC AA y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1987, p. 57.

⁹ El principio de unidad de jurisdicción es tratado con amplitud por R. Arenas García, “Pluralidad de Derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español”, en prensa, al que he tenido acceso por gentileza del autor.

¹⁰ Vid., A. Font i Segura, *op. cit.*, p. 90.

¹¹ STC 156/1993, de 6 de mayo, FJ 3º; con mayor claridad, STC 226/1993, de 8 de julio, FJ 2º.

civiles españoles puede ceder en determinados casos a favor de otros principios constitucionales, en concreto, la seguridad jurídica¹².

3. *Exigencias de la materia tratada: intereses presentes en los pactos sucesorios*

4. Los pactos sucesorios constituyen una forma de vocación de la herencia, junto con la sucesión testada y la intestada. Al igual que lo que ocurre con el testamento, se trata de una forma de sucesión *mortis causa* de carácter voluntario. A través de un pacto sucesorio el causante vincula su voluntad a la de otra persona, con la que otorga el pacto, no pudiendo, salvo en determinados casos excepcionales pactados o previstos por la ley, revocar unilateralmente las disposiciones realizadas a través de tales pactos sucesorios¹³. El objeto del pacto sucesorio es la sucesión, aún no abierta, del futuro causante, ya sea para la creación, ya sea para la eliminación *ex ante* de algún derecho o expectativa sobre la misma. Desde un punto de vista material, los pactos sucesorios encierran una gran polémica en torno a su admisibilidad, de tal forma que en el panorama legislativo español, mientras el Cc recoge, como norma general, la tradicional prohibición de estas figuras¹⁴, los Derechos civiles autonómicos los han admitido con mayor o menor amplitud¹⁵. En el plano sustantivo se distinguen los pactos de institución y los pactos de renuncia. Los pactos sucesorios de institución implican una pérdida de libertad de disposición del causante, lo que genera en el instituido una mayor garantía de que efectivamente va a heredar por vía contractual (sobre todo en los casos en que el instituido es además otorgante del pacto, pues éste no podrá ser modificado sin su consentimiento y sólo podrá ser revocado unilateralmente de manera excepcional); esta circunstancia aumenta el número de probabilidades de éxito de la transmisión *mortis causa* de determinados patrimonios, como por ejemplo la empresa familiar. Por su parte, los pactos de renuncia a la herencia, no implican una pérdida de libertad de disposición del causante, sino todo lo contrario, pues le permiten organizar su sucesión con un mayor margen de disposición, siendo muchas veces el complemento necesario

¹² Pronunciamiento criticado por el Magistrado J.D. González Campos que, tal y como dispuso en su Voto Particular a la STC 226/1993, entendió que la subordinación de la neutralidad a la seguridad carecía de toda justificación y que, en todo caso, existen otras soluciones posibles para preservar un igual ámbito de aplicación de los ordenamientos civiles españoles.

¹³ *Vid.*, M.P. García Rubio, "El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego", *ADC*, t. LIII, octubre-diciembre 2000, pp. 1397-1481, esp. p. 1474.

¹⁴ Para una visión amplia sobre el Cc y los pactos sucesorios, *vid.*, M.P. García Rubio/M. Herrero Oviedo, "Pactos sucesorios en el Código Civil", en M.C. Gete-Alonso y Calera (dir.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Civitas-Thomson, pendiente de publicación.

¹⁵ Resulta llamativa la simplificación de nuestro Derecho visto desde fuera cuando se sitúa el Derecho civil español como modelo de sistema de prohibición de pactos; *vid.* en este sentido, A. Bonomi, "Prime considerazioni sulla Proposta di Regolamento sulle successioni", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, pp. 875-914, esp. p. 902.

para la transmisión indivisa del patrimonio; este aumento de la libertad de disposición del causante se da como contrapartida a la renuncia de una expectativa legitimaria a la que está vinculado el renunciante y que tendrá como efecto fundamental la pérdida de su condición de legitimario de la herencia del causante¹⁶. Excluiremos de nuestro análisis los pactos sobre herencia de tercero que son aquellos en los que los otorgantes realizan estipulaciones sobre una sucesión no abierta de un tercero que no concurre al pacto. En este tipo de pactos, el causante no participa y no se vincula, por lo que no pierde su libertad de disposición *mortis causa*; por ello, entendemos que no se trata de verdaderos pactos sucesorios¹⁷.

En nuestro sistema actual el legislador ha optado por una calificación sucesoria de los pactos sucesorios. No obstante, el doble carácter contractual y sucesorio de los pactos ha dado problemas en torno a la calificación de los mismos; el antecedente del actual art. 9.8º Cc, el antiguo art. 10.2º Cc, se refería a las “*sucesiones legítimas y las testamentarias*”, lo que planteaba la posible exclusión de los pactos sucesorios de la norma de conflicto de sucesiones y las consiguientes dudas de la doctrina en torno a la calificación contractual o sucesoria de estas figuras¹⁸. Estos problemas fueron superados con el art. 9.8º Cc que, a diferencia de su precedente, incluye expresamente a los pactos sucesorios dentro de las sucesiones por causa de muerte. No obstante, la calificación sucesoria (y no contractual) de los pactos sucesorios en el art. 9.8º Cc no excluye todos los intereses de tipo contractual en su dinámica.

5. Trascendente para el DIPr y el Derecho interregional es detenerse en esta doble naturaleza contractual y sucesoria de los pactos sucesorios; su objeto es una sucesión no abierta, por lo que dan lugar al fenómeno sucesorio, que tiene como cometido la transmisión del patrimonio en un momento muy concreto: el del fallecimiento de su titular. Es necesario regular el destino de las relaciones y titularidades de carácter patrimonial al fallecimiento de una persona en aras de una continuidad de las relaciones jurídicas¹⁹. En el Derecho de sucesiones confluyen dos intereses materiales antagónicos: por un lado, el interés del causante de disponer de sus bienes con la mayor libertad posible; por otro lado, los inter-

¹⁶ Vid., M. P. García Rubio, “El apartamiento sucesorio...”, *loc. cit.*, esp. p. 1449 ss.

¹⁷ En este sentido, F. Puig Peña, *Compendio de Derecho civil español IV. Sucesiones*, 3ª ed., Madrid, Pirámide, 1976, p. 677; J.L. Lacruz Berdejo y F. Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1981, p. 382; M.P. García Rubio y M. Herrero Oviedo, “Pactos sucesorios en el Código Civil”, *loc. cit.*, pendiente de publicación.

¹⁸ Por una calificación contractual de los pactos sucesorios, *vid.*, A. Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*, 4ª ed., vol. II, Madrid, Atlas, 1967, p. 312; por una calificación sucesoria, *vid.*, A. Marín López, *Las sucesiones en DIPr: con especial referencia al Derecho español*, Universidad de Granada, 1957, p. 129; T. Ortiz de la Torre, “Las sucesiones en el Derecho civil internacional”, en M. Aguilar Navarro (dir.), *Derecho civil internacional*, vol. II, Madrid, 1973, pp. 525–592, esp. p. 557 ss.

¹⁹ Vid., J.L. Lacruz Berdejo y F. Sancho Rebullida, *op. cit.*, pp. 10 ss.

eses de determinados terceros, generalmente los parientes más cercanos al causante, que confían en recibir una parte de la herencia que les corresponde según la ley. Estos intereses se han traducido en conexiones personales (último domicilio, residencia habitual o nacionalidad del causante) aplicables bien a toda la sucesión, en aquellos sistemas que siguen el principio de unidad de la sucesión, bien a la sucesión mobiliaria, en aquellos sistemas que siguen el fraccionamiento de la sucesión y que determinan la aplicación de la *lex rei sitae* para la inmobiliaria. Por otro lado, en algunos sistemas se da cabida a la autonomía de la voluntad conflictual limitada o *professio iuris*.

Del carácter contractual de los pactos sucesorios se deriva su esencia, que es la vinculación que las partes otorgantes tienen al contenido del mismo. Esta vinculación es la distinción más importante entre las disposiciones hechas a través de pactos sucesorios y las disposiciones realizadas a través de testamentos unilaterales y da soporte, en la gran mayoría de casos, a la razón económica del pacto. Por otro lado, los pactos sucesorios son el resultado de la expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, que expresan su deseo de vincularse con la finalidad de conseguir determinados resultados materiales. Por último, la vinculación de las partes al contrato exige un marco de seguridad jurídica en torno al contrato, para que las partes sepan a qué están sujetas desde el mismo momento en que se vinculan. Estos intereses se traducen en soluciones de ley aplicable dirigidas a la previsibilidad del régimen jurídico del contrato y a la promoción de la realización de los intereses materiales de las partes; tales objetivos se conseguirían a través del juego de la autonomía de la voluntad conflictual y, en su defecto, de la aplicación de la ley más estrechamente vinculada al pacto.

4. Interpretación del art. 9.8º Cc retenida

6. Ya hemos señalado que el art. 9.8º Cc superó los problemas en torno a la calificación de los pactos sucesorios a través de su inclusión expresa en el supuesto de hecho de esta norma de conflicto. Este artículo 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”. No obstante, seguidamente, en el segundo inciso del artículo, se establece una previsión específica para las disposiciones hechas en testamento y pactos sucesorios, que “conservarán su validez” de conformidad con la ley nacional del testador o disponente en el momento del otorgamiento, “aunque sea otra la ley que rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán en su caso, a esta última”. Antes de proceder a realizar la simulación, es pertinente señalar cuál de las interpretaciones posibles de este artículo vamos a emplear, pues son varias las que defiende la doctrina. Una parte de ella señala que los pactos sucesorios, al incluirse dentro de la norma de conflicto de sucesiones, se regirán por la ley sucesoria,

haciendo seguidamente referencia al segundo inciso del artículo, como excepción²⁰ o como solución específica para el caso de conflicto móvil²¹, de tal forma que la validez de los pactos se regirá por la ley nacional del disponente (o ley sucesoria anticipada), sin perjuicio de lo establecido por la ley sucesoria en torno a las legítimas. Otra parte de la doctrina, sin embargo, hace referencia directamente a la ley sucesoria anticipada²². El art. 9.8º Cc se ha visto también como una norma de conflicto con una conexión alternativa, esto es, entendiendo que se admite la concreción de la conexión en un doble momento, el del otorgamiento del pacto sucesorio y el del fallecimiento del causante²³. Otros han defendido una interpretación amplia o extensa del segundo inciso del art. 9.8º Cc, de tal forma que se limite la aplicación de la ley sucesoria al tema de las legítimas²⁴.

Lo relevante es determinar cómo interpretar la excepción que recoge el segundo inciso del art. 9.8º Cc, si como una excepción limitada a un determinado ámbito de la ley sucesoria (el de la determinación de la validez de los pactos sucesorios) o como una verdadera excepción de ley aplicable. A nuestro juicio, la más conveniente es esta última, según la cual habiendo un pacto sucesorio se aplicará la ley nacional del disponente o futuro causante en el momento del otorgamiento (ley a la que podríamos llamar ley sucesoria anticipada), limitándose la ley sucesoria a la determinación de las legítimas. Son varias las razones que nos llevan a defender esta interpretación. En primer lugar, la regulación de la sucesión paccionada por la ley sucesoria anticipada del disponente o futuro causante evita determinadas situaciones absurdas, como aquella que se puede dar por el hecho de que se conserve la validez de un pacto sucesorio de conformidad con la ley del otorgamiento del mismo y la vocación de la herencia se regule conforme

²⁰ Vid., J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr*, 5ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2009, p. 454.

²¹ E. Castellanos Ruiz, “Sucesión hereditaria”, en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dir.), *DIPr*, 11ª ed., vol. II, Granada, Comares, 2010, pp. 351–401, esp. p. 377;

²² A.L. Calvo Caravaca, “Art. 9.8º”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. II, Madrid, Edersa, 1995, pp. 350–391, esp. p. 362; C. Azcárraga Monzonís, *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 179.

²³ Vid. M. Aguilar Benítez de Lugo, “Sucesiones”, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. I, Jaén, Edersa, 1978, pp. 189–194, esp. p. 191.

²⁴ Esta interpretación fue defendida por A. Font i Segura, “La sucesión hereditaria en Derecho interregional”, *ADC*, t. LIII, 2000, pp. 23–81, esp. p. 45, con ocasión del análisis de la ley aplicable al testamento. En este mismo artículo el autor hace además una propuesta de *lege ferenda* en la que defiende una modificación del art. 9.8º de tal forma que la sucesión testada y la paccionada quedara regida por la ley personal del futuro causante en el momento de otorgamiento, incluyendo en el ámbito de aplicación de esta norma también las legítimas; y la sucesión intestada quedara regida por la ley personal del causante en el momento del fallecimiento, p. 43 y 46 ss; *id.*, “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, *InDret*, mayo, 2009, p. 13; también se muestra acorde con esta interpretación, B. Añoberos Terradas, “Tratamiento conflictual de los pactos sucesorios en DIPr. español”, en R. Viñas y G. Garriga (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 157–174, esp. pp. 169–170.

a otra ley, la sucesoria, que no prevé la posibilidad de la vocación paccionada²⁵. En segundo lugar, limitar la aplicación de la ley sucesoria a la determinación de las legítimas, excluye su aplicación a aspectos relacionados con la validez del pacto. En concreto, la ley sucesoria, según esta interpretación, *no podrá funcionar como norma de validación en los casos en los que el pacto no sea válido de conformidad con la ley sucesoria anticipada*. Esta exclusión evita determinados inconvenientes que pueden surgir en el cumplimiento del pacto, y que pueden llevar a la pérdida de la razón económica del mismo, por el hecho de desconocer las partes el régimen aplicable del pacto hasta el momento del fallecimiento del causante. En tercer lugar, la limitación de la ley sucesoria a la determinación de las legítimas debe *constreñirse únicamente a la cuantía* y no al modo en que deba hacerse efectivo el derecho. La afectación a la eficacia del pacto por la protección de los terceros debe ser lo más leve posible y esta afectación es distinta según la legítima haya de ser pagada en metálico o en bienes hereditarios (esto es, bienes que puedan constituir el objeto del pacto sucesorio). Pensemos en el ejemplo de un pacto sucesorio cuyo objeto sea la transmisión de la empresa familiar a una única persona, por entender el futuro causante que de esta forma se garantiza la continuidad de la actividad empresarial; la ley sucesoria, sin embargo, establece un derecho legitimario a favor de un tercero que afecta al pacto, puesto que con el resto del patrimonio del causante no se cubre el derecho de este tercero. En el caso de que la ley sucesoria determine no sólo la cuantía de la legítima, sino el modo del pago de la misma la afectación a la eficacia del pacto sucesorio puede ser mayor, pues si aquella ley recoge la regla de la intangibilidad cualitativa de la legítima, ésta deberá ser pagada con la parte de la empresa que se pretendía transmitir íntegramente a una única persona. Sin embargo, si la ley sucesoria sólo determina la cuantía del derecho legitimario, se abre la posibilidad de que el instituido por el pacto pueda hacer una restitución a ese tercero en metálico y así mantener la propiedad de la totalidad de la empresa.

En definitiva, la interpretación del art. 9.8º Cc retenida es la más adecuada para la solución de conflictos de leyes que afecten a pactos sucesorios por aportar seguridad jurídica en la determinación de su validez y consiguiente vinculación de los otorgantes a los mismos y por respetar en mayor medida la razón económica por la que se otorgan estos negocios jurídicos (sin perjuicio de un posible problema de eficacia del pacto por el juego de las legítimas).

²⁵ Vid. A. Font i Segura, “La ley aplicable...”, p. 13; también, A. Bonomi, “Les pactes successoraux en droit international privé. Remarques comparatives à la lumière des droits français, italien, espagnol et suisse”, en A. Bonomi y M. Steiner (eds.), *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Ginebra, Droz, 2008, pp. 11–25, esp. p. 22.

III. Simulación

7. En el presente apartado aplicaremos las soluciones del art. 9.8º Cc, tal cual lo hemos interpretado en el apartado anterior, y de la Propuesta de Reglamento a tres ejemplos de pactos sucesorios en los que se da un conflicto de leyes interno, distinguiendo los aspectos concernientes a la determinación de la *validez* del pacto sucesorio y los aspectos relativos a la *eficacia* del mismo, esto es, el juego de las legítimas.

1. Pactos que afectan a una sola sucesión: Pacto de renuncia a la legítima

A) Supuesto de hecho y validez del pacto

8. El primer ejemplo con el que vamos a trabajar es un pacto de renuncia a la legítima que realiza un hijo a la herencia de su padre, recibiendo a cambio una serie de bienes; en concreto, realizan un *pacto de definición* de los previstos en la legislación mallorquina, en el art. 50 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. El padre, y futuro causante, tiene vecindad civil común y residencia habitual en Madrid en el momento del otorgamiento y fallece, sin embargo, ostentando vecindad civil mallorquina y con residencia habitual en Mallorca. La aplicación del art. 9.8º Cc conduce a la invalidez del pacto, pues, de conformidad con la interpretación retenida de este artículo, la validez de las disposiciones hechas a través de pactos sucesorios se determinará por la ley nacional del futuro causante en el momento del otorgamiento o ley sucesoria anticipada. Por tanto, el pacto de renuncia no sería válido, puesto que *en el momento del otorgamiento* el futuro causante tenía vecindad civil común y, por tanto, se aplica a la determinación de la validez del pacto sucesorio el Cc, que prohíbe toda renuncia o transacción sobre la legítima futura (art. 816 Cc).

Si aplicamos la solución que prevé la Propuesta de Reglamento a este ejemplo, el pacto sería válido. La regla general en materia de pactos es que su validez se determinará por la ley de la residencia habitual del futuro causante en el momento del otorgamiento (art. 18.1º de la Propuesta). No obstante, se establece para los pactos sucesorios que, como en este caso, afectan a una única sucesión la llamada norma de validación. Se trata de la posibilidad de admitir la validez del pacto de conformidad con la ley aplicable a la sucesión, determinada en el momento del fallecimiento del causante, a pesar de que el pacto no fuese válido de conformidad con la ley determinada en el momento del otorgamiento. En el ejemplo, el disponente tenía residencia habitual en Madrid en el momento del otorgamiento del pacto sucesorio, lo que determinaría la aplicación del Cc y, por tanto, la invalidez del mismo. Sin embargo, en el momento del fallecimiento el causante residía en Mallorca, por lo que el pacto sucesorio sí sería válido de conformidad con la Propuesta, de acuerdo con la posible validación del pacto a

través de la ley sucesoria, en el caso, la mallorquina, que prevé el pacto de definición en el art. 50 de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares.

No obstante, esta norma, inspirada en un *favor validitatis* de los pactos sucesorios, debería, a nuestro juicio, ser suprimida por los problemas que plantea, que pueden dar lugar a la ruptura económica del pacto. Las partes otorgantes deben estar seguras de la validez del pacto sucesorio desde el mismo momento de su otorgamiento, pues cualquier duda en torno a su validez crea una situación de inseguridad jurídica que puede afectar directamente a la causa por la que las partes otorgaron el pacto y romper la razón económica del mismo.

En definitiva, tratándose de pactos que afectan a una única sucesión tanto el art. 9.8º Cc como la Propuesta de Reglamento prevén una solución expresa adecuada; no obstante, esta última establece un régimen más favorable a la validez de estos pactos en virtud de la posibilidad que ofrece de validar el pacto de conformidad con la ley sucesoria, lo que puede presentar algún que otro problema importante de seguridad jurídica.

B) Eficacia del pacto

9. Una de las diferencias más significativas en lo que se refiere a la regulación de los pactos sucesorios entre el art. 9.8º Cc y la Propuesta de sucesiones tiene que ver con el régimen de las legítimas. Pensemos en el mismo pacto de renuncia realizado por un padre con su hijo, pero ostentando esta vez el padre en el momento del otorgamiento vecindad civil mallorquina y residencia habitual en Mallorca y falleciendo con vecindad civil común y residencia habitual en Madrid. Bajo ambas normativas (Cc y Propuesta de Reglamento) el pacto es válido, al ser aplicable el citado art. 50 de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares que recoge el *pacto de definición*. La ley sucesoria, para ambos instrumentos, es distinta de la ley que establece la validez del pacto, pues al tener el causante vecindad civil común y residencia habitual en Madrid en el momento del fallecimiento, la ley sucesoria será el Cc. Tanto el art. 9.8º Cc, como la Propuesta de Reglamento reconocen un régimen que pone en relación de distinta forma la ley que determina la validez del pacto sucesorio y la ley sucesoria para el caso de que una y otra sean diferentes.

Según lo dispuesto en el art. 9.8º Cc las legítimas se regirán en este ejemplo por el régimen establecido en el Cc; de acuerdo con dicho Código, el hijo único (que renunció a la herencia de su padre a través de un pacto de *definición* a cambio de una serie de bienes que le fueron adjudicados) tiene derecho a exigir dos tercios de la herencia de su padre. Si se atiende a una interpretación estricta y literal del art. 9.8º Cc, se daría el absurdo resultado de que el renunciante puede exigir igualmente la legítima, desnaturalizando el pacto sucesorio; no obstante, no han faltado autores que han abogado por una interpretación más flexible del

mencionado artículo, según la cual habría que entender que el renunciante ya no sería legitimario en el momento de la apertura de la sucesión del disponente, por haber renunciado previamente a su expectativa legitimaria y que, en consecuencia, no podría exigir legítima alguna a la luz de la ley sucesoria²⁶.

La Propuesta de Reglamento establece, sin embargo, que la ley del pacto sucesorio se aplicará sin perjuicio de los derechos de *cualquier tercero* que no sea parte en el pacto y que en virtud de la ley sucesoria tenga un derecho de reserva u otro del que no pueda ser privado por el causante. La Propuesta, por tanto, hila más fino y establece una solución más respetuosa con el contenido material de los pactos sucesorios. En el ejemplo, el renunciante ya no podría reclamar legítima alguna por ser parte del pacto sucesorio; el que podría reclamar sería, por ejemplo, un hermano del renunciante que pudiera ver sus derechos legitimarios lesionados por la cuantía de bienes adjudicados al renunciante a cambio de la renuncia. En definitiva, el hecho de que la Propuesta de Reglamento limite la protección de los derechos legitimarios a terceros ajenos al pacto sucesorio supone una solución más coherente con los propios actos de los otorgantes y respetuosa con el contenido del pacto.

2. Pactos que afectan a más de una sucesión: el problema de la determinación de la validez material del pacto

A) Supuesto de hecho y validez del pacto

10. El segundo ejemplo que vamos a analizar trata de un pacto sucesorio en el que hay más de una sucesión afectada. El panorama de los Derechos civiles españoles presenta una mayor riqueza en lo que se refiere a los pactos que afectan a más de una sucesión, donde se percibe claramente la deficitaria regulación de los pactos sucesorios que recoge el art. 9.8º Cc. El ejemplo que vamos a utilizar es el de un *heredamiento mutuo* (recogido en el art. 431–20 CCCat.) otorgado por dos hermanos que se instituyen recíprocamente herederos universales en tres cuartos del caudal relicto²⁷. En el momento del otorgamiento del heredamiento mutuo, uno de los hermanos tiene vecindad civil catalana y residencia habitual en Barcelona; el otro tiene vecindad civil gallega y reside en Vigo. En el momento del fallecimiento, ambos disponentes tienen vecindad gallega y residencia habitual en Vigo.

²⁶ Vid., M.P. García Rubio, “El apartamiento sucesorio...”, *loc. cit.*, p. 1430; A. Díaz Fuentes, *Derecho civil de Galicia. Comentarios á lei 4/1995*, A Coruña, Publicacións do Seminario de Estudos Galegos, 1997, p. 261; J. Ferrer Pons, “Art. 50”, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXI, vol. 1, arts. 1 a 65 de la Compilación de Baleares, Madrid, Edersa, 1980.

²⁷ Vid. sobre el heredamiento mutuo, J. Egea Fernández, “El nou regime jurídic de la successió contractual”, *RJC*, 2009, pp. 9–58, esp. pp. 29 ss.

Ante un caso como este se ponen de manifiesto, como decíamos, las deficiencias del art. 9.8º Cc a la hora de establecer la ley aplicable a los pactos sucesorios, pues dicho artículo trata a estas figuras como actos jurídicos unilaterales²⁸; en efecto, el art. 9.8º Cc arbitra la misma solución para testamentos que para pactos sucesorios, de tal forma que no establece previsión alguna para determinar si un pacto sucesorio que afecta a más de una sucesión es válido o no. Ante esta ausencia total, tres son las posibles interpretaciones que podemos tomar en consideración.

A priori, parece que la interpretación más cercana a la literalidad de lo dispuesto por el segundo inciso del art. 9.8º Cc es aquella que mantiene ese tratamiento unilateral a nivel conflictual del pacto sucesorio, es decir, aquella según la cual se aplica a cada uno de los disponentes o futuros causantes del pacto sucesorio su ley sucesoria anticipada. No obstante, con esta interpretación se crea un factor de aleatoriedad en la determinación de la validez del pacto sucesorio, al depender ésta de qué otorgante sea el primero que fallezca. En el ejemplo, en el caso de que fallezca en primer lugar el hermano que en el momento del otorgamiento del pacto ostentaba vecindad civil catalana, el pacto será válido y, por tanto, el otro hermano podrá heredar a título de heredero contractual. Sin embargo, en el caso de que el que hubiera fallecido en primer lugar fuera el hermano con vecindad civil gallega en el momento del otorgamiento, el sobreviviente no habría podido heredar a través del pacto sucesorio, puesto que la ley gallega no prevé un pacto de tales características²⁹.

La segunda interpretación del art. 9.8º Cc a considerar es aquella que aboga por una solución cumulativa, de tal forma que para que el pacto sucesorio sea válido es necesario que todas y cada una de las leyes sucesorias anticipadas de los disponentes así lo prevean. Esta interpretación llevaría en el ejemplo a la invalidez del pacto sucesorio, pues mientras bajo la ley catalana un pacto de institución recíproca entre hermanos es válido, la ley gallega no prevé un pacto tal dentro de su sistema. La solución cumulativa es una opción conservadora o restrictiva a la validez de los pactos sucesorios³⁰.

²⁸ *Vid.*, A. Font i Segura, “La ley aplicable...”, *loc. cit.*, p. 16.

²⁹ La Ley de Derecho civil de Galicia sigue un sistema de tipicidad de pactos sucesorios, recogiendo los pactos de mejora y el de apartación, a los que hay que añadir la posibilidad de crear un usufructo voluntario a favor del cónyuge supérstite a través de pactos sucesorios; *vid.*, J.M. Busto Lago, “Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, nº 706, 2008, pp. 517–578, esp. p. 519 ss; también, A.L. Rebolledo Varela, “De los pactos sucesorios”, en *id.* (coord.), *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia: Ley 2–2006, de 14 de junio*, Navarra, Thomson–Aranzadi, 2008, pp. 905–984, esp. p. 905 ss.

³⁰ La interpretación cumulativa ha sido defendida por la doctrina, *vid.* A. Font i Segura, “La ley aplicable...”, *loc. cit.*, p. 18; también, B. Añoberos Terradas, *loc. cit.*, p. 170; con ocasión del análisis del testamento conjunto, *vid.* M.E. Zabalo Escudero, “El testamento conjunto en DIPr. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés”, *Revista General de Derecho*, 1989, pp. 6351–6370, esp. p. 6364.

La última interpretación del segundo inciso del art. 9.8º Cc a tomar en consideración es la solución alternativa. Según esta interpretación, basta para que estos pactos sean válidos con que una de las leyes sucesorias *anticipadas* de los disponentes así lo prevea; en el caso, implicaría la validez del heredamiento mutuo, al ser reconocida por una de las leyes en juego, la catalana, por ser la de la residencia habitual de uno de los disponentes en el momento del otorgamiento. Esta es precisamente la solución que prevé la Propuesta de Reglamento en el art. 18.2º para los pactos que afectan a más de una sucesión. A diferencia de la solución cumulativa, la interpretación alternativa es claramente favorecedora de la validez de los pactos sucesorios³¹.

En definitiva, tratándose de pactos que afectan a más de una sucesión el art. 9.8º Cc es claramente insuficiente al no ofrecer respuesta directa alguna, limitándose a tratar los pactos sucesorios como meros actos unilaterales. Ante tal ausencia, se fuerza al aplicador del Derecho a tomar una postura de entre una aplicación aleatoria de cada ley sucesoria anticipada, una aplicación cumulativa o una aplicación alternativa. La Propuesta de Reglamento, sin embargo, establece una solución expresa para este tipo de pactos, optando por una solución alternativa con una clara intención de favorecer la validez de estos actos jurídicos.

B) Eficacia del pacto

11. En el ejemplo que ahora nos ocupa no debería, en principio, darse problema alguno de eficacia del pacto en relación con la protección de los derechos legítimos de conformidad con la ley sucesoria; tanto la ley que regula el pacto, el CCCat, como la ley sucesoria conforme a la cual se van a proteger dichos derechos, la ley gallega de Derecho civil, reconocen una cuota legítima de un cuarto del caudal hereditario. El problema de la eficacia del pacto por la protección de los derechos legítimos no vendría tanto por un cambio de ley aplicable, sino por una incorrecta adecuación del pacto al sistema legítimo. En todo caso, los terceros ajenos al pacto podrían reclamar sus derechos legítimos lesionados por el pacto de conformidad con la ley gallega, a título de ley sucesoria, tanto si aplicamos el art. 9.8º Cc, como si aplicamos la Propuesta de Reglamento. En el marco del art. 9.8º Cc plantea dudas la posibilidad de que el propio otorgante instituido pueda ejercitar la acción de suplemento a la legítima en el caso de que, de conformidad con la ley sucesoria, lo recibido a través del pacto no sea suficiente para cubrir la cuota legítima que le correspondería.

³¹ En el Cdo. 20 de la Propuesta se señala que la norma de conflicto debe favorecer la validez de los pactos sucesorios atendiendo, *para ello*, a criterios de vinculación alternativos (cursiva añadida).

12. Recapitulando, tratándose de pactos que afectan a más de una sucesión el art. 9.8º Cc es claramente deficitario, pues no arbitra solución alguna y exige una toma de posición al respecto por parte de los aplicadores del Derecho. La Propuesta de Reglamento, sin embargo, establece una solución alternativa en una clara tendencia favorecedora de la validez de los pactos sucesorios.

3. Pactos que afectan a dos sucesiones: el problema de la determinación del régimen jurídico del pacto

13. Aunque tradicionalmente los análisis que se hacen en esta materia parten de situaciones problemáticas que se identifican con la opción entre una ley u otra en función de que se otorgue validez o no al pacto sucesorio, lo cierto es que la problemática también se extiende a supuestos en los que la validez del pacto es reconocida por más de una de las leyes implicadas y, por tanto, hay que determinar cuál de ellas va a regular el régimen jurídico aplicable al pacto, esto es, cuál de ellas va a ser aplicada finalmente.

A) Supuesto de hecho y validez del pacto

14. En el último ejemplo que vamos a tratar, dos hermanos, que ostentan cada uno la mitad de una empresa, realizan un pacto de institución recíproca por el que uno instituye al otro heredero en la parte de empresa de la que es propietario. En el momento del otorgamiento del pacto uno de ellos tiene vecindad civil navarra y residencia habitual en Pamplona y el otro tiene vecindad civil aragonesa y residencia habitual en Zaragoza. En el momento del fallecimiento ambos tienen vecindad civil aragonesa y residencia habitual en Zaragoza. Un pacto de estas características sería válido al amparo del art. 9.8º Cc, con cualquiera de las interpretaciones retenidas para los pactos que afectan a más de una sucesión; también lo sería con arreglo a la Propuesta de Reglamento, en aplicación de la solución de alternatividad vista en el anterior supuesto. Las dos posibles leyes llamadas a ser aplicadas, esto es, la navarra o la aragonesa, ya sea a título de residencia habitual, ya sea a título de vecindad civil de los disponentes en el momento del otorgamiento, reconocen la validez de un pacto de estas características³². Surge entonces la duda de cuál de las dos leyes que reconocen la validez al pacto sucesorio va a ser la aplicable, es decir, cuál va a determinar el régimen normativo del pacto.

³² En el caso de la ley navarra, la validez de un pacto de estas características se deriva tanto de las disposiciones generales sobre pactos sucesorios (Ley 172–176 del Fuero Nuevo de Navarra), como de las disposiciones especiales del pacto de institución recogidas en las Leyes 177 y siguientes, con especial referencia a la Ley 177 que se refiere al contenido y clases de estos pactos; en el caso de la ley aragonesa la validez se deriva de los art. 66 y siguientes de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón (arts. 381 ss. del Código de Derecho foral de Aragón que entra en vigor el 23 de abril de 2011).

Mientras que el art. 9.8º no da respuesta directa a esta situación, la Propuesta de Reglamento arbitra una solución de manera expresa en su art. 18.2º *in fine*, al referirse a la ley que presente los vínculos más estrechos, que en el ejemplo que manejamos sería la ley aragonesa, pues una de las partes tiene residencia habitual y vecindad aragonesa y, además, ambas partes desarrollan su actividad laboral y económica en Aragón, donde se encuentra la empresa objeto del pacto. En la economía del art. 9.8º Cc, la alternativa a esta solución sería la aplicación cumulativa de las leyes en cuestión, esto es, de la ley aragonesa y la ley navarra. Esta aplicación cumulativa significa que, por ejemplo, en el caso de que en el pacto se establezca una condición o una carga u obligación, para que ésta sea válida será necesario que ambas leyes prevean esta posibilidad, lo que, por otro lado, dificulta enormemente el conocimiento del régimen jurídico aplicable al pacto.

B) Eficacia del pacto

15. En este ejemplo, la ley sucesoria de los dos hermanos otorgantes sería la ley aragonesa, ya sea a título de vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento en el marco del art. 9.8º Cc, ya sea a título de residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento en el marco de la Propuesta de Reglamento. La ley aragonesa establece una legítima colectiva de la mitad del caudal hereditario a favor de los descendientes, que son los únicos legitimarios (art. 171 Ley 1/1999, de Sucesiones por causa de muerte de Aragón)³³. Sin embargo, la ley navarra recoge una legítima formal, que se traduce en la libertad de testar del causante. Imaginemos que en el ejemplo que hemos visto, el hermano que en el momento del otorgamiento tenía vecindad civil navarra y residencia habitual en Pamplona tiene un hijo, que es un tercero ajeno al pacto y que de conformidad con la ley sucesoria, la ley aragonesa, tiene derecho a una legítima de la mitad del caudal hereditario. El hijo podría ejercitar las acciones oportunas para defender sus derechos legitimarios de conformidad con la ley sucesoria, tanto en aplicación del art. 9.8º Cc, como en aplicación de la Propuesta de Reglamento, lo que podría afectar a la eficacia del pacto sucesorio celebrado.

En definitiva, en este ejemplo se pone de manifiesto cómo ambas soluciones favorecen determinados Derechos civiles autonómicos respecto de otros en función de las concretas soluciones que sobre los derechos legitimarios ofrecen, pues se beneficia a aquellos que recogen legítimas más largas³⁴.

³³ Que se corresponde con el art. 486 del Código del Derecho foral de Aragón.

³⁴ Sobre el art. 9.8º Cc y su preferencia por los sistemas legitimarios más amplios, *vid.*, A. Font i Segura, "La sucesión hereditaria...", *loc. cit.*, p. 49 ss; también, S. Álvarez González, *op. cit.*, p. 58 ss.

IV. Valoración de las soluciones

1. Valoración de las soluciones desde el punto de vista de los pactos sucesorios

16. No decimos nada nuevo al afirmar que en lo que respecta al tratamiento conflictual de los pactos sucesorios, el art. 9.8º Cc es claramente deficitario; la preocupación por estas figuras se limita a su inclusión expresa en el supuesto de hecho del mencionado artículo. No obstante, tales figuras corren la misma suerte que los testamentos, pese a tratarse de actos muy distintos desde el punto de vista cualitativo. El tratamiento de los pactos sucesorios a nivel conflictual exige una distinción en función del número de sucesiones afectadas por el pacto, diferenciándose los pactos que afectan a una sucesión de los pactos que afectan a dos o más sucesiones. Del paralelismo que recoge el art. 9.8º Cc entre los pactos sucesorios y los testamentos se deriva la no distinción entre ambos tipos de pactos. En definitiva, el art. 9.8º Cc podría aplicarse sin ningún esfuerzo a los pactos que afectan a una sucesión y a los casos en los pactos que afectan a dos o más sucesiones en los que la vecindad civil de los otorgantes disponentes es la misma; pero no da respuesta alguna a la determinación de la validez de los pactos que afectan a más de una sucesión en otro caso. Esta carencia exige una toma de postura por parte del aplicador del Derecho que puede consistir bien en una solución aleatoria, bien en una solución acumulativa o bien en una solución alternativa.

No obstante, de estas tres opciones interpretativas podemos ya descartar aquí la que implica un determinado grado de aleatoriedad por ser contraria a los intereses presentes en los pactos sucesorios. Dicha aleatoriedad produce, como hemos visto en el ejemplo del otorgamiento de un heredamiento mutuo, una inseguridad jurídica insoportable para el pacto, que conlleva la pérdida de la razón económica del mismo; en efecto, frecuentemente las disposiciones realizadas en este tipo de pactos tienen un carácter recíproco, de tal forma que la ordenación que uno de los disponentes hace de su sucesión trae causa en la ordenación que realiza el otro disponente y viceversa; sin embargo, con esta opción, la validez del pacto va a depender de quién sea el primer disponente que fallezca, siendo válido el pacto únicamente en el caso de que fallezca en primer lugar aquel disponente cuya vecindad civil en el momento del otorgamiento del pacto diera lugar a la aplicación de una ley que admitiera tal pacto (en el ejemplo, el que ostentaba vecindad civil catalana)³⁵.

Quedan por valorar, pues, las interpretaciones cumulativa y alternativa. Desde el punto de vista de los pactos sucesorios, ambas interpretaciones son satisfactorias, puesto que permiten conocer con seguridad desde el momento del otorgamiento del pacto si éste es válido o no. La diferencia entre una u otra interpreta-

³⁵ En este mismo sentido, A. Font i Segura, "La ley aplicable...", *loc. cit.*, p. 18.

ción se encuentra en una toma de postura en torno a estas figuras. Así, la interpretación alternativa está inspirada en un claro *favor validitatis*, al aumentar considerablemente las posibilidades de otorgar pactos sucesorios válidamente, pues basta con que una de las leyes sucesorias anticipadas consideradas así lo prevea; por el contrario, la opción cumulativa encierra una posición conservadora en torno a la validez de estos actos al exigirse que todas y cada una de las leyes sucesorias anticipadas en juego prevean la validez del mismo.

Por otro lado, en el marco del art. 9.8º Cc tampoco son satisfactorias las relaciones entre la ley aplicable al pacto sucesorio y la ley sucesoria en lo que concierne a la determinación de los derechos legitimarios (y/o, en su caso, a la ley que regule los efectos del matrimonio en el caso de que se trate de derechos del cónyuge superviviente). El hecho de que la protección de los derechos legitimarios no se limite a los de terceros ajenos al pacto puede llevar a resultados absurdos e irrespetuosos con el contenido del mismo, tal y como hemos visto en el ejemplo del pacto de renuncia, al abrir la posibilidad del renunciante de exigir una vez fallecido el causante, las legítimas a las que tuviera derecho (y a las que había renunciado) de conformidad con la ley sucesoria.

17. La Propuesta de Reglamento, sin embargo, establece una solución más correcta y coherente con los intereses presentes en los pactos sucesorios. En primer lugar, el art. 18 de la Propuesta de Reglamento recoge una correcta clasificación de los pactos sucesorios a efectos de ley aplicable, diferenciando entre los que afectan a una sucesión y los que afectan a dos o más sucesiones, respondiendo a las cuestiones que plantean cada uno de ellos (y, en concreto, a diferencia de lo que ocurre en el art. 9.8º Cc, dando una solución expresa para la determinación de la ley aplicable a los pactos que afectan a más de una sucesión). No obstante, como ya hemos tenido ocasión de ver en el ejemplo del pacto de renuncia de *definición*, la norma de validación prevista en el art. 18.1 *in fine* para los pactos sucesorios que afectan a una sucesión debería, a nuestro juicio, ser suprimida por los problemas de seguridad jurídica que plantea el conocer la validez de un pacto en el momento del fallecimiento del causante de la sucesión en cuestión.

Por último, en el apartado cuarto del art. 18 se establecen las relaciones entre la ley aplicable al pacto y la ley sucesoria en lo que se refiere a la protección de los derechos legitimarios. La solución prevista en la Propuesta de Reglamento es más respetuosa y coherente con el contenido de los pactos sucesorios al limitar a los terceros ajenos al mismo la protección de los derechos legitimarios de conformidad con la ley sucesoria.

18. En definitiva, desde el punto de vista de los intereses presentes en los pactos sucesorios, es preferible la respuesta que recoge la Propuesta de Reglamento por ofrecer una regulación más completa y coherente tanto desde el punto de

vista de la determinación de la ley aplicable a la validez material, como desde el punto de vista de la eficacia del pacto sucesorio en relación con la protección de los derechos legitimarios determinados por la ley sucesoria; todo ello, con la salvedad de la norma de validación prevista para los pactos que afecta a una sucesión respecto de la que recomendamos su reconsideración por las razones ya expresadas.

2. Valoración de las soluciones desde el punto de vista del sistema de Derecho interregional.

19. Esta valoración técnica, en cierto modo abstracta, y realmente previsible del balance comparativo entre la solución del art. 9.8º Cc y la de la Propuesta de Reglamento es sólo la primera parte de la más global que nos inspira: su adecuación a la plurilegislación sucesoria española y al Derecho interregional. En este sentido, ya hemos señalado que el legislador estatal debe arbitrar las soluciones sobre la determinación de la ley aplicable a los conflictos de leyes internos garantizando un igual ámbito de aplicación entre todos los ordenamientos civiles existentes en España. Para ello debe establecer puntos de conexión que, en la medida de lo posible, atiendan a circunstancias abstractas y neutras³⁶. ¿Cuál es el balance bajo este prisma? Valoraremos, en primer lugar, las soluciones analizadas en un contexto en el que el principio de neutralidad sea absoluto y, por tanto, inamovible y, en segundo lugar, nos cuestionaremos la extensión y el alcance del propio principio de neutralidad.

20. Tratándose de pactos sucesorios que afectan a una única sucesión, el art. 9.8º Cc no plantea problema alguno, pues la validez del pacto depende de la ley sucesoria anticipada del causante, que es una conexión “neutra”, en el sentido de que no da preferencia a ningún Derecho civil autonómico sobre otro y que, por tanto, respeta un igual ámbito de aplicación de los Derechos civiles que coexisten en España. El problema se plantea en los pactos que afectan a más de una sucesión. Ya hemos visto cómo ante la ausencia en el art. 9.8º Cc de una respuesta de ley aplicable expresa a la determinación de la validez material de estos pactos, son tres las opciones interpretativas que se barajan.

Desde el prisma de la neutralidad estricta sólo cabe la interpretación que introduce el descrito grado de aleatoriedad. Esta interpretación supone en realidad un funcionamiento en la determinación de la ley aplicable análogo al de los pactos sucesorios que afectan a una única sucesión; la validez del pacto sucesorio será analizada de forma independiente por la ley sucesoria anticipada correspondiente a cada uno de los futuros causantes, de tal forma que el pacto sucesorio podrá ser válido de conformidad con una ley e inválido para la otra. Por ello, ya

³⁶ *Vid. supra*, npp. nº 11.

hemos dicho que los problemas de inseguridad jurídica que plantea el grado de aleatoriedad nos conducen a desechar esta interpretación. Por otro lado, ninguna de las otras dos opciones interpretativas, esto es, la cumulativa y la alternativa, respetan el principio de neutralidad, en sentido estricto. La solución alternativa constituye una clara preferencia por aquellos ordenamientos jurídicos que prevén la validez de los pactos sucesorios e implica que una persona cuya ley sucesoria anticipada no prevea la posibilidad de otorgar pactos sucesorios, va a poder celebrarlos siempre que lo haga con otra persona cuya ley sucesoria anticipada sí lo permita; dicho de otro modo, aquél que en virtud de su ley sucesoria anticipada no pueda otorgar pactos sucesorios, podrá otorgarlos aprovechándose de la ley sucesoria anticipada del co-otorgante que también disponga de su sucesión en el pacto sucesorio y que sí permita este tipo de actos. La solución cumulativa, por el contrario, favorece a aquellos Derechos civiles que prohíben los pactos sucesorios, al otorgarles una especie de veto de aquellos sistemas que los admiten, pues estos últimos no podrán ser aplicados cuando concurren con aquellos.

Las soluciones recogidas en la Propuesta de Reglamento tampoco son respetuosas con el principio de neutralidad del sistema de Derecho interregional. En el caso de los pactos que afectan a una única sucesión, la solución general sí respetaría tal principio, pues la validez del pacto dependería de la ley de la residencia habitual del futuro causante en el momento del otorgamiento. Sin embargo, la norma de validación supone una preferencia en la aplicación de determinados Derechos civiles en virtud de una solución particular: la admisibilidad de los pactos sucesorios. En cuanto a la solución alternativa prevista para los pactos sucesorios que afectan a más de una sucesión, cabe remitirse a lo que hemos dicho respecto de una posible interpretación en este sentido del art. 9.8º Cc.

En último lugar, restarían por analizar las soluciones que tanto el art. 9.8º Cc como la Propuesta de Reglamento recogen en torno a la protección de los derechos legitimarios. En ambos casos se remite a la ley sucesoria la determinación de estos derechos, si bien en la Propuesta de Reglamento se limita a los legitimarios que además sean terceros ajenos al pacto mientras que en el art. 9.8 no se recoge limitación alguna. Desde el prisma de la neutralidad en el sistema de Derecho interregional ambas soluciones implican una preferencia de facto por aquellos sistemas que recogen las legítimas más amplias, pues la corrección a cargo de la ley sucesoria sólo entrará en juego cuando ésta recoja unas cuotas legitimarias más largas que la ley conforme a la que se celebró el pacto sucesorio.

En definitiva, la exigencia de *neutralidad* del sistema de Derecho interregional a la hora de arbitrar soluciones a conflictos de leyes internos no es respetada ni con la aplicación del art. 9.8º Cc, ni con la aplicación de la Propuesta de Reglamento. Tratándose del art. 9.8º Cc, la única interpretación de este artículo que respeta la neutralidad, esto es, aquella que introduce cierta aleatoriedad en la

determinación de la validez del pacto, no se puede mantener, puesto que produce una gran inseguridad jurídica que rompe la razón económica de los pactos sucesorios. La falta de neutralidad en las soluciones del art. 9.8º Cc y de la Propuesta de Reglamento no sólo se limita a la determinación de la validez material de los pactos sucesorios, sino también a los problemas de eficacia en virtud de la protección de los derechos legitimarios de conformidad con la ley sucesoria.

21. Llegados a esta encrucijada, creemos que debemos detenernos en el propio principio de neutralidad y plantearnos la posibilidad de no asumir su alcance como algo absoluto e infranqueable. Como vimos, el propio texto de la sentencia 226/1993 del TC nos da pie a ello, pues al referirse a la necesidad de fijar los puntos de conexión para la resolución de conflictos de leyes internos bajo circunstancias abstractas o neutras no lo formula de manera absoluta, sino “*en principio y en tanto sea posible*”. Y no sólo se atempera la exigencia de neutralidad en la propia formulación de la misma, sino que seguidamente el TC señala que es posible que el sistema de Derecho interregional no se base de manera exclusiva en remisiones y conexiones abstractas y neutras, puesto que éstas no siempre podrán dar una solución cierta y clara, es decir, una solución que aporte seguridad en el tráfico. En definitiva, el TC supedita la utilización de conexiones abstractas y neutras a la consecución de una solución de ley aplicable que implique seguridad jurídica.

A la relativización del principio de neutralidad por parte del TC hay que añadir la existencia de normas que funcionan en la determinación de la ley aplicable a conflictos de leyes internos y que contienen una solución materialmente orientada. El ejemplo más claro lo constituye el art. 11 Cc que en materia de forma recoge el principio de *favor negotii* a través de la retención de una conexión alternativa. Fuera del estatuto formal, se puede traer a colación el art. 9.3º Cc que se inspira en un *favor validitatis* en lo que respecta a la posibilidad de otorgar pactos o capitulaciones matrimoniales, cuya validez se salvará si se ajustan a lo dispuesto por alguna de entre hasta cinco leyes (la ley rectora de los efectos del matrimonio, la ley de la nacionalidad o la ley de la residencia habitual de cualquiera de las partes en el momento del otorgamiento). Bien es cierto que la situación del art. 9.3º Cc no es automáticamente trasladable a los pactos sucesorios, pues hay una distinción de principio fundamental: mientras el art. 9.3º Cc encierra un *favor negotii* de capitulaciones matrimoniales, negocio jurídico previsto por todos los ordenamientos jurídicos españoles, existe una gran polémica en torno a la admisibilidad de los pactos sucesorios. No obstante, el mero hecho de que el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales tenga distintos requisitos y extensión en unos y otros ordenamientos jurídicos ya hace que la norma de conflicto no sea neutra.

En definitiva, si mantenemos una relativización del alcance y extensión del principio de neutralidad, podremos seguir barajando la posibilidad de aplicar el art. 9.8º Cc o la Propuesta de Reglamento a los conflictos de leyes internos sobre pactos sucesorios. En concreto, una vez asumida la posibilidad de establecer una solución no neutral en esta materia, restará determinar cuál de las dos opciones es más satisfactoria: la alternatividad o la acumulación de las leyes sucesorias anticipadas en presencia.

3. Toma de posición

22. Tras el análisis de las consecuencias de la aplicación del art. 9.8º Cc y del art. 18 de la Propuesta de Reglamento a los conflictos de leyes internos en materia de pactos sucesorios y una vez mantenida la posibilidad de establecer una solución no neutral en los conflictos interregionales que afecten a pactos sucesorios, llegamos a la conclusión de que la aplicación de la Propuesta de Reglamento es más satisfactoria, si bien con el matiz respecto de la norma de validación, cuya supresión hemos defendido a lo largo del trabajo. La preferencia por la Propuesta de Reglamento se basa en varias razones que a continuación consignamos.

Por un lado, no está de más destacar, aunque pueda parecer una obviedad, que la Propuesta de Reglamento establece una solución para la determinación de la ley aplicable a los pactos sucesorios que afecten a más de una sucesión. El art. 9.8º Cc nada dice al respecto, por lo que en estos términos la Propuesta de Reglamento es más satisfactoria simplemente por establecer una solución a un problema que el otro precepto ignora. Por otro lado, la postura a favor de la Propuesta de Reglamento implica a su vez una preferencia por una solución alternativa frente a la cumulativa³⁷. Una opción de la que se deriva un *favor negotii* en materia de pactos sucesorios, que nos parece defendible por diversas razones.

En primer lugar, debemos tener en cuenta la propia libertad del causante. La razón fundamental que han mantenido los ordenamientos que se oponen a los pactos sucesorios es la pérdida de libertad de disposición *mortis causa* del causante derivada de la irrevocabilidad de las disposiciones realizadas a través de pacto sucesorio, lo que choca con el principio de libre revocabilidad de las disposiciones por causa de muerte hasta el mismo momento del fallecimiento³⁸. No obstante, la realización de un pacto sucesorio no es sino la expresión de la voluntad del causante, que pudiendo hacer testamento prefiere otorgar pacto sucesorio

³⁷ Debemos precisar que la contraposición entre alternatividad y acumulación no se corresponde necesariamente con Propuesta de Reglamento o art. 9.8º Cc, pues la solución cumulativa en el art. 9.8º Cc sólo se podría derivar de la defensa de una interpretación en ese sentido. No obstante, la solución cumulativa sólo tendría cabida en el art. 9.8º Cc.

³⁸ Vid., M. Herrero Oviedo, "El renacer de los pactos sucesorios", en S. Álvarez González (ed.), *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, Imprenta universitaria, Santiago de Compostela, 2009, pp. 199–217, esp. p. 205.

sabiendo que, con ello, renuncia *ex ante* a la posibilidad de revocar sus disposiciones por causa de muerte, pero obteniendo a cambio la ventaja que la celebración del pacto le genere. No parece traumático que un futuro causante, sabiendo que pierde el derecho a la libre revocabilidad de las disposiciones por causa de muerte realizadas, decida *libremente* otorgar un pacto sucesorio, pues lo contrario sería elevar ese derecho a la categoría de indisponible o irrenunciable; esto último sería además de excesivo, incoherente, pues la libre revocabilidad de las disposiciones por causa de muerte sólo se plantearía en el caso de que el causante hubiera dispuesto de su sucesión (a través de testamento se entiende) y esto no es obligatorio.

En segundo lugar, un elemento relevante a valorar es el de la propia autonomía de la voluntad de las partes, manifestada en el otorgamiento del pacto sucesorio. La solución alternativa consagra la autonomía de la voluntad que las partes *de facto* manifiestan cuando acuden a un notario para realizar un concreto pacto sucesorio recogido en un determinado ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, la idoneidad de los pactos sucesorios para la transmisión de pequeñas y medianas empresas. Un estudio realizado en el ámbito comunitario puso de relieve que cerca de un 30 % de las empresas europeas cerrarían su actividad empresarial por problemas en su transmisión *mortis causa*. En el estudio de este problema en la década de los noventa, determinados trabajos de la Unión Europea revelan una actitud positiva a la admisión de los pactos sucesorios como medio para garantizar la transmisión por causa de muerte de las empresas³⁹. En este sentido, es defendible la preferencia por una solución favorecedora de la validez de los pactos jurídicos, frente a una solución restrictiva a la misma.

En cuarto y último lugar, un dato que, a nuestro juicio, también debe ser considerado es el del número de Derechos civiles españoles que, en mayor o menor medida, reconocen pactos sucesorios. En efecto, desde un punto de vista cuantitativo los Derechos civiles españoles que prevén pactos sucesorios están en una clara mayoría respecto de los ordenamientos que los prohíben⁴⁰. Es más, tratán-

³⁹ *Vid.*, Recomendación de la Comisión de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas, DO L 385 de 31.12.1994, pp. 0014-0017 y Comunicación de la Comisión sobre transmisión de las pequeñas y medianas empresas, DO C 93/2 de 28.3.1998.

⁴⁰ Son ocho los Derechos civiles que prevén los pactos sucesorios frente a tres que los prohíben. Admiten los pactos sucesorios, en mayor o menor medida: Libro IV del Código Civil de Cataluña (art. 411-7); en el Fuero Nuevo de Navarra (Leyes 177 ss.); en la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón (arts. 62 ss; y arts. 377 ss. del Código del Derecho foral de Aragón); en las disposiciones aplicables a la isla de Mallorca (art. 6) y a las islas de Ibiza y Formentera (arts. 72 ss.) de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares; en la ley de Derecho civil de Galicia (arts. 209 ss.); en el Fuero civil de Vizcaya y de Guipuzcoa (arts. 74 ss. y 179 ss. respectivamente de la Ley de Derecho civil del País Vasco). Por el contrario, no admiten los pactos sucesorios: el Cc, como norma general (art. 1271.2º Cc), las disposiciones aplicables a Menorca (art. 65 Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares) y

dose del Derecho común, el propio Cc, junto a la tradicional prohibición, recoge determinadas figuras que constituyen excepciones a la prohibición de los pactos sucesorios, como por ejemplo, la promesa de mejorar o no mejorar (art. 826 Cc) o la donación de bienes futuros por razón de matrimonio⁴¹.

23. Con todo, no perdemos de vista lo polémico de la cuestión. Es posible objetar que, desde el punto de vista del Derecho interregional, la solución alternativa es menos neutral que la solución cumulativa, pues una aplicación alternativa permitiría a personas con vecindad civil o residencia habitual que las vincule a una ley que no permita los pactos sucesorios otorgarlos igualmente aprovechándose de la ley de la vecindad civil o residencia habitual del otro otorgante. Por su parte, la solución cumulativa, no siendo neutral, garantiza el respeto de los Derechos civiles españoles que prohíben los pactos sucesorios y no impide que aquellos que los admiten tengan un determinado ámbito de aplicación (esto es, se aplicarán cuando no concurran con un Derecho civil español que prohíba los pactos sucesorios). No obstante, no hay que perder de vista que la solución cumulativa tampoco es neutral puesto que en la realidad lo que ocurre es que una solución cumulativa tiene como efecto el hacer prevalecer siempre el Derecho civil más restrictivo a los pactos sucesorios, en una época, por otro lado, en la que la tendencia es precisamente la de ampliar el campo de actuación de este tipo de negocios⁴².

24. La simulación realizada nos ha permitido comprobar las deficiencias del art. 9.8º Cc para la determinación de la ley aplicable a los pactos sucesorios. No obstante, no debemos olvidar que dicho artículo supone la regulación vigente para la determinación de la ley aplicable a los pactos sucesorios cuando se da un conflicto interno⁴³. Por ello, procede trabajar en la defensa de interpretaciones del art. 9.8º Cc encaminadas a paliar esas deficiencias. Al valorar las soluciones de la Propuesta de Reglamento y del art. 9.8º Cc bajo las exigencias del sistema de Derecho interregional hemos visto cómo tanto una aplicación alternativa de las leyes en presencia, como una aplicación cumulativa contrarían la nota de neutralidad. Todo ello, nos lleva a plantearnos nuevas posibles interpretaciones del art. 9.8º Cc y en este sentido, además de la interpretación que hemos defendido según la cual existe una ley aplicable a los pactos sucesorios a la que sólo

Fuero de Ayala (que nada dice sobre la posibilidad de disponer a través de pacto sucesorio, *vid.* art. 134 de la Ley de Derecho civil del País Vasco).

⁴¹ Existen más excepciones, si bien la doctrina no se pone de acuerdo en su consideración o no como pactos sucesorios; *vid.* con mayor amplitud. M.P. García Rubio y M. Herrero Oviedo, "Pactos sucesorios en el Código Civil", *loc. cit.*, pendiente de publicación.

⁴² *Ibid.*; también, M. Herrero Oviedo, "El renacer...", *loc. cit.*, esp. pp. 207 ss. y 212 ss.

⁴³ Y lo seguirá siendo cuando se apruebe el Reglamento de sucesiones y testamentos, salvo que el Estado español realice alguna declaración por la que acuerde aplicar las normas del Reglamento a los conflictos de leyes internos.

se superpone la determinación de los derechos legitimarios de la ley sucesoria, cabe la posibilidad, a nuestro juicio, de abogar por la interpretación de una aplicación alternativa de las leyes sucesorias anticipadas de los disponentes para la determinación de la ley aplicable a los pactos que afecten a más de una sucesión.

V. Conclusión

25. En un futuro, más o menos cercano, tendremos un nuevo Reglamento europeo cuyo ámbito de aplicación material coincide con una buena parte del núcleo duro de las normas de nuestros Derechos civiles autonómicos: el Derecho de sucesiones. Todo parece indicar que dicho Reglamento recogerá la habitual cláusula federal para los Estados plurilegislativos con la habilitación implícita de que estos puedan aplicar las soluciones comunitarias a los conflictos de leyes internos. La última palabra la tienen los Estados miembros, por ello nos ha parecido interesante analizar la posible aplicación de la regulación comunitaria desde una perspectiva concreta.

En este trabajo hemos sometido a prueba al sistema, al aplicar dos normas a los conflictos de leyes internos sobre pactos sucesorios: una de ellas, el art. 9.8º Cc, con una preocupación meramente nominal por estas figuras, y la otra, la Propuesta de Reglamento, con una regulación específica para la determinación de la ley aplicable de los pactos sucesorios. Con estas condiciones, podría parecer innecesario realizar simulación alguna, pues *a priori* parece preferible una regulación específica de los pactos sucesorios frente a una no regulación de los mismos (la del art. 9.8º Cc). No obstante, junto a las valoraciones desde el estricto punto de vista de los intereses sustantivos de los pactos sucesorios era necesario también tener en cuenta determinadas exigencias del sistema de Derecho interregional y, en particular, el aclamado principio de neutralidad.

26. Una vez realizada la simulación y las valoraciones oportunas dos son las conclusiones fundamentales que aquí podemos reflejar. Por un lado, la aplicación de la Propuesta de Reglamento a los conflictos de leyes internos que involucren a pactos sucesorios no choca frontalmente con las exigencias del sistema de Derecho interregional siempre y cuando no consideremos el principio de neutralidad como un algo absoluto e inamovible. Por otro lado, pese a que *a priori* pudiéramos pensar que las soluciones de la Propuesta de Reglamento y del art. 9.8º Cc darían lugar a resultados muy distintos, lo cierto es que podemos conseguir resultados bastante cercanos a través de nuevas interpretaciones del art. 9.8º Cc. En concreto, tendríamos, en primer lugar, una regulación específica para pactos sucesorios derivada de la posibilidad de interpretar el segundo inciso del art. 9.8º Cc como una excepción de ley aplicable a la que sólo se superponen las legítimas de la ley sucesoria. En segundo lugar, una interpretación alternativa

para los pactos que afectan a más de una sucesión, pues pese a que hasta ahora la doctrina se ha decantado por una interpretación cumulativa, no encontramos ninguna razón categórica que impida mantener la alternatividad. En tercer y último lugar, el art. 9.8º Cc tendría una regulación para la eficacia del pacto son respecto de las legítimas, siendo este último punto el único donde la diferencia entre las diferencias de la regulación de la Propuesta y del art. 9.8º Cc son insalvables, pues una interpretación de este último, según la cual se limitara la protección de los derechos legitimarios a terceros ajenos al pacto chocaría frontalmente con su literalidad.

VARIA

LOS NUEVOS CÓDIGOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE CHINA Y TAIWÁN DE 2010—ESPECIAL REFERENCIA A LA MATERIA DE FAMILIA *

Yao–Ming HSU**

Profesor Asociado de la Facultad de Derecho
Universidad Nacional Cheng–Chi de Taipei, Taiwán

SUMARIO: I. Prefacio. II. Últimos avances legislativos de Derecho internacional privado en la región del estrecho de Taiwán: 1. Reforma de la Ley taiwanesa sobre materias civiles con elemento extranjero de 2010: A) Marco legislativo; B) La parte no reformada; C) Principales disposiciones modificadas. 2. El nuevo Código sobre la ley aplicable a las relaciones civiles transfronterizas de China de 2010: A) Marco legislativo y objeto normativo; B) Principales previsiones añadidas. III. Comparación y análisis de las nuevas legislaciones de Derecho internacional privado de China y Taiwán—aspectos del Derecho de familia: 1. Reforma de las disposiciones sobre el matrimonio: A) Promesa de matrimonio; B) Matrimonio; C) Regímenes económicos matrimoniales; D) Divorcio. 2. Reforma de las disposiciones sobre las relaciones paterno–filiales: A) Filiación; B) Relaciones paterno–filiales. 3. Reforma de las disposiciones sobre sucesiones. IV. Conclusión.

RESUMEN: Hemos resumido brevemente la reforma o la nueva codificación de Derecho internacional privado de Taiwán y China. Estas nuevas normativas muestran, de una forma ambiciosa, la intención de adaptarse a las más novedosas tendencias internacionales pero manteniendo también sus propias particularidades. Especialmente en el ámbito de la *lex personalis*, Taiwán ha optado por la *lex patriae*, pero China ha preferido la ley de la residencia habitual. Esta diferencia en la *ratio legis* trae como resultado normas de conflicto distintas en Derecho de familia a ambos lados del estrecho de Taiwán. Después de la promulgación de las nuevas leyes, desde el 26 de mayo de 2011 en Taiwán y desde el 1 de abril de 2011 en China, estas diferencias crearán probablemente otras divergencias en materia de familia, incluso aunque a ambos lados del estrecho de Taiwán existan otras normativas específicas sobre los conflictos de leyes en esa región. Además, se observan algunas ambigüedades en ciertas previsiones de las leyes china y taiwanesa. Para su futura aplicación se necesita un mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinal.

PALABRAS CLAVE: NUEVA CODIFICACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – TAIWÁN – CHINA – DERECHO DE FAMILIA – *LEX PATRIAE* – RESIDENCIA HABITUAL.

* Traducción de Ángel Espiniella Menéndez, Profesor titular de Derecho internacional privado, Universidad de Oviedo.

** Doble Licenciatura y LLM por la Universidad Nacional de Taiwán en Taipei (NTU); DEA (LLM) y Dr. Iur. por la Universidad Paul Cézanne Aix–Marseille III. Email: ymhsu@nccu.edu.tw.

ABSTRACT: *We briefly summarize the respective amendment or new codification of private international law in Taiwan and in China. These new regulations both ambitiously show the intention to cope with the newest international regulatory trends but also carefully keep their own specificities. Especially in the domain of *lex personalis*, Taiwan keeps the choice of *lex patriae*, but China chooses the path of habitual residence as connecting factor. This difference in legislative principle result in the diverse applicable law in family matters on both sides of the strait. After their promulgation of the new laws, from the 26 May 2011 on in Taiwan and from the first April 2011 on in China, these differences will probably create other divergences for resolving the cross-strait family matters, even though on both sides there exists other specific regulation for the interregional conflict of laws. Besides, there exist some ambiguities in some provisions both in Taiwanese and Chinese new codes. More jurisprudences and doctrinal explanations would be needed for the future application.*

KEYWORDS: *NEW CODIFICATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW—TAIWAN—CHINA—FAMILY LAW—LEX PATRIAE—HABITUAL RESIDENCE.*

I. Prefacio

En los últimos años, las relaciones entre los pueblos de China y Taiwán se han hecho cada vez más estrechas, pero el modo de abordar los conflictos regionales de Derecho privado no es necesariamente el mismo en ambos países, además de que las sentencias no son necesariamente reconocidas y ejecutadas de forma recíproca. Ello tiene un gran impacto en los derechos y obligaciones de los ciudadanos de ambos lados del estrecho de Taiwán. Junto con las investigaciones institucionales bilaterales y los intercambios académicos, la reducción de los conflictos de leyes, la prevención del fraude de ley y del *forum shopping*, la mejora de la cooperación judicial y la búsqueda de prosperidad en ambos lados del estrecho de Taiwán son ahora indispensables. A finales de mayo de 2010, se aprobó y promulgó la primera modificación de la Ley taiwanesa de Derecho aplicable a materias civiles con elemento extranjero después de su promulgación original hace cincuenta y siete años, que se espera que entre en vigor a finales de mayo de 2011. Esta modificación no viene sola sino acompañada. A través del proyecto de Ley modelo de Derecho internacional privado de la República Popular de China del 2000 propuesta por la doctrina y el “Proyecto académico de Recomendaciones” de marzo de 2010, la China continental también ha aprobado la primera Ley de Derecho aplicable a las relaciones civiles transfronterizas y se espera que la Ley sea promulgada formalmente el 1 de abril de 2011. Por tanto, profundizar en los comentarios de los artículos, preguntarse por la intención del legislador, analizar la determinación y aplicación de la ley aplicable y las posibles consecuencias de la adopción de este primer texto de Derecho internacional privado (DIPr) de la China continental constituye una investigación crucial para las relaciones económicas y comerciales entre ambos países y para la protección de los derechos humanos. Además, el análisis y la comparación de la Ley china

con la Ley taiwanesa sobre materias civiles con elemento extranjero son también indispensables.

II. Últimos avances legislativos de Derecho internacional privado en la región del estrecho de Taiwán

Los logros concretos de la actividad legislativa de DIPr en la región del estrecho de Taiwán son de forma sencilla los siguientes. Durante el proceso legislativo, China y Taiwán se plantean optar entre un modelo legislativo basado en la “noción amplia” de DIPr o en la “noción estricta”: la primera prefiere abordar todos los ámbitos de regulación en el código de DIPr, incluyendo la competencia judicial, el Derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, e incluso el arbitraje extrajudicial y las normas generales sobre tratados internacionales, costumbre internacional, etc.; la segunda parte de que un código de DIPr debería regular únicamente las cuestiones de Derecho aplicable. Al final, esta última opción fue la seguida en China y Taiwán.

1. Reforma de la Ley taiwanesa sobre materias civiles con elemento extranjero de 2010

En Taiwán, por lo que respecta a la determinación y aplicación del Derecho aplicable en materias civiles con elemento extranjero, la primera versión de la Ley sobre materias civiles con elemento extranjero (de aquí en adelante, la Ley) tenía 31 artículos en total para que los jueces resolvieran los casos transfronterizos en materia civil. Sin embargo, la Ley nunca había sido modificada desde su promulgación en 1953. Tras más de cincuenta años, las condiciones estatales y el ambiente social han cambiado drásticamente. Seguramente la complejidad del DIPr no es la misma y aparece la necesidad de revisar la vieja Ley para adaptarla a los nuevos problemas. Por tanto, el Ministerio de Justicia invitó a la doctrina internacional privatista en 1998 a elaborar un proyecto de reforma de la Ley¹. Hubo numerosos debates y propuestas de versiones de proyectos de reforma de la Ley. El proyecto, en su primera versión, tenía un total de 144 artículos (1999), que pasaron a 67 artículos en la segunda edición (2001) y, finalmente, a 60 en la tercera versión (2003)².

¹ Sobre la historia del grupo de trabajo en la modificación de la Ley, *vid.* Liu, Tieh-Jhen, “Comments on the Amendment of Application Law of Civil Matters Involving Foreign Element”, *The Law Monthly*, vol. 50, n° 5, 1995, pp. 3–6 (todas las referencias en las notas a pie de página están básicamente en chino, salvo que se disponga lo contrario).

² *Vid.* una detallada comparación de cada versión en Wang, Jhih-Wen, “Review of the Amendment of Application Law of Civil Matters Involving Foreign Element”, *Hwa Kang Law Review*, n° 31, May 2004, pp. 1–46, esp. pp.5–12.

La principal razón para el cambio de los proyectos precedentes es que la doctrina taiwanesa tenía diferentes opiniones sobre qué aspectos deberían entrar dentro del ámbito del DIPr, especialmente bajo el nombre de “Ley sobre materias civiles con elemento transfronterizo”³. Para aquellos que adoptaron la noción amplia de DIPr, todos los problemas de ley aplicable a las relaciones civiles transfronterizas debían ser detallados artículo por artículo en la Ley incluyendo, de una vez por todas, la identificación de la competencia judicial internacional, la determinación y aplicación de la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (competencia judicial internacional indirecta), ofreciendo a los jueces unas pautas integrales para resolver los casos en la práctica. Sin embargo, aquéllos que adoptaron la noción estricta de DIPr consideraron que la competencia judicial internacional era una materia de naturaleza procesal y que era inadecuado incluirla en los artículos de la modificación. De hecho, respecto de la competencia judicial indirecta, en Taiwán ya existe una serie de reglas en el art. 403 del Código del proceso civil y en el art. 4.1º del Código de ejecución forzosa y es innecesario repetir regulaciones. En consecuencia, el número de artículos varía significativamente respecto de las ediciones precedentes. Especialmente, la razón por la que habría 144 artículos en la primera edición de la reforma era que se habían incluido los artículos relativos a la competencia judicial internacional. Además, la doctrina tenía diferentes opiniones respecto de las materias no mencionadas en la versión original que debían ser añadidas en la reforma. Asimismo, si los nuevos principios de las relaciones jurídicas individuales debían atender a las últimas tendencias de la doctrina internacional de Derecho aplicable, por ejemplo, a la teoría de los vínculos más significativos⁴, fue una cuestión muy discutida⁵. Finalmente todos los autores alcanzaron un consenso el 1 de junio de 2007 y cerraron la reforma de la Ley sobre materias civiles con elementos transfronterizos con un total de 63 artículos. Esta versión del proyecto fue sometida a revisión por el Parlamento taiwanés (Yuan). Finalmente, la versión modificada con 63 artículos fue aprobada por el Parlamento el 30 de abril de 2010 y sancionada por el Presidente el 26 de mayo del mismo año.

³ En relación con el objeto del Derecho internacional privado, *vid.* Lai, Lai-Kun, *Basic Private International Law*, 2004, p. 344; Wang, Jhih-Wen, *loc. cit.*, *supra*, nota 2, p. 12.

⁴ Sobre el desarrollo y contenido de esta teoría, *vid.* Lai, Lai-Kun, *The Structure of the Contemporary Theory of Private International Law*, 2001, p. 591; Hsu, Jhau-Cing, “The Theory of the most significant relationship in Private International Law—Focus on the Choice of Law Norm of Foreign-Related Tort”, en *International Law and comparative Law Research*, 2005, pp. 2–46.

⁵ *Vid.* Wang, Jhih-Wen, *loc. cit.*, *supra*, nota 2, pp. 27–31.

A) Marco legislativo

Para lograr esta vez una reforma cuasi integral, se configura una estructura legal totalmente nueva. Para empezar, se incorpora un nuevo Capítulo I “Disposiciones Generales” asumiendo la metodología legislativa “de lo general a lo particular”⁶ e incluyendo las fuentes del Derecho, la *lex personalis* (conflictos de nacionalidades, conflictos en torno al domicilio y Estados plurilegislativos), fraude de ley, la cláusula de orden público...etc. Los capítulos 2 y siguientes regulan sucesivamente y por este orden “aspectos civiles”, “actos jurídicos”, “obligaciones”, “bienes”, “matrimonio y familia”, y “sucesiones”. El último capítulo, el 8, titulado “normas complementarias”, regula las disposiciones transitorias y la fecha de entrada en vigor.

B) La parte no reformada

De la parte no reformada merece una especial atención el art. 30 sobre las fuentes del Derecho en DIPr taiwanés. El profesor Rong-Chuan Chen indica que el nuevo art. 1, “si no hay Derecho aplicable regulado por esta Ley para materias civiles con elemento extranjero, la cuestión se decidirá de conformidad con otra ley. Si no existiera tal ley, la cuestión se decidirá de acuerdo con los principios jurídicos”, hace hincapié en que la aplicación de las normas de DIPr es obligatoria⁷. En los últimos años la Corte Suprema de Taiwán ha sostenido la misma interpretación⁸. En la jurisprudencia menor, los tribunales taiwaneses no han abordado ni tratado esta cuestión particular, pero, dado que la Ley sobre materias civiles con elemento transfronterizo sirve de guía para instruir al juez, debe considerarse sin duda de aplicación imperativa. Sin embargo, el profesor Ze-Dong Ke propone su aplicación facultativa⁹, y el profesor Hua-Kai Tsai señala

⁶ Vid. Lin, Yi-Shan, “The comment on new ‘application law of civil matters involving foreign matters’”, *Taiwan Law Review*, n° 156, 15–VII–2010, p. 42; Chen, Rong-Chuan, “The New Face of Private International Law—Overview of application law of civil matters involving foreign matters in 2011”, *Taiwan Law Journal*, n° 156, 15–VII–2010, p. 16; Liao, Hui-wan, “Comment on the amendment of application law of civil matters involving foreign matters”, *Civil law forum cross-strait: the eighth academic conference of civil code cross-strait*, 10–X–2010, pp. 1–2 (no publicado).

⁷ Vid. Chen, Rong-Chuan, *loc. cit.*, *supra*, nota 6, p. 17.

⁸ La Corte Suprema ha anulado las sentencias de los tribunales menores por este motivo en muchos casos, *vid.* Tsai, Hua-Kai, “Pleading, Proof and Application of Foreign Law in Private International Law: Mandatory or Facultative Conflict Rules in Taiwan?”, *Tunghai University Law Review*, n° 24, junio, 2006, pp. 175–240, p. 189; Wu, Kuan-Pin, “Should the Courts Apply the ‘Statute Governing the Application of Laws to Civil Matters’ ex officio?”, *Chinese (Taiwan) Review of International and Transnational Law*, vol. 2, n° 3, diciembre de 2007, pp. 295–334, p. 299; respecto de las sentencias recientes, *vid.* Hsu, Yao-Ming, “Recognition of the foreign-related matters and mandatory of ‘application law of civil matters involving foreign element’”, *Court case time*, n° 1, febrero, 2010, p. 103; y, con relación a la explicación del carácter imperativo o facultativo de las normas de conflicto, *vid.* Lai, Lai-Kun, *Concise Private International Law*, 2004, pp. 149–151.

⁹ Vid. Ke, Ze-Dong, *Private International Law*, 4ª ed., 2010, pp. 87–105; Ke, Ze-Dong, “Development and ideal of Private International Law: to the new vision”, *Brand new vision of Private Interna-*

que, aunque debería sostenerse el carácter imperativo de las normas de conflicto¹⁰, es preferible la tesis de una imperatividad “moderada”¹¹. Pero los profesores Ke y Tsai no basan sus argumentos en los fundamentos del antiguo art. 30 (nuevo art. 1) y el Profesor Ke considera el nuevo art. 1 simplemente como “fuente del Derecho”¹². Si ponemos el acento en la expansión de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad a nuevas relaciones jurídicas (véase más abajo), ¿existe alguna posibilidad de aligerar el carácter imperativo de esta nueva Ley? Se necesitaría un mayor debate doctrinal y más casuística.

En segundo lugar, en el ámbito de la *lex personalis*, “considerando los sentimientos de nuestro pueblo tras la separación de China y considerando que nuestro pueblo tiene una especial identificación con la nacionalidad de la República de China; no son tenidos en cuenta los principios de *lex domicilii* o de domicilio habitual”¹³, de modo que la Ley todavía prefiere el axioma de la *lex patriae*. De acuerdo con esta opción, es necesario articular, como previsiones generales, normas sobre los conflictos de nacionalidades, los Estados plurilegislativos y el reenvío. Además, el principio de *lex domicilii* todavía cumple una función supletoria.

C) Principales disposiciones modificadas

La reforma de la Ley implica, además de la nueva estructura legal mencionada, la alteración del principio elegido para la ley aplicable a cada tipo de relación jurídica. Debido a la extensión limitada de este trabajo, no voy a enumerar todas las revisiones artículo por artículo. Únicamente recogeré aquí algún principio importante sobre la ley aplicable y la modificación de las previsiones generales, tal y como sigue:

a) Adopción de la *lex patriae* en otras relaciones jurídicas: el principio de la *lex patriae* se utiliza en el ámbito de la *lex personalis*, pero también se extiende a la responsabilidad del fabricante de productos (art. 26). Además, si antes algunas relaciones jurídicas se regían por la *lex patriae* de una de las partes, las nuevas normas giran en torno a la *lex patriae* de las dos partes. Por ejemplo, el nuevo art. 45 sobre las condiciones y la efectividad del compromiso matrimonial se regirá por la *lex patriae* de ambas partes.

tional Law, 2006, pp. 1–25, p. 23; Li, Hou-Jhen, *the Application of Law for Foreign-related Civil Relations*, 2010, pp. 9–11, citando la opinión del Profesor Ke.

¹⁰ Vid. Tsai, Hua-Kai, *loc. cit.*, *supra*, nota 9, p. 231.

¹¹ Algunos autores chinos también comparten el carácter facultativo de la norma de conflicto, *vid.* Du, Tao, “Mandatory or Facultative Character of Conflict Rules—the choice of our legislation of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations”, *Tsinghau Law Review*, vol.4, nº 3, 2010, pp. 94–109.

¹² Vid. Ke, Ze-Dong, *Private International Law*, 4ª ed., 2010, pp. 106.

¹³ Vid. Chen, Rong-Chuan, *loc. cit.*, *supra*, nota 6, p. 1.

b) La clarificación del régimen del reenvío: el antiguo art. 29 de la Ley sobre el reenvío adoptaba conjuntamente el reenvío de primer grado, el reenvío de segundo grado y el doble reenvío. Sabiendo que la tendencia internacional limita gradualmente la esfera del reenvío con el fin de simplificar el Derecho aplicable, este artículo reformado elimina el segundo párrafo “si de acuerdo con la ley reclamada por la norma de conflicto, la relación jurídica extranjera se rige por otra ley, entonces se aplicará esa otra ley”. El nuevo art. 6 añade al artículo original “si, de acuerdo con la *lex patriae* de las partes o con otras leyes, el Derecho de la República China fuera aplicable, el Derecho de la República China regirá la relación jurídica extranjera”, y la razón de esta modificación es evitar incoherencias interpretativas. Por tanto, en el nuevo artículo se añaden las palabras ‘*lex patriae* de las partes o’ para clarificar la base jurídica del reenvío de primer grado y del doble reenvío que remita a la ley taiwanesa. Sin embargo, de acuerdo con los considerandos del Preámbulo, el objetivo original es simplificar las clases de reenvío, pero la reforma efectuada no parece lograr el objetivo señalado. Como pudimos ver, el primer párrafo del art. 6 reformado “cuando, de acuerdo con esta Ley, se aplique la *lex patriae* y, de acuerdo con la *lex patriae*, la relación jurídica extranjera se rija por otra ley, entonces se aplicará esa otra ley” parece recoger el reenvío de segundo grado. Además, la previsión “si, de acuerdo con la *lex patriae* de las partes o de otras leyes, el Derecho de la República China fuera aplicable, se aplicará el Derecho de la República China a la relación jurídica extranjera” se presenta como un reenvío de primer grado. Sin embargo, cabe interpretar que, si leemos esta previsión junto con el primer párrafo, es posible partir de un doble reenvío. Aunque la reforma eliminó el discutido segundo párrafo del antiguo art. 29, no se han simplificado los tipos de reenvío como se pretendía, especialmente el doble reenvío que sólo aceptan unos pocos países. De este modo, el texto modificado no encaja con el objetivo de la reforma. Si comparamos el tercer párrafo de la exposición de motivos sobre la revisión de este artículo, que añade el texto “la *lex patriae* de las partes” para ofrecer una base legal al reenvío de primer grado y al doble reenvío que conduce a la ley taiwanesa, con el primer párrafo de la Exposición de Motivos “las legislaciones internacionales limitan gradualmente la esfera del reenvío con el fin de simplificar la aplicación de la ley”, parecen contradictorios. De hecho, la mayoría de legislaciones de otros países sólo se ocupan del reenvío de primer o de segundo grado, por lo que recomiendo que, si esta nueva Ley quisiera seguir las nuevas tendencias internacionales y simplificar las clases de reenvío, la expresión “u otras leyes” debería eliminarse del texto para admitir sólo el reenvío de primer grado. Esta aclaración sería mucho más oportuna¹⁴.

¹⁴ Vid. Hsu, Yao-Ming, “Comment on the amendment draft of Application Law of Civil Matters Involving Foreign Element of Taiwan in 2007”, *Latest issues of Private International Law and EU private*

c) Reforma en torno a los Estados plurilegislativos: con relación a los Estados plurilegislativos, en los que coexisten múltiples unidades territoriales con poder normativo en un mismo Estado, el antiguo art. 28 ya había fijado las normas para decidir la ley aplicable. El nuevo art. 5, añade “otros factores”, aparte de la pluralidad de territorios, como causa de la presencia de múltiples leyes en un mismo Estado. Además, la antigua Ley partía de la “remisión directa” y utilizaba la *lex domicilii* como conexión referida a la *lex patriae* de las partes, mientras que el nuevo art. 5 introduce una modificación en el texto en favor de la “remisión indirecta”: “las normas de ley aplicable en ese Estado determinarán la ley aplicable” para lograr así la coherencia de las sentencias internacionales.

d) Modificación de la cláusula de orden público: el antiguo art. 25 había incluido la cláusula de orden público para excluir la aplicación de la ley extranjero en determinadas circunstancias, pero su tenor literal era “de acuerdo con la Ley, si las disposiciones de las leyes extranjeras vulneran el orden público de la República de China, esta ley extranjera será excluida”. El término “disposición” parece adoptar la tesis de la exclusión de las “disposiciones de las leyes extranjeras” y aparentemente choca con la tendencia internacional, que prefiere la tesis del “resultado de la aplicación de la ley extranjera”¹⁵. De este modo, el nuevo art. 8 modifica el texto como sigue: “si el resultado de la aplicación de la ley extranjera vulnera el orden público de la República de China, esta ley extranjera será excluida”. El profesor Rong-Chuan Chen aplaude este planteamiento. Desde el momento en el que la nueva Ley parte con frecuencia de la ley con un vínculo más estrecho para determinar la ley aplicable, las situaciones que precisan ser excluidas por el orden público deberían reducirse bastante¹⁶.

e) Nueva regulación expresa del fraude de ley: el nuevo art. 7 establece “si las partes en la relación jurídica extranjera eluden las normas imperativas o prohibitivas de la República de China, dichas normas deberían, sin embargo, aplicarse”. Esta reforma evita que las partes tengan la intención de recurrir a la “falsa” ley aplicable, que viola las normas imperativas y prohibitivas de la República de China por medio de la alteración de los puntos de conexión. Sin embargo, la reforma no regula los efectos de los actos resultantes de la alteración de los puntos de conexión¹⁷. Si el “acto de cobertura” de modificar los puntos de conexión es legal, como, por ejemplo, la alteración de la nacionalidad, ¿como podríamos explicar que el acto resultante sea sometido a las normas imperativas de la Re-

international law, pp. 235–236.

¹⁵ *Vid.*, significativamente, Tsai, Jin-Ying, “Restriction of application of foreign law”, *Cross-Strait Law*, no.14, diciembre, 2006, pp. 137–147.

¹⁶ *Vid.* Chen, Rong-Chuan, *loc. cit.*, *supra*, nota 6, p. 31.

¹⁷ *Vid.* destacadamente, Wang, Jhih-Wen, *loc. cit.*, *supra*, nota 2, p. 20.

pública de China? Otro ejemplo, un nacional de la República de China ya ha cambiado de nacionalidad y ha adquirido la nacionalidad japonesa y no cabe duda de que su *lex patriae* es la japonesa, a menos que se altere el principio de “puntos de conexión ciertos para un Derecho aplicable cierto”. De acuerdo con el debate doctrinal, la propuesta de “validar el acto de cobertura pero invalidar el acto resultante” se enfrenta a contradicciones desde una perspectiva lógica. Para apoyar esta solución, se necesitan más argumentos. El profesor Rong-Chuan Chen considera “que las partes pueden cambiar legalmente cualquier punto de conexión y el acto resultante es válido”¹⁸, y que “lo que la nueva Ley limita es únicamente el funcionamiento del punto de conexión para designar la ley aplicable”. Pero, si esto es así, ¿podríamos decir que la nueva normativa sobre el fraude de ley parece crear la excepción a la máxima “puntos de conexión ciertos para un Derecho aplicable cierto”?

2. *El nuevo Código sobre la ley aplicable a las relaciones civiles transfronterizas de China de 2010*

Desde que China reformó y abrió su política económica en los años ochenta del pasado siglo, ha experimentado un crecimiento económico tremendo e incluido muchas disposiciones específicas relativas al DIPr que habían sido adoptadas de una forma individual. En los instrumentos de Derecho societario, Derecho procesal civil, Derecho contractual económico extranjero, Derecho de sucesiones, Derecho civil general, Derecho marítimo, Derecho arbitral, Derecho aéreo, etc., existen algunas disposiciones para solucionar los conflictos de leyes. Dada la ausencia de un código único de DIPr, la “Asociación de DIPr de la República Popular de China” ha intentado conseguir la codificación normativa desde 1993. El proyecto ha sido revisado en varias ocasiones y finalmente se elaboró el Código modelo de DIPr publicado en chino e inglés por la Editorial *Law Press Publishing* en el año 2000¹⁹. Además, en atención al procedimiento legislativo oficial, los académicos de esta asociación también rehicieron una versión de la Ley de Derecho aplicable a las relaciones civiles transfronterizas, de 1 de mayo de 2010. Sin embargo, en el procedimiento legislativo oficial, ni siquiera la versión antes mencionada fue tomada como base para el proyecto de ley. Se prefirió el último proyecto oficial de la novena parte del Código Civil, sobre la ley aplicable a las relaciones civiles transfronterizas, propuesta el 23 de diciembre de 2002 como base para la codificación. Finalmente, la Ley de Derecho aplicable a las relaciones civiles transfronterizas fue aprobado el 28 de octubre de 2010.

¹⁸ Vid. Chen, Rong-Chuan, *loc. cit.*, *supra*, nota 6, p. 30.

¹⁹ Asociación de Derecho internacional privado de la República Popular de China, *Model Code of Private International Law of People's Republic of China (Sixth Draft)*, 2000.

A) Marco legislativo y objeto normativo

Dividido en ocho capítulos y cincuenta y dos artículos, la Ley de Derecho aplicable a las relaciones civiles transfronterizas de la República Popular China se estructura como sigue: capítulo I “Disposiciones generales”, Capítulo II “Materia civil”, Capítulo III “Matrimonio y familia”, Capítulo IV “Sucesiones”, Capítulo V “Propiedad”, Capítulo VI “Obligaciones”, Capítulo VII “Derechos de propiedad intelectual” y Capítulo VIII “Disposiciones supletorias”.

Los tres principales objetivos de la Ley se deducen del art. 1: “Esta Ley se aprueba para clarificar la aplicación de leyes respecto de relaciones civiles transfronterizas, solucionar de un modo razonable las controversias transfronterizas en materia civil y salvaguardar los derechos legales e intereses de las partes”.

B) Principales previsiones añadidas

Un breve recorrido por esta nueva Ley sería como sigue: el capítulo I establece las disposiciones generales, en los arts. 1 al 10. El art. 1 implanta el objetivo de la Ley y el art. 2 determina el ámbito de aplicación de la Ley y en el párrafo 1 se dispone que “si hay disposiciones especiales en otras normas sobre la ley aplicable a las relaciones civiles transfronterizas, tales disposiciones prevalecerán”. Originariamente la Ley aplicable a las relaciones civiles transfronterizas debería ser la “regulación fundamental e integral de los asuntos transfronterizos”, pero, de hecho, otros instrumentos parecen jugar como *lex specialis* respecto de esta Ley. En comparación con la nueva Ley taiwanesa, el art. 2 de esta última señala que “si la Ley no prevé nada al respecto, prevalecerán los otros instrumentos”. El artículo de la Ley china puede tener su fundamento legal en razones temporales. Dado que existen numerosos instrumentos específicos anteriores a la promulgación de esta Ley que establecen disposiciones particulares respecto de los asuntos exteriores, es complejo integrarlos con esta Ley todos a un tiempo.

El art. 3 consagra el principio de autonomía de la voluntad.

El art. 4 se refiere a las normas imperativas y señala que “si existen normas imperativas en el Derecho de la República Popular de China sobre las relaciones civiles transfronterizas, dichas normas imperativas serán directamente aplicables”. Éstas deberían equipararse a las denominadas en la doctrina “leyes de aplicación inmediata” y divergen en los principios y técnicas legales del nuevo art. 7 de la Ley taiwanesa sobre fraude de ley, aunque comparten los mismos objetivos normativos, como es proteger las normas imperativas de la *lex fori*.

El art. 5 se refiere a la excepción de orden público estableciendo que “si la aplicación de las leyes extranjeras daña los intereses públicos y sociales de la República Popular de China, se aplicarán las leyes de la República Popular de

China”. Pero la expresión “intereses públicos” parece ser un poco peculiar y diferente de la costumbre internacional. ¿Se incluye el concepto de *boni mores* por vía interpretativa? Habrá que esperar para aclarar esta cuestión.

El art. 6 se refiere a los Estados plurilegislativos estableciendo que “con respecto a la aplicación de leyes extranjeras sobre relaciones civiles transfronterizas, si en un mismo Estado existen diferentes leyes en vigor en distintas regiones, se aplicará la ley de la región que presente un vínculo más estrecho con la relación civil transfronteriza”. Aunque esta previsión parece más flexible que la de la Ley taiwanesa basada en la “aplicación de la ley prevista por el Estado en cuestión” para lograr la armonía internacional de decisiones, puede ocasionar contradicciones entre sentencias de distintos Estados. Sin embargo, la nueva Ley taiwanesa también adopta la solución basada en la ley que presenta un vínculo más estrecho si no se puede determinar la ley aplicable, lo que también puede originar la misma incoherencia.

El art. 7 instituye la cláusula de prescripción y caducidad de acciones estableciendo que “las leyes que rigen las relaciones civiles transfronterizas se aplicarán a las limitaciones del ejercicio de las acciones”. Efectivamente, la Ley taiwanesa resulta más deficiente en este ámbito.

El art. 8 establece que la calificación de las relaciones jurídicas se hará conforme a la *lex fori*. Tampoco se ha previsto en la Ley taiwanesa.

El art. 9 prohíbe expresamente el recurso al reenvío. Para cuestiones relativas a la *lex personalis*, la nueva Ley china parte del principio de la “residencia habitual” acogido por la mayoría de países, de modo que no se necesita admitir el reenvío; por esta razón este artículo dispone que “las disposiciones de las leyes extranjeras aplicables a las relaciones civiles transfronterizas no incluirán las normas de DIPr de dicho país”.

El art. 10 se refiere a la prueba del Derecho extranjero. La prueba del Derecho extranjero corresponde en principio al juez; sólo si alguna de las partes opta por la ley extranjera aplicable, deberá probar el contenido de las leyes de ese país. Ello se contradice con el Código civil taiwanés cuyo art. 283 dispone que “la costumbre, las normas aprobadas por una administración local y el Derecho extranjero no son conocidas por los tribunales; la parte tiene la carga de la prueba. Pero el tribunal puede resolver *ex officio*”. En Taiwán las partes están obligadas en principio a probar el Derecho extranjero y el juez “puede” resolver *ex officio*. Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que Taiwán adopta *de facto* la tesis de que “el tribunal y la parte probarán el Derecho extranjero de una forma coordinada”²⁰. A la inversa, algunos dicen que está cerca a la tesis del “De-

²⁰ Vid. Liu, Tieh-Jhen, Chen, Rong-Chuan, *Private International Law*, 4ª ed., 2008, p. 205.

recho extranjero como Derecho”²¹ y que la ley extranjera debería ser probada por el juez. Por tanto, la divergencia actual entre Taiwán y China no es aparente.

En relación con la ley aplicable a las relaciones específicas, el capítulo II regula la “Materia civil” desde el art. 11 al 20 y adopta la “residencia habitual” como punto de conexión. Este capítulo incluye principalmente la ley aplicable a la capacidad jurídica y derechos civiles de las personas físicas en el art. 11, la capacidad civil de obrar de una persona física en el art. 12, y la declaración de ausencia o fallecimiento en el art. 13. Además, en el párrafo 1 del art. 14, se señala que “la ley del Estado de constitución se aplicará a la capacidad jurídica, a la capacidad de obrar, a la organización institucional, a los derechos y obligaciones de los socios, etc. de una persona jurídica y su establecimiento”.

El art. 15 versa sobre los derechos de personalidad y establece que la “la ley de la residencia habitual del titular se aplicará al contenido de los derechos de la personalidad”. Se trata un artículo bastante especial. En el sistema de Derecho civil, la protección de los derechos de la personalidad se regula en el Derecho de daños, cuyas previsiones sobre responsabilidad se aplican a los supuestos transfronterizos (por ejemplo, el nuevo art. 25 de la Ley taiwanesa que parte de la ley del lugar del daño y de la ley que presente vínculos más estrechos). Incluso si queremos mejorar la conexión entre derechos de la personalidad de las víctimas de daños y su residencia habitual, ¿podemos incluir una cláusula subsidiaria a la ley que presenta vínculos más estrechos? Pero visto desde la perspectiva del art. 44 de la nueva Ley china, éste simplemente utiliza la ley del lugar del daño o la ley de la residencia habitual “común”. Quizá por ello se ha incluido esta previsión sobre derechos de la personalidad. Sin embargo, pueden existir algunas dudas en torno a su aplicación práctica. Por ejemplo, en el territorio del Estado A, un nacional del Estado A (que reside habitualmente en el Estado A) infringe los derechos de la personalidad (reputación, credibilidad y honorabilidad, por ejemplo) de un nacional del Estado B que reside habitualmente en el Estado B. Si no existe normativa sobre la compensación de daños a la personalidad en el Derecho material del Estado A, pero sí en el Estado B, ¿cómo debemos decidir la ley aplicable en este caso? ¿Existe responsabilidad derivada del daño?

Además, el art. 16 versa sobre el contrato de agencia y es similar a la norma taiwanesa al aplicarse la ley del Estado donde se realizan las labores de agencia. Y, tanto el trust en el art. 17 como el acuerdo de arbitraje en el art. 18, que se someten básicamente a la ley elegida por las partes, no están reguladas en la Ley taiwanesa.

El art. 19 se refiere a los conflictos de nacionalidad debiendo aplicarse la ley del Estado de la nacionalidad coincidente con la residencia habitual. El art. 20

²¹ Vid. Ke, Ze-Dong, *Private International Law*, 4ª ed., 2010, p. 69.

regula el supuesto en el que no se puede determinar la residencia habitual, debiendo aplicarse la ley de su residencia actual. Desde la perspectiva de la técnica legislativa, hubiera sido más apropiado incluir ambos aspectos en las disposiciones generales.

La regulación sobre el matrimonio y la familia se ubica en el capítulo III desde el art. 21 a 30. La residencia habitual es el punto de conexión elegido con carácter general. Además, se incluyen los requisitos matrimoniales de fondo en el art. 21 (elemento sustantivo), forma matrimonial en el art. 22 (elemento formal), relaciones personales entre los cónyuges en el art. 23 (efectos del matrimonio), relaciones económicas en el ámbito conyugal en el art. 24, relaciones personales y económicas entre padres e hijos en el art. 25, divorcio de mutuo acuerdo en el art. 26, en el que se puede elegir la ley de la residencia habitual o la *lex patriae*, divorcio contencioso en el art. 27 que parte de la *lex fori* sin excepción, condiciones y formalidades de la adopción en el art. 28, alimentos en el art. 29 y custodia en el art. 30.

El capítulo IV sobre sucesiones se regula en los arts. 31 a 35 y la ley aplicable también es la de la residencia habitual. Se incluye la sucesión legal en el art. 31, regida por la ley de la residencia habitual al tiempo de fallecimiento del causante y con la excepción de la aplicación de la *lex rei sitae*, cuando la sucesión afecte a bienes inmuebles. Asimismo, se regulan la forma del testamento en el art. 32, la validez del testamento en el art. 33, la administración de la herencia y aspectos relacionados en el art. 34 y la disposición de la herencia yacente en el art. 35.

El capítulo V se ocupa de los bienes y los derechos reales, incluyendo los derechos reales inmobiliarios a los que se les aplica la ley del lugar de situación del bien inmueble; los derechos reales sobre bienes muebles en el art. 37, que establece la autonomía de la voluntad de las partes y, en su defecto, la ley de situación de los bienes en el momento en el que nace la relación jurídica; los derechos sobre bienes muebles objeto de transporte en el art. 38, que permite la elección de ley por autonomía de la voluntad de las partes y, en su defecto, la ley del Estado de destino del transporte; los títulos y valores negociables en el art. 39, regidos por la ley del lugar donde los derechos sean realizados u otras leyes que estén más estrechamente vinculadas; y las prendas de derechos en el art. 40, que parte de la ley del lugar del establecimiento del derecho de prenda.

Las previsiones sobre obligaciones se regulan en el Capítulo VI, del art. 41 al 47. El art. 41 prescribe el principio de autonomía de la voluntad de las partes y la tesis del “cumplimiento característico”²² juega un papel subsidiario respecto de la ley de residencia habitual u otras leyes que estén más estrechamente vincula-

²² Vid. Hsu, Dong-Gen, “The Method of Characteristic Performance in Private International Law: Rules or Principles? –Rethinking Jurisprudence for the Legislation of the Chinese Statute on the Application of Laws Involving Foreign Elements”, *Tsinghua Law Review*, vol. 4, n° 3, 2010, pp. 84–93.

das. En comparación, la Ley taiwanesa tiene una regulación similar en el art. 20, pero sólo presume que la ley de la residencia habitual del deudor será la ley más estrechamente vinculada. Además, la regulación en la Ley china del contrato de consumo en el art. 42 y del contrato de trabajo en el art. 43 ponen de manifiesto la falta de una regulación específica en la Ley taiwanesa. El siguiente es el art. 44 sobre daños, que parte de la ley del lugar del daño, la ley de la residencia habitual común o de la ley acordada por las partes tras producirse el daño. La responsabilidad por productos en el art. 45 parte de la ley de la residencia habitual de la víctima; asimismo, por lo que respecta a los derechos de la personalidad infringidos en el espacio virtual o por otros medios, el art. 46 parte de la ley de la residencia habitual. Por último, el art. 47, relativo al enriquecimiento injusto y la *negotiorum gestio*, parte de la ley elegida por las partes.

En el capítulo VII, la ley aplicable a los derechos de propiedad intelectual se regula en los arts. 48 a 50. La adquisición de los derechos de propiedad intelectual y sus efectos se regulan en el art. 48 a partir de la ley del Estado para cuyo territorio se solicita la protección. Al contrario, el art. 42 de la nueva Ley taiwanesa parte de la ley del Estado donde los derechos deben ser protegidos, pero no está claro²³ ni sabemos exactamente si significa en realidad la ley del “lugar donde se solicita la protección” o “del lugar donde se adquirieron los derechos”. Igualmente, en la nueva Ley china, las cesiones y licencias de uso de los derechos de propiedad intelectual se regulan en el art. 49 que parte del principio de la autonomía de la voluntad o de las previsiones relevantes del contrato, pero este precepto no parece necesario dado que se trata de la ley aplicable a los contratos. En el art. 50, la responsabilidad extracontractual por daños a la propiedad intelectual se somete a la ley del Estado para cuyo territorio se solicita la protección.

Finalmente, el capítulo VIII sobre “disposiciones supletorias” incluye los arts. 51 y 52. El art. 51 regula las relaciones entre esta Ley y otras leyes anteriores, estableciendo que “si lo dispuesto en los arts. 146 y 147 de los Principios Generales de Derecho Civil de la República Popular de China y en el art. 36 de la Ley de sucesiones de la República Popular de China no coincide con las disposiciones de esta Ley, prevalecerá lo dispuesto en esta Ley.” Y, combinado con el art. 2.1, los Principios Generales de Derecho Civil y las disposiciones relevantes de la Ley de sucesiones no parecen mentir cuando establecen que “si existen otras previsiones especiales en otras leyes por lo que respecta a las relaciones civiles transfronterizas, tales previsiones prevalecerán”.

El art. 52 establece que la Ley entra en vigor el 1 de abril de 2011.

²³ Vid. Hsu, Yao-Ming, “The International Jurisdiction Applicable Law and the Relevant Issues in the Application of Law in International Intellectual Property Rights Litigations”, *Latest issues of Private International Law and EU Private International Law*, pp. 3–50, esp. p. 34.

III. Comparación y análisis de las nuevas legislaciones de Derecho internacional privado de China y Taiwán—aspectos del Derecho de familia

La estructura normativa lógica de las legislaciones de DIPr a ambos lados del estrecho de Taiwán refleja la estructura de sus propios códigos civiles. En articulado de la nueva Ley taiwanesa, salvo por lo que respecta a las previsiones generales, se sigue el orden “parte—capítulo—sección” propio del Código civil taiwanés, que regula sucesivamente las obligaciones, los bienes y derechos reales, el matrimonio y la sucesión. Al contrario, aparte de las disposiciones generales, la nueva Ley china regula por este orden la materia civil, el matrimonio y la familia, las sucesiones, los bienes y derechos reales, las obligaciones y derechos de propiedad intelectual. Aunque no existe un código unificado en China, esta estructura esconde la misma lógica interna que el Código civil francés, mostrando la importancia normativa de la humanidad.

La relación transfronteriza más controvertida es la relativa al Derecho de familia. El matrimonio, los hijos que la pareja puede tener y los bienes que pueden poseer por su condición familiar pueden originar controversias difíciles de resolver. Tomemos como ejemplo un caso²⁴ ocurrido en Taiwán: un pescador taiwanés conoció a una mujer brasileña y tuvieron un hijo llamado “Iruan Ergui Wu” en Brasil. El hijo era ilegítimo, dado que los padres no estaban casados, pero el padre viajaba a Brasil cada seis meses para estar junto con la madre y su hijo. Tras la muerte de la madre, la custodia del niño fue asumida por su abuela y su tía brasileñas. Como la mala suerte nunca viene sola, cuando su padre se llevó al niño a Taiwán para visitar a sus parientes, el padre murió de un ataque al corazón y el niño fue acogido en ese momento por su tío taiwanés. El tío quería que permaneciera en Taiwán; sin embargo, la abuela declaró que el padre había firmado una carta asegurándose de que ella asumiría la guarda y custodia del niño tras la muerte de la madre. Sin embargo, el tío demostró que el niño estaba integrado con sus parientes en Taiwán y que eligió vivir con él, de modo que se negó a devolver el niño a Brasil. Como estrategia legal, la abuela presentó una reclamación pidiendo el retorno del niño ante un tribunal brasileño y obtuvo una decisión favorable. Dio traslado de la sentencia a la “Yuan” judicial taiwanesa y pidió asistencia a la autoridad judicial taiwanesa para obtener el retorno del niño. A través de una nueva reclamación en Taiwán, la Corte de Distrito de Kaohsiung acordó que el niño regresara con su abuela. Por consiguiente, el tío debía entregarle al niño. Después de que los recursos fueran desestimados por la Corte taiwanesa de Apelación y por el Tribunal Supremo, el tío decide desobedecer la

²⁴ *Vid.* Sentencia Civil no. CHIN 153 de 2001 de la Corte de Distrito de Kaohsiung de Taiwán; Sentencia Civil no. CHIASHAN 127 de 2002 de la Corte de Apelación de Taiwán (Sección de Kaohsiung); y Decisión Civil no. TAISAN 2466 de 2003 de la Corte Suprema de Taiwán.

sentencia y ofrece resistencia cuando la autoridad ejecuta la sentencia para devolver el niño a su abuela. Ese día el niño estaba atemorizado y lloraba desconsoladamente cuando la policía le separó de su tío. Tenía sólo siete años. Finalmente el niño retornó a Brasil y vivió con su abuela, pero la abuela era demasiado mayor para ocuparse del niño y, por ello, fue enviado a una familia de acogida sin ningún parentesco. No podemos criticar las consecuencias que simplemente no podemos prever, pero quizá podemos reformar los defectos del Derecho de familia para preservar los intereses de las partes implicadas, especialmente el interés del niño.

Las disposiciones sobre el Derecho de familia pueden dividirse en dos categorías, de acuerdo con el DIPr, familia y sucesiones. Y el Derecho de familia puede subdividirse en matrimonio y relaciones paterno-filiales. A continuación debatiré sobre la reforma íntegra²⁵ de DIPr en China y Taiwán.

1. Reforma de las disposiciones sobre el matrimonio

A) Promesa de matrimonio

La promesa de matrimonio puede ser el primer paso para contraerlo. La antigua Ley sobre DIPr taiwanés (de aquí en adelante, la Ley²⁶) no establecía nada sobre la promesa de matrimonio y la mayoría de la doctrina considera que debería someterse por analogía a las normas del matrimonio. Aunque la mayoría de países del mundo no regulan la promesa de matrimonio porque consideran que la controversia afecta a las personas comprometidas y que debe resolverse de acuerdo con su libre voluntad, respecto de la cual no parece apropiado que los tribunales o terceras personas intervengan²⁷, el art. 45 de la nueva Ley taiwanesa todavía establece la misma ley aplicable que para el matrimonio. Sin embargo, como la mayoría de países, la Ley china no regula esta materia.

B) Matrimonio

Las condiciones legales para celebrar el matrimonio pueden clasificarse en “requisitos formales” y “requisitos sustantivos” en Taiwán. De acuerdo al Derecho comparado a nivel mundial, hay una tendencia a liberalizar las condiciones formales para asegurar que el matrimonio pueda ser considerado eficaz. Por esta

²⁵ Para una valoración de la reforma taiwanesa, *vid.* Hyu, Huei-Yi, “Review of the amendment related to family law of “Application Law of Civil Matters Involving Foreign Element”, *The Taiwan Law Review*, n° 160, 2008, pp. 134–160.

²⁶ Con el fin de hacer más elocuente esta narración, de aquí en adelante la Ley sobre el Derecho aplicable a las relaciones civiles con elemento extranjero de la República de China será designada de forma abreviada como la “Ley taiwanesa” y la Ley sobre el Derecho aplicable a las relaciones civiles transfronterizas de la República Popular China será designada como la “Ley china”.

²⁷ *Vid.* Chen, Rong-Chuan, “Applicable Law of foreign-related Betrothal”, *Taiwan Jurist*, n° 23, 2009, p. 22.

razón, el art. 46 de la nueva Ley taiwanesa elimina el segundo párrafo del antiguo art. 11 “si una de las partes es nacional de la República de China y el matrimonio se ha celebrado en la República de China, se aplicará la ley de la República de China”. La reforma revela que la intención del legislador es respetar la voluntad de los contrayentes y permitir que el matrimonio se celebre libremente (el art. 53 “Reconocimiento de actos” y el art. 61 “Testamentos” también comparten el respeto a la voluntad de las partes). El art. 22 de la nueva Ley china establece que la validez formal del matrimonio se regirá o por la ley del lugar de celebración del matrimonio, o por la ley de la residencia habitual o por la ley del Estado de la nacionalidad, compartiendo el mismo espíritu que Taiwán.

Además, las condiciones sustanciales difieren bastante entre Taiwán y China. En Taiwán, la nueva Ley no ha modificado la ley aplicable a los requisitos de fondo del matrimonio. Parte de forma separada de la ley nacional de cada uno de los contrayentes y pueden generarse consecuencias jurídicas derivadas de que la ley nacional de uno de los contrayentes establezca unos requisitos y la otra no. El llamado “*lamb marriage*” en Taiwán puede ser celebrado de una forma no querida por las partes. Sin embargo, el art. 21 de la nueva Ley china, relativo a las condiciones sustanciales del matrimonio, se refiere sucesivamente a la ley de la residencia habitual común, a la ley de la nacionalidad común y a la ley del lugar de celebración del matrimonio, lo que facilita la celebración del matrimonio. La distinción puede derivar de los distintos objetivos: el interés público inherente a la naturaleza del matrimonio o el respeto a la voluntad de los contrayentes. Cualquiera que se elija debería ser acorde con los valores sociales y culturales de cada país.

Siguiendo la tendencia internacional de igualdad de género, el art. 47 de la nueva Ley taiwanesa, sobre los efectos del matrimonio, pasa de la ley nacional del marido a, por este orden, la ley de la nacionalidad común o la ley de la residencia habitual común o la ley que presente un vínculo más estrecho. El art. 48, sobre regímenes económicos matrimoniales, el art. 50 sobre el divorcio y sus efectos y el art. 51 sobre el estatus de los niños sigue la misma lógica de la reforma. La Ley china no desea abandonar esta tendencia internacional de igualdad de género y ya ha incorporado esta idea en el art. 21 sobre condiciones sustanciales de matrimonio, en el art. 23 sobre relaciones personales entre marido y mujer, en el art. 24 sobre regímenes económicos matrimoniales y en el art. 26 relativo al divorcio.

C) Regímenes económicos matrimoniales

Aparte del objetivo de igualdad de género, el principio de la autonomía de la voluntad presente en los arts. 3 y 4 del Convenio sobre ley aplicable a los regíme-

nes económicos matrimoniales, hecho en La Haya, el 14 de marzo de 1978²⁸ se proyecta en el art. 48 de la nueva Ley taiwanesa. El matrimonio puede elegir mediante acuerdo entre la ley de la nacionalidad de una de las partes y la ley de la residencia habitual. Pero este artículo excluye de su ámbito de aplicación los bienes inmuebles del matrimonio, dada la previsión especial en favor de la ley de situación del bien. El art. 24 de la nueva Ley China establece la misma disposición.

No obstante, hay una previsión distinta en el art. 49 de la Ley taiwanesa cuando estipula que “si una ley extranjera regula el régimen económico matrimonial, pero el matrimonio realiza un acto jurídico con terceros de buena fe, sobre bienes situados en Taiwán, se aplicará la ley de Taiwán teniendo en cuenta los efectos del régimen económico matrimonial para el tercero de buena fe”. El objetivo legislativo es proteger la seguridad jurídica de las transacciones en Taiwán. La exposición de motivos establece tres condiciones para la aplicación de este artículo: primera, la ley aplicable ha de ser una ley extranjera; segunda, el acto jurídico afecta a bienes específicos ubicados en Taiwán; y, finalmente, el tercero no conoce el contenido de la ley extranjera. Aparentemente, esta disposición recoge la aplicación de la *lex rei sitae*.

Sin embargo, surgen ciertas dudas: por un lado, ¿por qué deberíamos proteger al llamado tercero de buena fe para quien conocer los detalles de la transacción es elemental y muy importante? Por otro lado, incluso aunque decidamos proteger al tercero, la última condición estaría mejor redactada de la siguiente forma: “el tercero no conoce que la transacción se rige por la ley extranjera”. Ello sería más apropiado para equilibrar los intereses de seguridad en la transacción y de estabilidad jurídica. No obstante, la nueva Ley china no tiene una previsión semejante.

D) Divorcio

Respecto del divorcio de mutuo acuerdo y el contencioso, la antigua Ley taiwanesa regulaba únicamente el primero, mientras que la nueva Ley también se ocupa del segundo. La exposición de motivos también interpreta, en relación con esta previsión, que se extiende a los efectos del divorcio, lo que ha sido muy discutido durante mucho tiempo en la doctrina. Considera que los efectos del divorcio únicamente deberían abarcar el estatus de la pareja, los bienes y las cuestiones derivadas del ejercicio de los derechos antes mencionados. Sin embargo, la responsabilidad parental respecto de los menores no está incluida en esta previsión y debería regirse por su propia ley aplicable²⁹.

²⁸ Disponible en la web de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=87.

²⁹ Vid. Lin, Yih-Shan, “A Study of cross-border Custody on Applicable Law”, *The Military Law Journal*, vol. 56, n° 1, pp. 29–63, esp. pp. 32–37.

Otro aspecto importante es la ley rectora del divorcio. La nueva Ley taiwanesa opta sucesivamente por la ley de la nacionalidad común, la ley de la residencia habitual común y la ley que presente vínculos más estrechos. Pero el art. 26 de la nueva Ley china señala que “las partes pueden elegir mediante acuerdo la ley de su residencia habitual o la ley de la nacionalidad de una de las partes”, garantizando así la autonomía de la voluntad. Ello parece un progreso respecto de la libre voluntad de las partes en el divorcio. En relación con el divorcio contencioso, se prevé la aplicación de la ley del foro, lo que podría basarse en un interés público. En suma, hay una diferencia enorme entre China y Taiwán en relación con el divorcio.

2. Reforma de las disposiciones sobre las relaciones paterno-filiales

A) Filiación

El aspecto crucial del estatus de los hijos es el relativo a su filiación. El legislador intenta reconocer la filiación de los hijos por todos los medios posible estableciendo numerosos puntos de conexión a escoger. El art. 51 de la nueva Ley taiwanesa establece la aplicación de la ley nacional de los hijos, de su madre o de su marido, y también se refleja el principio del interés superior del niño en relación con la igualdad de género. Comparten este objetivo el art. 53 sobre reconocimiento de hijos ilegítimos y el art. 55 sobre la responsabilidad parental.

Dado que un hijo nacido de un padre y una madre que han contraído matrimonio puede ser considerado legítimo por el Código civil taiwanés, el art. 52 de la nueva Ley taiwanesa incluye esta cuestión en el ámbito de los efectos del matrimonio y la somete a la ley rectora de los efectos del matrimonio.

En relación con la filiación por reconocimiento, la antigua Ley taiwanesa establecía la aplicación cumulativa de la ley nacional del hijo y del padre biológico, lo que en ocasiones había sido un obstáculo para el establecimiento de la filiación. Por tanto, el nuevo art. 53, en consideración al interés superior de los niños y para promover el efectivo reconocimiento de la filiación, establece la aplicación alternativa de dos leyes, la ley nacional del hijo o la ley nacional del padre biológico. Ello pone de manifiesto los mismos objetivos que todas las previsiones sobre protección de menores.

Sin embargo, resulta muy extraño que no haya la más mínima disposición en la nueva Ley china sobre filiación de hijos. Es la carencia a resolver más urgente para China.

B) Relaciones paterno-filiales

Influido por la Convención de los derechos del niño de 1989 y por el Convenio sobre competencia judicial, ley aplicable, ejecución y cooperación en mate-

ria de responsabilidad parental y medidas de protección de menores, hecho en La Haya, el 19 de octubre de 1996, el art. 55 de la Ley taiwanesa ha pasado de la ley nacional del padre o la madre biológicos a la ley nacional del hijo. Se incorpora así el principio de prioridad de la ley nacional del hijo y el interés superior del menor.

La nueva Ley china comparte el mismo espíritu de protección de menores. Su art. 25, sobre las relaciones paterno-filiales, el art. 28 sobre la adopción, el art. 29 relativo a los alimentos y el art. 30 sobre la guarda y custodia establecen que “serán aplicables las leyes favorables a la protección de los derechos e intereses de las partes (débiles)”. En la nueva Ley taiwanesa, los arts. 54, 56 y 57 son el contrapunto de las previsiones chinas ya mencionadas, pero no establecen de la misma forma el favorecimiento de las partes más débiles. Quizá las disposiciones chinas puedan servir de inspiración a Taiwán. Sin embargo, cómo decidir qué ley es la más protectora requiere todavía más valoraciones.

3. *Reforma de las disposiciones sobre sucesiones*

En relación con el estatuto personal, Taiwán parte en principio de la *lex patriae* y China de la *lex habitationis*. El art. 58 de la nueva Ley taiwanesa no ha cambiado, aunque se establece que “si un taiwanés debe ser declarado heredero de acuerdo con la Ley taiwanesa, heredará el patrimonio del causante localizado en el territorio de Taiwán”. El preámbulo legislativo explica que de esta forma se protege a los nacionales taiwaneses. De acuerdo con el art. 59, sobre la herencia vacante, sólo se regula el patrimonio localizado en Taiwán al que se le aplicará la ley taiwanesa. En China, el art. 31 prevé como principio la aplicación de la ley de la residencia habitual, pero la sucesión legal de los bienes inmuebles se someterá a la *lex rei sitae*. Además, el art. 32 dispone que “la ley de situación de un bien inmueble al tiempo del fallecimiento del causante se aplicará a los bienes vacantes”. Estas cuatro previsiones comparten las mismas características y responden a intereses públicos, pero las normas taiwanesas enfatizan en exceso en los intereses domésticos y no regulan nada sobre las propiedades del causante localizadas fuera de Taiwán. Por tanto, las normas chinas parecen en su conjunto mejores que las taiwanesas.

Además, las normas de ambos lados del estrecho de Taiwán tienen un objetivo en común: respetar la voluntad del causante y facilitar la validez formal del testamento. Esta finalidad pudo deducirse del Convenio sobre ley aplicable a las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya, el 5 de octubre de 1961, cuyos arts. 1 y 2 establecen una pluralidad de leyes articuladas de forma alternativa.

IV. Conclusión

En este artículo, hemos resumido brevemente las respectivas reformas de DIPR de Taiwán y China. Estas nuevas normativas muestran, de una forma ambiciosa, la intención de adaptarse a las más novedosas tendencias internacionales pero manteniendo también sus propias particularidades. Especialmente en el ámbito de la *lex personalis*, Taiwán ha optado por la *lex patriae*, pero China ha preferido la ley de la residencia habitual. Esta diferencia en la *ratio legis* trae como resultado normas de conflicto distintas en Derecho de familia a ambos lados del estrecho de Taiwán. Después de la promulgación de las leyes, desde el 26 de mayo de 2011 en Taiwán y desde el 1 de abril de 2011 en China, estas diferencias crearán probablemente otras divergencias en materia de familia, incluso aunque a ambos lados del estrecho de Taiwán existen otras normativas específicas sobre los conflictos de leyes en esa región. Además, se observan algunas ambigüedades en ciertas previsiones de las leyes china y taiwanesa. Para su futura aplicación se necesita un mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinal.

LA LEY JAPONESA SOBRE LAS NORMAS GENERALES DE APLICACIÓN DE LAS LEYES (LEY 78/2006 DE 21 DE JUNIO)

Etsuko ASAMI

Doctoranda del Departamento de Derecho internacional público y de
Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Codificación estatal del Derecho internacional privado japonés. 1. Sistema basado en una Ley especial. II. Proceso codificador hasta la última regulación. 1. La *Horei* de 1890. 2. La *Horei* de 1898. III. Ley sobre las normas generales de aplicación de las leyes. 1. Codificación de la nueva ley. 2. Esquema de la nueva ley. 3. Observaciones y perspectivas.

RESUMEN: El inicio del sistema del derecho internacional privado japonés se remonta a finales del siglo XIX cuando los juristas japoneses elaboraron bajo el asesoramiento de los expertos europeos la “Ley sobre aplicación de las leyes”, conocida como la *Horei*. Tras más de 100 años de existencia, la *Horei* fue reformada en su totalidad para culminar con la promulgación en 2006 de la “Ley sobre las Normas Generales de Aplicación de las Leyes”. Se trata de una ley especial e independiente que comprende únicamente las normas de aplicación de las leyes, manteniendo las normas relativas a la competencia judicial internacional, así como el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras dentro del Código de Procedimiento Civil. La modificación más importante es la modernización de la escritura idiomática facilitando así su interpretación. Este cambio supone un gran avance que contribuirá para dar a conocer las leyes japonesas en el ámbito internacional. El presente artículo señala los antecedentes de dicha reforma y subraya brevemente características de la nueva ley.

PALABRAS CLAVE: HOREI – LEY ESPECIAL – DERECHO APLICABLE – MODERNIZACIÓN – LEY HETEROGÉNEA.

ABSTRAC: *The beginning of the Japanese private international law dates back to the late 19th century when the Japanese jurists, under the guidance of European experts, prepared the “Act on the Application of Laws” known as Horei. After more than 100 years of existence, Horei has been entirely reformed and in 2006 culminated in the enactment of the “Act on General Rules for Application of Laws”. This is a special code which contains only the choice-of-law rules, whereas the rules regarding the international jurisdiction as well as the recognition and enforcement of foreign judgements are found in the Code of Civil Procedure. The most notable change is the modernization of Japanese language which is considered to be a big progress. It will contribute to raise awareness of Japanese law internationally, thanks to the more comprehensive writing of the*

Japanese language. This article explores the background of the reform and highlights features of the new law.

KEY WORDS: *HOREI – SPECIAL CODE – CHOICE OF LAW – MODERNIZATION – HETEROGENEOUS LAW.*

I. Codificación estatal del Derecho internacional privado japonés

1. Sistema basado en una Ley especial

En las últimas décadas, el movimiento de codificación a escala global en cuanto a normas de conflicto se ha observado notablemente. En relación con la codificación o la modernización tanto a nivel autónomo como a nivel convencional e institucional han sido desarrollados numerosos proyectos legislativos no sólo en Europa sino también en Asia. Situándose en este entorno, la nueva ley japonesa, “Ley sobre las normas generales de aplicación de las leyes”, entró en vigor el 1 de enero de 2007. Se trata del resultado de la revisión total de la Ley 10/1898, “Ley sobre aplicación de las leyes” comúnmente conocida como la *Horei*¹ de 1898. Consideran algunos juristas que esta reforma japonesa contiene ciertas similitudes con los esfuerzos de la Comunidad Europea de crear un sistema codificado del DIPr moderno para los Estados miembros².

El sistema del DIPr japonés actual queda codificado como una ley especial e independiente que no forma parte del código civil, y contiene únicamente las normas de aplicación de las leyes, manteniendo las normas relativas a la competencia judicial internacional³ así como el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras dentro del Código de Procedimiento Civil.

¹ Cuando tratamos del DIPr japonés es imprescindible mencionar el término *Horei*, empleado como sinónimo de la “Ley sobre aplicación de las leyes” durante más de 100 años. El jurista Nobushige Hozumi (23 de agosto de 1856 – 7 de abril de 1926) aclara en el Capítulo 54 de su obra *Cuentos para la noche* o *Housou Yawa*, el origen del término *Horei* que fue utilizado en China Antigua, durante la Dinastía Jin (265–420), como el nombre de las normas generales para la aplicación de leyes, con sentido de penalización, pero quedó en desuso y nunca volvió a ser utilizado desde la caída de dicha dinastía. Este término se recupera en Japón por la disposición 1ª de la reforma del Código Penal del 1880 haciendo referencia a la norma de aplicación del Código Penal y posteriormente en 1890 cuando se promulgaron varios textos, incluyendo el Código Civil, se redacta la ley 97, Ley sobre aplicación de las leyes, denominada *Horei*, cuyo ámbito de aplicación ya no se limitaba exclusivamente al ámbito penal. N. Hozumi, *Housou Yawa*, Tokio, Iwanami Bunko, 1980.

² Para las normas del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, existe el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil (Ley 26/1996) que establece cuatro factores a tener en cuenta para el reconocimiento de una resolución judicial extranjera en Japón, a saber; i) si la competencia del tribunal extranjero es reconocida conforme a las leyes, legislaciones, convenios o tratados suscritos por Japón, ii) si se han llevado a cabo apropiadamente la notificación de los actos procesales a la parte contra la que recae la ejecución en el proceso, iii) si en el caso de que sea reconocida la resolución judicial extranjera se genera infracción contra el orden público de Japón, iv) si se da el principio de reciprocidad entre Japón y el estado extranjero.

³ El 2 de mayo 2011, ha sido promulgado la nueva ley denominada “Ley para la reforma parcial del Código de Procedimiento Civil y la Ley Reguladora de las Medidas Cautelares en el Derecho Procesal

La modificación más destacable es la modernización total de la escritura idiomática que para los conocedores del idioma japonés significa un avance de gran importancia ya que elimina la barrera de acceso al ámbito jurídico. Para algunos la escritura antigua era un obstáculo para la correcta comprensión de la ley, sobre todo para su traducción. Ciertamente esta modernización contribuye para cumplir el objetivo del Ministerio de Justicia de dar a conocer las leyes japonesas en el ámbito internacional, con más ágil escritura y menor dificultad en mejor correspondencia con otros idiomas.

Realmente la *Horei* de 1898 contenía normas aceptables para encauzar la resolución de los conflictos más habituales⁴, sin embargo su contenido quedó en buena parte desfasado por no adecuarse al desarrollo socioeconómico de la sociedad internacional del siglo XX, otra válida razón para apoyar la reforma total. En cualquier caso sería de nuestra conveniencia conocer los antecedentes de esta reforma, a fin de entender mejor la nueva ley.

II. Proceso codificador hasta la última regulación

1. La *Horei* de 1890

A pesar de la era de aislamiento, de más de 200 años de duración, Japón en las postrimerías del siglo XIX ya contaba con la ley que contenía las normas de conflicto. El primer texto codificado que reguló el DIPr japonés fue en realidad la *Horei* de 1890. Su borrador fue redactado por Binzo Kumano⁵, jurista éste integrado en el Ministerio de Justicia que trabajaba bajo las instrucciones de Boissonade⁶. La Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia preparó el

Civil” que contiene las provisiones sobre la competencia judicial internacional de tribunales japoneses con respecto a los asuntos civiles y comerciales, excluyendo los temas relativos a los estados de personas. Esta nueva ley formará parte del Código de Procedimiento Civil y la Ley Reguladora de las Medidas Cautelares en el Derecho Procesal Civil existentes. K. Takahashi, “Japan’s New Act on International Jurisdiction”, 19 de mayo de 2011. Este artículo está disponible en inglés a través del siguiente enlace; <http://www1.doshisha.ac.jp/~tradelaw/UnpublishedWorks/JapaneseNewActInternationalJurisdiction.pdf>

⁴ La razón por la que existía un sector de juristas partidarios de no modificación de la *Horei* de 1898 por considerar que la reforma total carecía de suficiente motivación.

⁵ Binzo Kumano (1855–1899). Desde joven se destacaba por su dominio de la lengua francesa. Se matriculó en la Facultad de Derecho de la Universidad de París gracias a las gestiones de Boissonade. Se licenció en 1878 y en 1883 obtuvo el título de Doctor en Derecho con la defensa de la tesis doctoral “Droit Romain, De Natutigo Foenore y Droit Français, Cours Force des Emissions Fiduciaries”. Fue el primer japonés que consiguió el título de Doctor en Derecho por la Universidad de París. K. Murakami, tal y como se refiere en “Binzo Kumano, Primer japonés doctor en Derecho de la Universidad de París”, *Revista M-style*, nº 031, Tokio, 2009.

⁶ Se trata del jurista francés, Gustave Emile Boissonade de Fontarabie (7 de junio de 1825–27 de junio de 1910), responsable de la redacción del Código Civil japonés a solicitud del Gobierno japonés de la Restauración Meiji. Es considerado como uno de los fundadores del sistema judicial japonés moderno.

anteproyecto con 17 disposiciones aprobado por el Parlamento como la Ley 97/1890, siendo promulgada el 6 de octubre de 1890 como ley especial junto con el antiguo Código Civil japonés. Su entrada en vigor estaba prevista para el día 1 de enero de 1893, pero por hallarse implicada en la controversia sobre la codificación del código civil⁷, no llegó a entrar en vigor. La *Horei* de 1890 se caracterizaba por la peculiaridad de que de las 17 disposiciones, las dos primeras y las tres últimas no contenían materias relacionadas con el DIPr. Los artículos 3 a 14 eran relativos exclusivamente a las normas de elección de leyes.⁸

2. La *Horei* de 1898

Posteriormente El Gobierno decidió redactar el borrador de otro anteproyecto sobre el DIPr al apreciarse cómo trascendía la mencionada controversia sobre el código civil y el conjunto del proceso codificador, que duraría desde 1889 a 1892. El Consejo de Investigación Judicial fue establecido por el Ministerio en 1896 para este fin, siendo dirigido por el Primer Ministro, Hirofumi Ito. Los tres juristas Hozumi, Tomii y Ume, miembros del comité de redacción del Consejo, junto a otros jóvenes letrados fueron asignados a la tarea y a Hozumi en particular le correspondió redactar el borrador del texto de disposiciones sobre el DIPr⁹ en colaboración con Saburo Yamada¹⁰.

La investigación de ambos abarcó desde los códigos extranjeros y sus borradores hasta los estudios relativos a las teorías jurídicas publicados por las asociaciones académicas, cubriendo no sólo los países europeos sino también latinoamericanos y anglosajones¹¹. Tras la preparación detallada de la nueva versión de la *Horei*, que igualmente estaba destinada a acompañar al Código Civil como una ley independiente, finalmente el proyecto fue aprobado como la Ley 10/1898, que entró en vigor el 16 de julio de 1898 por lo que la *Horei* Ley 97/1890 quedó definitivamente postergada. En comparación con la *Horei* de 1890, lo más destacable en su formato es el número de disposiciones que pasó de

⁷ Llamado *Minpoten Ronso* o Disputa sobre Código Civil de Meiji.

⁸ Los puntos más destacables eran; a) las categorías de las materias a tratar, y los factores de conexión fueron los elementos claves para determinar la ley aplicable, b) la ley personal fue elegida como el punto de conexión para los asuntos personales y familiares. c) la autonomía de la voluntad fue adoptada para regular la materia de obligaciones y contratos, d) la aplicación de la ley del lugar era de aplicación cuando los elementos físicos estuviesen más vinculados a ella. M. Dogauchi, *Historical Development and Fundamental Principles of Japanese Private International Law*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008, pp. 32–33.

⁹ N. Hozumi, *Hoso Yawa*, Tokio, Iwanami Bunko, 1980, Capítulo 54.

¹⁰ Saburo Yamada (1869–1965) de la Universidad Imperial de Tokio, especialista en DIPr y 14º presidente de la *Japan Academy*. Fundador de la Sociedad Japonesa de Derecho Internacional y de la *Hokkeikai* (Fundación religiosa de *Nichiren*, secta budista).

¹¹ El resultado fue que a la hora de redactar las normas de elección de leyes, el segundo borrador de 1887 de Gebhard del Código Civil alemán, tuvo una influencia notable. M. Dogauchi, *Historical Development and Fundamental Principles...*, *op. cit.*, p. 34.

ser 17 a 30, debido a que se incorporaron nuevas disposiciones dedicadas más detalladamente a la regulación relativa de las normas de elección de leyes sobre estado civil, capacidad legal y relación familiar.

En la *Horei* de 1898 se pueden apreciar los esfuerzos que hicieron los codificadores por tratar de aportar las normas de elección de leyes más adecuadas para la sociedad japonesa de la época utilizando como ejemplo las normas más avanzadas de otros países. Entre académicos y juristas japoneses, se comenta que la influencia del Código alemán es destacable, pero, al igual que en el Código Civil, se aprecia más esa influencia en la estructura antes que en el contenido. Por ejemplo, la nueva *Horei* está elaborada desde una perspectiva universal, puesto que para determinar si se ha de aplicar o no la ley japonesa, se adoptó un sistema multilateral, pese a que había pocas disposiciones que estableciesen la ley japonesa para proteger los intereses nacionales. El borrador del Código alemán de 1896, sin embargo, adoptaba una posición unilateral tratando los casos en que los ciudadanos alemanes estuvieran involucrados o bien los casos en los que la ley alemana resultase de aplicación. Por otra parte, a pesar de la diferente apariencia de estructura, los fundamentos principales de la *Horei* de 1890 se mantenían.¹² Según el profesor Egawa¹³, se llegó a afirmar doctrinalmente que la *Horei* de 1898 fue el código relativo a la elección de leyes más detallado de su tiempo a pesar de no contarse con ningún capítulo ni una sección específica sobre la materia.

III. Ley sobre las normas generales de aplicación de las leyes

1. Codificación de la nueva ley

Desde su promulgación en 1898, la *Horei* ha experimentado algunas modificaciones técnicas o bien requeridas por la ratificación de los convenios internacionales. Tras haber pasado por la modificación más significativa de 1989¹⁴, la elaboración de la nueva ley ha sido llevada a cabo en la época denominada la “década fructífera” según el profesor Kono¹⁵. En efecto, durante los últimos 10 años se han realizado numerosas revisiones minuciosas en términos de sistema

¹² Arts. 3–6 y 13–26a aplicación de la ley nacional a una persona o personas en relación con su capacidad, familia y sucesión. Art. 7: la autonomía de la voluntad se aplica en los actos jurídicos excepto para los casos familiares.

¹³ H. Egawa, Prof. de DIPr Universidad de Tokio, *Antecedentes y características del Derecho Internacional privado/Wagakuni kokusai shiho no engaku narabini tokishoku*, Tokio, Tokyo daigaku gaku-jutsu taiman, 1942.

¹⁴ La eliminación de la nacionalidad de la persona como único factor para determinar la ley aplicable fue la modificación más trascendente de la reforma de 1989. Fueron revisados y modificados; el art. 14 (efectos del matrimonio) el art. 15 (régimen económico matrimonial y protección de transacciones domésticas) el art. 16 (divorcio) el art. 21 (relación jurídica entre padres adoptantes e hijo adoptado).

¹⁵ Toshiyuki Kono, Profesor de Derecho internacional privado, Universidad de Kyushu, Japón.

jurídico general, en particular en el ámbito de derechos relacionados con las transacciones internacionales que implican las situaciones del tráfico privado externo, como son Derechos de sociedades, Ley concursal, Código de Procedimiento Civil, Ley de arbitraje o Ley de patentes. Los cambios habidos como resultados de esas revisiones influyeron sustancialmente al proceso de modificación de la *Horei* y su reforma fue una de las más trascendentes efectuadas en esta era moderna. Este movimiento de modernización fue sin duda reforzado por un proyecto novedoso del Ministerio de Educación, Cultura, Deporte, Ciencia y Tecnología (MEXT) de Japón, “La transparencia y consolidación de las leyes japonesas relativas a transacciones internacionales en el Siglo XXI – Realizando negocios transnacionales con o en Japón”, conocido como “Proyecto de Transparencia de Ley Japonesa”¹⁶.

2. Esquema de la nueva ley

La nueva ley, abandonando la antigua terminología *Horei*, utiliza un nombre que expresa exactamente el significado de su contenido, Ley sobre las Normas Generales de Aplicación de las Leyes. Está expresada con más de 8.600 palabras en 43 artículos, divididos entre tres capítulos, con disposiciones transitorias en la parte final: Capítulo 1. Parte general. Capítulo 2. Disposiciones generales sobre las leyes. Capítulo 3. Disposiciones generales sobre ley aplicable. El Capítulo 3 está compuesto por 7 secciones; Sección 1. De las personas. Sección 2. De los negocios jurídicos. Sección 3. De los derechos reales. Sección 4. De las obligaciones. Sección 5. De la familia. Sección 6. De las sucesiones. Sección 7. Disposiciones complementarias.

Las normas reguladoras que dan una respuesta jurídica concreta a las relaciones del tráfico externo y organizan su reglamentación, se encuentran en el Capítulo 3, en las primeras 6 Secciones (arts. 4 a 37), dejando la Sección 7, Disposiciones complementarias (arts. 38 a 43) que incluyen las normas de aplicación que se dirigen a solucionar los problemas y dificultades que pueden surgir en el proceso de aplicación de las normas reguladoras; remisión a un sistema plurilegislativo (art. 40), reenvío (art. 41), orden público (art. 42).

3. Observaciones y perspectivas

A primera vista esta ley deja patente la influencia savigniana de aplicar la ley del lugar que presente vínculos más estrechos. Además de la preferencia de los legisladores japoneses por el código alemán que vienen llevando desde los finales del siglo XIX, no sería de extrañar que el DIPr japonés del presente siglo siga

¹⁶ Para conocer los detalles del proyecto existe un artículo del Profesor Kono, uno de los principales precursores del proyecto. T. Kono, “Portal global de leyes japonesas. Necesidad y utilidad de la divulgación de información sobre leyes japonesas”, *Jurista*, n° 1284, Tokio, 2005.

sometiéndose al principio de Savigny. Por otra parte si tomamos nota de que fueron utilizadas como modelo los convenios o convenciones de la Conferencia de La Haya del DIPr, el Convenio de Roma¹⁷ sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o el Reglamento Roma II relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en las que también se aprecia en menor o mayor medida la influencia de Savigny, este hecho resulta comprensible aún. Obviamente no quiere decir esto que el DIPr japonés sea una ley calcada del código alemán o convenios internacionales, puesto que se observa la incorporación de nuevas normas excepcionales con el claro objetivo de proteger o favorecer otros valores respondiendo a las necesidades surgidas en las últimas décadas¹⁸.

La valoración generalizada parece ser suficientemente positiva en el sentido de que se ha llevado a cabo la reforma de la *Horei* de 1898 que no había pasado por grandes modificaciones a pesar del tiempo transcurrido desde su promulgación, creando una ley moderna que se ajusta adecuadamente con los cambios resultantes de la globalización así como el avance tecnológico de esta era moderna. No obstante debemos de tomar nota de que no se puede evitar clasificarla como una ley heterogénea y construida por normas originadas de diferentes fuentes¹⁹. No sería tarea fácil identificar el origen o el fundamento de cada artículo y determinar su procedencia de las ideas básicas para su redacción. En el terreno doctrinal, quizás podamos destacar la opinión del profesor Dogauchi, para quien a pesar de utilizar el modelo transnacional europeo, la presente ley es un producto poco usual que contiene temas diversos sin armonía ni equilibrio. Con el fin de valorar dichas normas de elección de leyes, convendría tener en cuenta su reflexión²⁰; “uno debe considerar si se debe o no mantener, tal como ha estado, el axioma del sistema de Savigny relativo a la aplicación de la ley del lugar con el que los asuntos presenten los vínculos más estrechos, o si se debe o

¹⁷ Los legisladores japoneses valoran positivamente la experiencia que comportan los años de existencia de la Comunidad Europea.

¹⁸ Como ejemplo se puede señalar los arts. 28–30 relativos a filiación del hijo, que facilitarían garantizar la estabilidad de un menor. O el artículo 26 sobre régimen económico matrimonial o bien el artículo 4, sobre capacidad de obrar, que contienen normas excepcionales para el correcto funcionamiento de relaciones jurídicas internacionales.

¹⁹ Existiendo disposiciones sobre protección de partes débiles de manera compleja (arts. 11 y 12), las que permiten autonomía de la voluntad (arts. 16 y 21 así como los arts. 7 y 26) o las disposiciones basadas en un enfoque jurisdiccional (arts. 5 y 6).

²⁰ El Prof. Dogauchi cuestiona abiertamente la aplicación de ley basada en el sistema de Savigny en esta época de tecnología que dificulta la identificación de un lugar que tenga vínculos más estrechos, y tampoco haya garantía de que dicha ley vaya a ser la más adecuada para resolver los problemas de relación jurídica internacional. Además desde el punto de vista japonés, deberían considerarse varios valores recogidos de leyes sustantivas de los países asiáticos cercanos a la redacción de las normas de elección de leyes. M. Dogauchi, “Nuevos retos y perspectivas del DIPr japonés”, *Sophia Law Review*, 49, 3–4, Tokio, 2006; *id.*, “New Private International Law of Japan: an Overview”, *The Japanese Annual of International Law*; vol. 50, pag. 3–14 / 2007.

no abandonar tal axioma adoptando otro, tal como la previsibilidad sobre la elección de ley por una persona, siendo dada prioridad en la determinación de ley aplicable. Además, se debe considerar si el sistema de elección de leyes debe cubrir o no el área de derechos público o pseudo público”.

Ley sobre las Normas Generales de Aplicación de las Leyes (Ley 78/2006 de 21 de junio. Entrada en vigor el 1 de enero de 2007)

Capítulo 1. Parte general (Art. 1)

Capítulo 2. Disposiciones generales sobre las leyes (Arts. 2 y 3)

Capítulo 3. Disposiciones generales sobre ley aplicable

Sección 1. De las personas (Arts. 4 a 6)

Sección 2. De los negocios jurídicos (Arts. 7 a 12)

Sección 3. De los derechos reales (Art. 13)

Sección 4. De las obligaciones (Arts. 14 a 23)

Sección 5. De la familia (Arts. 24 a 35)

Sección 6. De las sucesiones (Arts. 36 y 37)

Sección 7. Disposiciones complementarias (Arts. 38 a 43)

Disposiciones transitorias*

Capítulo 1. Parte general

(Finalidad)

Art. 1. Esta ley establece las disposiciones generales sobre la aplicación de las leyes.

Capítulo 2. Disposiciones generales sobre las leyes

(Fecha de entrada en vigor de las leyes)

Art. 2. Las leyes entrarán en vigor a los veinte días desde la fecha de su promulgación, a no ser que establezcan una fecha distinta.

(Costumbres que tengan la misma eficacia que las leyes)

Art. 3. Las costumbres que no sean contrarias al orden público o a la moral tendrán la misma eficacia que las leyes, si están autorizadas conforme a las previsiones o disposiciones legislativas o se refieren a materias que no se hallan reguladas mediante las mismas.

Capítulo 3. Disposiciones generales sobre ley aplicable

Sección 1. De las personas

(Capacidad de obrar)

Art. 4. 1. La capacidad de obrar de la persona física se rige por su ley nacional.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si la ley de lugar del negocio jurídico atribuye capacidad de obrar a la persona que lo ha realizado se considerará que la tiene si todas las partes del negocio jurídico se encuentran en la misma jurisdicción en el momento de su celebración, incluso si la persona tuviera limitada su capacidad según su ley nacional.

3. No es de aplicación el apartado anterior al negocio jurídico regido por una ley sobre relaciones de familia o sucesiones, ni a un negocio jurídico relativo a bienes inmuebles situados en

* Revisión total de la Ley sobre Aplicación de las Leyes – la *Horei* 法例 (Ley 10/1898). Traducción al español de Etsuko Asami del original en idioma japonés 法の適用に関する通則法 (平成十八年六月二十一日法律第七十八号). La traducción no oficial al inglés, *Act on General Rules for Application of Laws*, está disponible en la página web del Ministerio de Justicia “Japanese Law Translation Database System”; <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/>.

una jurisdicción diferente de la del lugar del negocio jurídico.

(Resolución judicial para la constitución de tutela, etc.)

Art. 5. Un tribunal podrá dictar la resolución judicial para la constitución de tutela, curatela o guarda (en adelante “resolución judicial para la constitución de tutela, etc.”) conforme a la ley de Japón, si el tutor o la persona bajo tutela, curatela o guarda tienen su domicilio o su residencia en Japón, o tienen la nacionalidad japonesa.

(Declaración de ausencia)

Art. 6. 1. El tribunal podrá declarar la ausencia conforme a la ley japonesa si el ausente tenía su domicilio en Japón o tenía la nacionalidad japonesa en el último momento en que se le tenía por vivo.

2. Aunque no se den los requisitos del apartado anterior, en el caso de que los bienes del ausente se encuentran en Japón, el tribunal podrá declarar su ausencia en relación con estos bienes exclusivamente. Igualmente, si el ausente tiene una relación jurídica regida por la ley japonesa o que presenta conexión con Japón en virtud de la naturaleza de la relación jurídica, su domicilio y nacionalidad u otras circunstancias, el tribunal podrá declarar la ausencia en cuanto a tales relaciones jurídicas se refiere.

Sección 2. De los negocios jurídicos

(Elección de la ley aplicable por las partes)

Art. 7. La validez y eficacia de un negocio jurídico se rigen por la ley del lugar elegido por las partes al tiempo de su celebración.

(Ley aplicable a falta de elección por las partes)

Art. 8. 1. A falta de elección de ley por las partes conforme al artículo anterior, la validez y eficacia de un negocio jurídico se regirán por la ley del lugar con el que presente los vínculos más estrechos al tiempo de su celebración.

2. En el caso del apartado anterior, cuando la prestación característica de un negocio jurídico se realice sólo por una parte, se presumirá que la ley del lugar de la residencia habitual de esa parte (si tiene un establecimiento que esté relacionado con el referido negocio jurídico, la ley de lugar en el que esté ubicado, y si la parte tiene más de dos establecimientos en diferentes jurisdicciones relacionados con el referido negocio jurídico, la

ley del lugar en donde esté localizado el establecimiento principal) es la ley del lugar con el que el negocio jurídico presenta vínculos más estrechos.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, al aplicar el ap. 1, si el negocio jurídico tiene por objeto un bien inmueble, la ley del lugar de situación del bien se presumirá que es la ley del lugar que presenta los vínculos más estrechos con el negocio jurídico.

(Cambio de ley aplicable por las partes)

Art. 9. Las partes de un negocio jurídico podrán cambiar la ley aplicable a su validez y eficacia. No obstante, si el cambio de la ley que lo rige perjudica los derechos de terceros, dicho cambio no podrá oponerse a tales terceros.

(Forma de los negocios jurídicos)

Art. 10. 1. La forma del negocio jurídico se rige por la ley aplicable a su validez (si se ha cambiado dicha ley después de la celebración del negocio jurídico conforme al artículo anterior, la forma se regirá por la ley que era aplicable antes de dicho cambio).

2. No obstante el apartado anterior, el negocio jurídico será válido si su forma se ajusta a la ley de su lugar de celebración.

3. Al aplicar el apartado anterior en relación con la manifestación de voluntad hecha a una parte que se halle en una jurisdicción diferente, se presume que el lugar en el que se emite la declaración es el lugar de celebración.

4. Las disposiciones de los dos apartados anteriores no se aplicarán a un contrato concluido entre partes que se hallen en jurisdicciones diferentes. En este caso, a pesar del ap. 1, el contrato será formalmente válido bien si es conforme a la ley del lugar desde el que la comunicación de la oferta haya sido emitida o bien si es conforme a la ley del lugar desde donde la aceptación haya sido emitida.

5. Las disposiciones de los tres apartados precedentes no se aplicarán a los negocios jurídicos relativos a la constitución o disposición de derechos reales sobre bienes muebles o inmuebles u otros derechos que requieran inscripción registral.

(Normas especiales para los contratos de consumo)

Art. 11. 1. Aunque la ley aplicable a la validez y eficacia de un contrato (con exclusión del

contrato laboral) celebrado entre un consumidor (el término “consumidor” designa en este artículo a quien contrata sin una finalidad comercial) y un operador económico (el término “operador económico” designa en este artículo una persona jurídica, asociación o fundación, o individuo que actúe con una finalidad comercial) sea diferente a la de la residencia habitual del consumidor de acuerdo con el art. 7 o el art. 9 en relación con la elección o el cambio de ley aplicable respectivamente, si el consumidor manifiesta al operador económico su voluntad de que se apliquen las normas imperativas de su residencia habitual, se aplicarán las mismas a los aspectos sujetos a tales normas imperativas en relación con la validez y eficacia del contrato de consumo.

2. Si las partes no han elegido la ley aplicable a la validez y eficacia del contrato de consumo de acuerdo con el art. 7, la validez y eficacia de dicho contrato se regirán por la ley de la residencia habitual del consumidor, independientemente de lo dispuesto en el art. 8.

3. Aunque se elija una ley diferente a la de la residencia habitual del consumidor para regir la validez de un contrato de consumo conforme al art. 7, si el consumidor manifiesta al operador económico su voluntad de que se apliquen las normas imperativas específicas de la ley de su residencia habitual a la forma del contrato de consumo pactado, independientemente de lo dispuesto en los aps. 1, 2 y 4 del artículo precedente, se aplicarán también las normas imperativas sobre los aspectos sujetos a tales normas en relación con la forma del contrato de consumo.

4. Si la ley de la residencia habitual del consumidor ha sido elegida para regir la validez de un contrato de consumo de acuerdo con el art. 7, si el consumidor expresa al operador económico su voluntad de que se aplique la ley de su residencia habitual a la forma del contrato, independientemente de lo dispuesto en los aps. 2 y 4, se aplicará la ley de su residencia habitual a la forma del contrato.

5. Si las partes no han elegido la ley aplicable a la validez de un contrato de consumo de acuerdo con el art. 7, no obstante lo dispuesto en los aps. 1, 2 y 4 del artículo precedente, la forma del referido contrato de consumo se regirá por la ley de la residencia habitual del consumidor.

6. Las disposiciones de los apartados precedentes, 1 a 5, no son aplicables a los siguientes casos:

i. Si el establecimiento del operador económico del contrato de consumo se encuentra en una jurisdicción diferente a la de la residencia habitual del consumidor, y el consumidor se desplaza a la jurisdicción del establecimiento del operador económico y concluye el contrato de consumo en dicha jurisdicción, excepto en el caso de que el operador haya instado al consumidor a la conclusión del contrato de consumo en esa jurisdicción.

ii. Si el establecimiento del operador económico relacionado con el contrato de consumo se encuentra en una jurisdicción diferente a la de la residencia habitual del consumidor y el consumidor se desplaza a la jurisdicción del establecimiento del operador y recibe o puede recibir el cumplimiento total de la obligación en esa jurisdicción, excepto en el caso de que el consumidor haya sido instado por el operador a recibir el cumplimiento total de la obligación en esa jurisdicción.

iii. Si en el momento de celebrar el contrato de consumo, el operador económico desconoce el lugar de la residencia habitual de su contraparte y el desconocimiento tiene una base razonable.

iv. Si en el momento de celebrar el contrato de consumo, el operador económico desconoce que su contraparte es un consumidor y existe una base razonable para ese desconocimiento.

(Normas especiales para los contratos laborales)

Art. 12. 1. Aunque la ley aplicable a la validez y eficacia de un contrato laboral de acuerdo con el art. 7 o el art. 9 en relación con la elección o el cambio de ley aplicable respectivamente, sea diferente a la del lugar que presente vínculos más estrechos con el contrato laboral, si el trabajador manifiesta al empleador su voluntad de que se apliquen las normas imperativas del lugar que presente vínculos más estrechos con el contrato laboral, se aplicarán las mismas a los aspectos sujetos a tales normas imperativas en relación con la validez y eficacia del contrato laboral.

2. En aplicación del apartado anterior, la ley del lugar donde se desempeña el trabajo según el contrato laboral (si no se puede identificar el lugar donde se realiza la prestación laboral, será la ley del lugar del establecimiento en donde el empleador haya contratado al trabajador; la misma con-

sideración se aplica al siguiente apartado) se presumirá que es la ley del lugar que presenta vínculos más estrechos con el contrato laboral.

3. Si las partes no han elegido ninguna ley para regir la validez y eficacia del contrato laboral conforme al art. 7, no obstante el art. 8, ap. 2, la ley de lugar donde se desempeña el trabajo se presumirá que es la ley con la que el contrato laboral presenta vínculos más estrechos.

Sección 3. De los derechos reales

(Derechos reales y otros derechos de inscripción registral)

Art. 13. 1. Los derechos reales y otros derechos que requieren inscripción registral en relación con bienes muebles o inmuebles se regirán por la ley de lugar de situación del bien.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, la adquisición y la pérdida de los referidos derechos se regirán por la ley de lugar de situación del bien en el momento en que los hechos causantes de la adquisición o la pérdida se hayan producido completamente.

Sección 4. De las obligaciones

(Gestión de negocio ajeno y enriquecimiento injusto)

Art. 14. La validez y eficacia de las obligaciones derivadas de la gestión de un negocio ajeno o el enriquecimiento injusto se regirán por la ley del lugar donde los hechos causantes se hayan producido.

(Excepción para los casos en que existe un lugar manifiestamente más conectado)

Art. 15. No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la ley aplicable a la validez y eficacia de las obligaciones derivadas de la gestión de un negocio ajeno o el enriquecimiento injusto será la del lugar que presenta vínculos manifiestamente más estrechos con la gestión del negocio ajeno o el enriquecimiento injusto que el lugar indicado en el apartado precedente, en vista de que las partes tenían sus residencias habituales en la misma jurisdicción en el momento en que los hechos causantes se hayan producido, la gestión de negocio ajeno o el enriquecimiento injusto hayan estado relacionados con el contrato de las partes, u otras circunstancias relevantes.

(Cambio de ley aplicable por las partes)

Art. 16. Las partes en la gestión de un negocio ajeno o un enriquecimiento injusto, después de que se hayan producido los hechos causantes, podrán cambiar la ley aplicable a la validez y eficacia de las obligaciones derivadas de la gestión del negocio ajeno o el enriquecimiento injusto. No obstante, si el cambio de la ley aplicable perjudica a terceros, dicho cambio no será oponible frente a esos terceros.

(Hechos dañosos)

Art. 17. La ley aplicable a la validez y eficacia de las obligaciones derivadas de un daño causado es la del lugar donde se hayan producido los resultados del acto ilícito. No obstante, si bajo circunstancias normales no era posible prever que se produjeran esos resultados en ese lugar, la ley aplicable será la del lugar donde ese hecho dañoso se produjo.

(Regla especial sobre responsabilidad por productos)

Art. 18. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, la validez y eficacia de las obligaciones derivadas de hechos dañosos que perjudiquen a la vida, la salud o la propiedad de otras personas, causados por un producto defectuoso entregado (el término “producto” en este artículo se refiere a cualquier bien producido o procesado) contra un productor (el término “productor” en este artículo se refiere a cualquier persona que produce, procesa, importa, exporta, distribuye o vende el producto en el desarrollo de su actividad económica) o contra cualquier persona que ponga en el producto la indicación en la que afirme ser tal productor (estas personas son referidas en este artículo como “productor, etc.”) se regirán por la ley del lugar en el que dicho producto haya sido entregado al perjudicado. No obstante, si la entrega del producto en dicho lugar no es previsible bajo circunstancias normales, se aplicará la ley de lugar en donde se encuentra el establecimiento principal del productor, etc. (si el productor etc. no posee ningún establecimiento, se aplicará la ley de la residencia habitual de dicho productor).

(Normas especiales sobre intromisión en el derecho al honor)

Art. 19. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 17, la validez y la eficacia de las obligaciones derivadas de la intromisión en el derecho al honor de una persona o una entidad se regirán por la ley

de lugar en el que se encuentra la residencia habitual de la persona ofendida (o bien la ley del lugar de su establecimiento principal cuando la persona ofendida sea una persona jurídica u otra asociación o fundación).

(Excepción para los casos en los que existe un lugar manifiestamente más conectado)

Art. 20. No obstante lo dispuesto en los tres artículos anteriores, la ley aplicable a la validez y eficacia de las obligaciones derivadas de un hecho dañoso será la del lugar que presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el hecho dañoso que el lugar determinado conforme a los tres artículos anteriores, en vista de que las partes tenían sus residencias habituales en la misma jurisdicción en el momento en que el hecho dañoso se haya producido, el hecho dañoso haya sido causado debido al incumplimiento del contrato, u otras circunstancias relevantes.

(Cambio de ley aplicable por las partes)

Art. 21. Las partes en un hecho dañoso, después de que se haya producido el hecho, podrán cambiar la ley aplicable a la validez y eficacia de las obligaciones derivadas del mismo. Sin embargo, si el cambio de la ley aplicable perjudica los derechos de terceros, dicho cambio no será oponible frente a esos terceros.

(Limitación de orden público sobre hechos dañosos)

Art. 22. 1. En caso de que una ley extranjera sea de aplicación a los derechos y obligaciones derivados de un hecho dañoso, si los mismos no son considerados ilícitos según la ley japonesa, no se puede reclamar la indemnización por daños y perjuicios u otras medidas con fundamento en dicha ley extranjera.

2. En caso de que una ley extranjera sea de aplicación a los derechos y obligaciones derivados de un hecho dañoso, aunque los hechos generadores del daño sean ilícitos conforme tanto a la ley extranjera como a la japonesa, el perjudicado podrá reclamar únicamente la indemnización por daños y perjuicios u otras medidas permitidas por la ley japonesa.

(Cesión de créditos)

Art. 23. La eficacia de una cesión de crédito en relación con el deudor y otros terceros se regirá por la ley aplicable al crédito objeto de cesión.

Sección 5. De la familia

(Celebración y formas del matrimonio)

Art. 24. 1. Los requisitos para la celebración del matrimonio se regirán por la ley nacional de cada cónyuge respectivamente.

2. Las formas del matrimonio se regirán por la ley del lugar de la celebración.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado precedente, la forma que satisfaga los requisitos de una de las leyes nacionales de los cónyuges tendrá efectos válidos, salvo que el matrimonio se celebre en Japón y uno de los cónyuges sea de nacionalidad japonesa.

(Efectos del matrimonio)

Art. 25. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges. Si la ley nacional de los cónyuges no es la misma, los efectos del matrimonio se regirán por la ley del lugar de su residencia habitual común. En defecto también de residencia habitual común, los efectos se regirán por la ley del lugar con el que los cónyuges presenten vínculos más estrechos.

(Régimen económico matrimonial)

Art. 26. 1. El artículo precedente se aplicará *mutatis mutandis* al régimen económico matrimonial.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado precedente, el régimen económico matrimonial se regirá por la ley que los cónyuges elijan de las siguientes leyes si dicha elección se realiza por escrito y con la fecha y la firma de ambos. En este caso, la elección tendrá efectos *ex nunc*:

- i) La ley nacional de cualquiera de los cónyuges
- ii) La ley del lugar de residencia habitual de cualquiera de los cónyuges; o bien
- iii) En relación con el régimen económico matrimonial respecto a inmuebles, la ley del lugar en el que dichos bienes inmuebles se hallen localizados.

3. El régimen económico matrimonial regido por una ley extranjera, en lo que respecta a los actos jurídicos realizados en Japón o a las propiedades localizadas en Japón, no podrá oponerse a terceros de buena fe. En estos casos las relaciones con terceros del régimen económico matrimonial se regirán por la ley japonesa.

4. No obstante lo dispuesto en el apartado precedente, un contrato relativo al patrimonio matrimonial concluido conforme a una ley extranjera aplicable según los aps. 1 ó 2, será oponible frente a terceros si ese contrato está inscrito en Japón.

(Divorcio)

Art. 27. El art. 25 se aplicará *mutatis mutandis* al divorcio. No obstante, el divorcio se registrará por la ley japonesa si uno de los cónyuges tiene la nacionalidad japonesa y su residencia habitual en Japón.

(Filiación del hijo matrimonial)

Art. 28. 1. Un hijo será considerado como matrimonial si es considerado como tal conforme a la ley nacional de uno de los cónyuges en el momento de su nacimiento.

2. Si el marido fallece antes del nacimiento del hijo, la ley nacional del marido en el momento de su fallecimiento será considerada como su ley nacional en relación con el apartado anterior.

(Filiación del hijo extramatrimonial)

Art. 29. 1. La filiación de un hijo extramatrimonial respecto al padre se registrará por la ley nacional del padre en el momento del nacimiento del hijo y la filiación del hijo extramatrimonial respecto de la madre se registrará por la ley nacional de la madre en el momento del nacimiento. En relación con el reconocimiento de la filiación, si la ley nacional del hijo en el momento del reconocimiento exige la aprobación o el consentimiento del hijo o de un tercero como condición para el reconocimiento, dicho requisito ha de ser satisfecho.

2. En relación con el reconocimiento de un hijo extramatrimonial éste se registrará bien por la ley nacional de la persona que realiza el reconocimiento o bien por la del hijo en el momento de dicho reconocimiento, independientemente de que se realice según la ley prevista en la primera frase del apartado anterior. En el caso de que resulte de aplicación la ley nacional de la persona que realice el reconocimiento, se aplicará *mutatis mutandis* la segunda frase del apartado anterior.

3. Si el padre fallece antes del nacimiento del hijo, la ley del padre en el momento de su fallecimiento se considerará como la ley nacional del padre según se refiere en el ap. 1. Si cualquiera de las personas indicadas en el apartado precedente fallece antes del reconocimiento, la ley nacional de la persona en el momento de su fallecimiento será considerada como su ley nacional según se

refiere en el ap. 1.

(Adquisición de la condición de hijo matrimonial)

Art. 30. 1. Un hijo adquiere la condición de hijo matrimonial conforme a la ley nacional del padre, la madre o el hijo en el momento en que los requisitos para la adquisición de dicha condición se completan.

2. Si una persona referida en el apartado anterior fallece antes de que los requisitos para la adquisición de dicha condición se completan, la ley nacional de esa persona en el momento de su fallecimiento se considerará como la ley nacional mencionada en el apartado anterior.

(Adopción)

Art. 31. 1. La adopción se registrará por la ley nacional del adoptante en el momento de la adopción. Si la ley nacional del hijo adoptado requiere la aprobación o el consentimiento del hijo adoptado o de un tercero, o la autorización o cualquier otra disposición de una autoridad pública, esos requisitos también tendrán que ser satisfechos.

2. La extinción de la relación de parentesco entre el adoptado con sus padres y demás parientes consanguíneos así como la extinción del vínculo de la adopción se registrará por la ley que resulte aplicable según la primera frase del apartado anterior.

(Relación jurídica entre padres adoptantes e hijo adoptado)

Art. 32. La relación jurídica entre los padres adoptantes y el hijo adoptado se registrará por la ley nacional del hijo si esa ley es la misma que la de uno de los padres (si uno de los dos ha muerto o es desconocido, será la ley nacional del otro adoptante). En otros casos, se registrará por la ley de la residencia habitual del hijo adoptado.

(Otras relaciones de parentesco, etc.)

Art. 33. Además de lo establecido en los artículos 24 a 32, las relaciones entre parientes así como los derechos y obligaciones derivados de ellas se regirán por la ley nacional de la parte interesada.

(Forma de un acto jurídico relativo a relaciones de parentesco)

Art. 34. 1. La forma de un acto jurídico relativo a relaciones de parentesco reguladas en los

artículos 25 a 33 se regirá por la ley aplicable para la validez del acto.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, tal acto jurídico será formalmente válido si dicho acto es conforme con la ley de lugar donde se celebró.

(Tutela, etc.)

Art. 35. 1. La tutela, curatela o guarda (en adelante se denominará globalmente “tutela, etc.”) se regirán por la ley nacional del tutelado, persona bajo curatela o guarda (en el apartado siguiente se denominará “tutelado, etc.”).

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, si un ciudadano extranjero es tutelado, etc., la resolución mediante la que se nombra un tutor, curador o guardador, u otras resoluciones relativas a tutela etc. serán regidas por la ley japonesa, si

i) conforme a la ley nacional del ciudadano extranjero, los requisitos para la tutela, etc. son satisfechos pero no se cuenta con nadie que se encargue de los deberes de la tutela, etc. en Japón, o bien

ii) un tribunal japonés ha dictado una resolución para iniciar la tutela, etc. del ciudadano extranjero.

Sección 6. De las sucesiones

(Sucesiones)

Art. 36. La sucesión se regirá por la ley nacional del causante.

(Testamentos)

Art. 37. 1. La validez y eficacia de un testamento se regirán por la ley nacional del testador en el momento de otorgar el testamento.

2. La revocación del testamento se regirá por la ley nacional del testador en el momento de la misma.

Sección 7. Disposiciones complementarias

(Ley nacional)

Art. 38. 1. Si una persona posee dos o más nacionalidades, la ley del Estado en el que tenga su residencia habitual se considerará que es su ley nacional. Si dicha persona no tiene su residencia habitual en ninguno de los países de los que es nacional, la ley del Estado con el que presente vínculos más estrechos será considerada como su

ley nacional. No obstante, cuando una de las nacionalidades de la persona sea la japonesa, la ley japonesa se considerará como su ley nacional.

2. En el caso de que deba ser aplicable la ley nacional de una persona, pero esta persona no tenga nacionalidad, será de aplicación la ley de su residencia habitual. No obstante, esto no será de aplicación en el caso de lo dispuesto en el art. 25 (incluyendo los casos en los que se aplica *mutatis mutandis* conforme al art. 26, ap. 1 o art. 27) o en el art. 32.

3. En el caso de que una persona sea nacional de un estado en el que coexistan diferentes sistemas jurídicos en sus diversas regiones respectivas, la ley determinada de acuerdo con las normas de ese Estado (si no existe ninguna norma, la ley de la región con la que esta persona presente vínculos más estrechos) se considerará como su ley nacional.

(Ley de la residencia habitual)

Art. 39. Cuando la ley de la residencia habitual de una persona sea de aplicación, pero no se pueda identificar dicha residencia habitual, la ley de su residencia será aplicable, salvo para la aplicación de lo dispuesto en el art. 25 (incluyendo los casos en los que se aplica *mutatis mutandis* conforme al art. 26, ap. 1 o art. 27) o el art. 32.

(Ley de Estados o territorios en los que se apliquen diferentes sistemas de ley a diferentes grupos de personas)

Art. 40. 1. Cuando una persona sea nacional de un Estado en el que diferentes sistemas de ley se apliquen a diferentes grupos de personas, la ley determinada de acuerdo con las normas de ese Estado (si no existen tales normas, la ley con la que esta persona presente vínculos más estrechos) se considerará como la ley nacional de dicha persona.

2. El apartado anterior se aplicará *mutatis mutandis* cuando la ley de la residencia habitual de una persona sea aplicable de acuerdo con el art. 25 (incluyendo los casos en los que se aplique *mutatis mutandis* conforme al art. 26, ap. 1 o art. 27), art. 26, ap. 2–(ii), art. 32 o art. 38, ap. 2, y que diferentes sistemas de ley se apliquen a un grupo diferenciado de personas en el lugar de su residencia habitual. También será de aplicación *mutatis mutandis* cuando se aplique la ley de lugar con el que los cónyuges presenten vínculos más estrechos y cuando diferentes sistemas de ley

se apliquen a un grupo diferenciado de personas de ese lugar.

(*Reenvío*)

Art. 41. Cuando se aplique la ley nacional de una persona y las normas de esa ley requieran que se aplique la ley japonesa, entonces se aplicará la ley japonesa, salvo en el caso de que la ley nacional de la persona sea de aplicación de acuerdo con el art. 25 (incluyendo los casos en los que se aplique *mutatis mutandis* conforme al art. 26, ap. 1 o art. 27) o art. 32.

(*Orden público*)

Art. 42. Cuando una ley extranjera sea la aplicable, pero su aplicación sea contraria al orden público, dicha ley no se aplicará.

(*Exclusión de aplicación*)

Art. 43. 1. Las disposiciones de este capítulo, excepto la cláusula principal del art. 39, no se aplicarán a las obligaciones de alimentos derivadas de matrimonio, parentesco o cualquier otra relación familiar.

2. Las disposiciones de este capítulo, excepto la cláusula principal del art. 38, ap. 2 y el art. 39 así como el art. 40 en su totalidad, no se aplicarán a la forma de los testamentos.

Disposiciones transitorias

(*Fecha de entrada en vigor*)

Art. 1. Esta ley entrará en vigor a partir de la fecha que se especifique mediante orden ministerial en un periodo no superior a un año contado desde la fecha de su promulgación. [1 de enero de 2007]

(*Medidas transitorias*)

Art. 2. Las disposiciones de la Ley sobre las Normas Generales de Aplicación de las Leyes (en adelante “Nueva Ley”) se aplicarán a los casos previos a la fecha de entrada en vigor de la presente ley (en adelante “fecha de entrada en vigor”), excluyendo los casos indicados en el siguiente artículo.

Art. 3. 1. Con respecto de la capacidad de obrar de las partes de negocios jurídicos que se hayan celebrado previamente a la fecha de entrada en vigor de la Nueva Ley, las disposiciones vigentes entonces permanecerán aplicables, sin

perjuicio de lo dispuesto en el art. 4 de la Nueva Ley.

2. Con respecto de la demanda interpuesta previamente a la fecha de entrada en vigor de la Nueva Ley en relación con la resolución judicial que establezca la constitución de tutela así como la declaración de ausencia o fallecimiento, las disposiciones vigentes entonces permanecerán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 5 y 6 de la Nueva Ley.

3. Con respecto de la constitución, eficacia y forma de los negocios jurídicos celebrados previamente a la fecha de entrada en vigor de la Nueva Ley, las disposiciones vigentes entonces permanecerán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 8 y 12 de la Nueva Ley.

4. Con respecto de la constitución y eficacia de las obligaciones derivadas de hechos causantes de la gestión de un negocio ajeno o enriquecimiento injusto, y actos causantes de daño por actos ilícitos, generados previamente a la fecha de entrada en vigor de la Nueva Ley, las disposiciones vigentes entonces permanecerán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos de 15 a 21 de la Nueva Ley.

5. Con respecto de la eficacia de una cesión de crédito en relación con el deudor y a otros terceros efectuada previamente a la fecha de entrada en vigor de la Nueva Ley, las disposiciones vigentes entonces permanecerán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 23 de la Nueva Ley.

6. Con respecto de la forma de los actos jurídicos referentes a relaciones de parentesco celebrados previamente a la fecha de entrada en vigor de la nueva ley, (excluyendo lo dispuesto sobre las relaciones de parentesco en los artículos 14 a 21 de la *Horei* antes de la reforma) las disposiciones vigentes entonces permanecerán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 34 de la Nueva Ley.

7. Con respecto de la demanda en relación con el procedimiento judicial sobre el nombramiento de tutor, curador o guardador o sobre la tutela etc. interpuesta previamente a la fecha de entrada en vigor de la Nueva Ley, las disposiciones vigentes entonces permanecerán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto en el ap. 2 del art. 35 de la Nueva Ley.

MATRIMONIOS FORZOSOS*

María Jesús ELVIRA BENAYAS

Profesora contratada doctora
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. ¿Qué son los matrimonios forzosos? II. ¿Qué cuestiones jurídicas plantean? 1. Violación de derecho humanos y derecho de asilo. 2. Reagrupación familiar. Problemas que plantea el reconocimiento de los matrimonios forzosos celebrados en el extranjero: A) Reagrupación familiar; B) Problemas que plantea el reconocimiento de los matrimonios forzosos celebrados en el extranjero. Tendencias en la búsqueda de posibles soluciones. III. Conclusiones.

RESUMEN: Las sociedades multiculturales tienen que enfrentarse a situaciones que les son ajenas pero que afectan a sus integrantes. Este es el caso de los matrimonios forzosos que afectan a importante número de mujeres y niñas en el mundo y que exigen de estas sociedades, en ocasiones, una respuesta contundente a una práctica que supone la vulneración de Derechos y libertades Fundamentales. Respuesta debe ser multidisciplinar, con una obligada función preventiva pero también asistencial y jurídica a las víctimas, en las que hay distintas tendencias que abarcan tanto las intervenciones del Derecho Penal, del Derecho civil y del Derecho internacional privado.

PALABRAS CLAVE: MATRIMONIOS FORZOSOS – DERECHOS HUMANOS – ASILO – SOCIEDADES MULTICULTURALES.

SUMMARY: *Multicultural societies are faced with situations that are alien, but that affect its members. This is the case of forced marriages involving significant numbers of women and girls in the world and demand of these societies, sometimes an overwhelming response to a practice that involves the violation of Fundamental Rights and Freedoms. Response must be multidisciplinary, with a required preventive function, but also care and legal assistance to victims, where there are several trends that include both the intervention of criminal law, civil law and private international law.*

KEYWORDS: *FORCED MARRIAGE – HUMAN RIGHTS – ASYLUM – MULTICULTURAL SOCIETIES.*

* Comunicación presentada al V Seminario internacional de Derecho internacional privado: “Tendencias en la evolución del Derecho internacional privado” (Madrid 24 y 25 de marzo de 2011). El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2009–11702 (Subprograma JURI) “Daños internacionales especiales”.

I. ¿Qué son los matrimonios forzosos?

Los matrimonios forzosos o forzados son una práctica arraigada en la tradición de ciertas comunidades del Norte de África, Oriente próximo y Oriente medio, Asia meridional, América Latina y también entre colectivos de etnia gitana –de diversa procedencia–. Están asociados a la pobreza (en ocasiones, principalmente las hijas sirven como pago de deudas pendientes), a las zonas rurales y vinculados con el “honor” o el “honor familiar” por lo que desobedecer los designios de la familia supone un ataque a ésta¹. Ambas cuestiones se proyectan en las sociedades multiculturales que exigen respuestas, incluidas las que puedan hacerse desde sus ordenamientos².

Para saber la incidencia del objeto de nuestro análisis, podríamos preguntarnos el número de personas que se ven concernidos por estos enlaces³. A diferencia de la práctica del Reino Unido, el resto de países europeos no ofrece datos concretos de cuál sea el número de personas afectadas por este tipo de matrimonios⁴. La *Forced Marriage Unit* (FMU) informa que en 2010 se tramitaron 1735 instancias sobre asuntos vinculados con sus funciones (en 2009 fueron 1682). En ocasiones, la existencia de un matrimonio forzoso se manifiesta a través de la violencia de género, delitos contra la libertad personal o la mutilación genital, lo que dificulta su cómputo. No obstante, si el dato aportado por la FMU fuese

¹ En las distintas fuentes citadas a lo largo de este trabajo las causas que los motivan sirven para elaborar medidas de ataque pero no hay diferencias ni el modo de operar ni en los efectos que producen. La manifestación extrema de cómo la familia –en sentido amplio– responde ante la desobediencia son “crímenes de honor”.

² La necesidad de abordar los matrimonios forzosos desde una perspectiva multidisciplinar se ve reflejada en iniciativas como el *Programa Daphne* (Decisión nº 779/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, por la que se establece, para el período 2007–2013, un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne III) integrado en el programa general “Derechos fundamentales y justicia”, DO nº L 173 de 3.7.2007), en el que se integra el Proyecto Shehrazad en el que hay un tratamiento multidisciplinar de los crímenes de honor, los matrimonios forzosos y los matrimonios prematuros. Mediante este proyecto, distintos colectivos de Alemania, España, Grecia, Reino Unido y Suecia intercambian experiencia, buenas prácticas, e informaciones sobre dichas materias. Toda la información sobre ambas iniciativas pueden consultarse en http://ec.europa.eu/justice_home/daphnetoolkit/html/welcome/dpt_welcome_en.html. También son destacables las iniciativas impulsadas por colectivos de mujeres con un ámbito supranacional como es la organización “Terre des femmes” <http://www.ehrverbrechen.de/1/>.

³ Por ejemplo, Unicef calcula que en el mundo existen 60 millones de niñas que pueden ser víctimas potenciales de matrimonios forzosos. Ver nota 8 de este trabajo.

⁴ Sabemos, por ejemplo, que en la Pregunta escrita E– 2881/05 presentada por Hiltrud Breyer en el Parlamento europeo se indicaba que en 2002 el Estado Federado de Berlín se podría estimar que había 220 asuntos vinculados con matrimonios forzosos. Esta y el resto de las preguntas citadas en este trabajo así como otros documentos del Parlamento europeo pueden consultarse en: www.europarl.europa.eu.

extrapolable al resto de países europeos cabría afirmar que esta situación afecta a un buen número de ciudadanos europeos⁵.

Pero ¿qué es un matrimonio forzoso? Puede entenderse como “aquel que se produce sin el consentimiento válido de al menos uno de los contrayentes por la intervención de terceras personas del entorno familiar (a menudo los progenitores) que se otorgan la facultad de decisión y presionan porque esta práctica se produzca”⁶.

En algunos casos también se puede hablar de “matrimonios forzados sobrevenidos” que son aquellos inicialmente contraídos de forma voluntaria pero que no pueden ser disueltos pues mediante coacción se obliga a uno o ambos cónyuges a permanecer juntos⁷.

Si uno o ambos cónyuges son menores de 18 años se denominan los matrimonios forzados reciben la denominación de “matrimonios prematuros”⁸.

Los matrimonios forzados deben diferenciarse de los matrimonios pactados o convenidos. En algunas sociedades no es infrecuente que las familias concierten matrimonios. Sin embargo, en ellos el consentimiento se presta de forma volun-

⁵ En la Pregunta con solicitud de respuesta escrita E-8990/2010 a la Comisión hecha por Giancarlo Scottà (EFD) el 28 octubre 2010 se cuantifica el número de matrimonios forzados en UE al 20% de los matrimonios celebrados por las comunidades musulmanas europeas. Del total de matrimonios forzados la FMU calcula que el 86% afecta a mujeres y el 14% restante a varones. En el caso de España, los únicos datos con los que contamos son los recogidos por los Mossos d'escuadra catalanes. Recientemente (24 de marzo de 2011), *El Periódico*, citando fuentes de aquellos, informaba de la existencia de unas 300 mujeres en Cataluña que habían sufrido matrimonios forzados. En la misma se decía que según expertos esto sólo representaría el 5% de los casos. El problema en la concreción de las cifras de matrimonios forzados es que, a menudo, se contabilizan como incidentes de violencia doméstica, secuestro, delitos contra la libertad sexual o asesinato. En este sentido, *vid.* STS (Sala de lo Penal, Secc. 1ª), nº 1399/2009, de 8 de enero de 2010 por el que se resolvía un recurso de casación contra la SAP Cádiz (Secc. 3ª) 19 de marzo de 2009 en la que se juzgaban delitos de amenazas, agresión sexual y violencia doméstica pero tras el que había un matrimonio forzado celebrado por una menor en Mauritania (Wes-tlaw RJ\2010\3496).

⁶ Procedimiento de prevención y atención policial de los matrimonios forzados, Generalitat de Catalunya, junio 2009, p. 5 www.gencat.net/interior). En un sentido similar, véase la definición de la “Guía básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación”, publicada por la Red española contra la trata de personas (www.redcontralatrata.org) p. 10 “Consiste en un matrimonio en el que una de las partes o ambas no dan su consentimiento válido, siendo en él un factor determinante la compulsión –incluida la presión emocional o acciones criminales como el secuestro o el asalto”.

⁷ En este sentido, *vid.* el documento “*Forced Marriage: A form of violence in the name of honour*” www.ehrverbrechen.de.

⁸ *Vid.* los Informes elaborados por Unicef, “Early Marriage. Child Spouses” marzo 2001 y “Early Marriage. A Harmful traditional practice”, 2005. www.unicef.org. En ellos se afirma que el matrimonio de niñas es frecuente en África Subsahariana y Asia Meridional. “En Níger, el 77 % de las mujeres entre 20 y 24 años se casaron antes de cumplir los 18. En Bangladesh, la tasa era del 65 %”.

taria⁹. Respecto de ellos no surge ninguna cuestión jurídica específica porque en ellos existe un consentimiento libre y expreso.

II. ¿Qué cuestiones jurídicas plantean los matrimonios forzados?

Para determinar los distintos enfoques jurídicos necesarios para abordar este tipo de enlaces, es oportuno diferenciar entre los problemas jurídicos vinculados con matrimonios celebrados (o preparados) en el extranjero que inicialmente no afectan a sujetos vinculados con países en los que se esta práctica es condenada (principalmente, sujetos con residencia habitual, si bien también pueden afectar a dobles nacionales), de aquellos que afectan a sujetos vinculados con dichos Estados (por residencia o nacionalidad).

1. Violación de derechos humanos y derecho de asilo

En primer lugar, un elemento común a ambas situaciones es la consideración de que los matrimonios forzados suponen una vulneración de derechos humanos. En efecto, cabe entender que existe una vulneración de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 1979, sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En la misma los Estados se comprometen a eliminar la discriminación en los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, así como asegurar a ambos cónyuges el mismo derecho a elegir libremente al otro cónyuge y contraer matrimonio “sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento” (art. 16.1º.b)¹⁰.

Por ello, la negativa a contraer matrimonio en sus Estados de origen mediante coacciones se ha considerado como una forma de violencia de género y, por ello, es una causa que motiva el reconocimiento de la condición de refugiada y, por ende, la posibilidad de solicitar asilo. Así se ha reconocido –como en otros Estados–, por nuestro TS¹¹.

⁹ En este sentido, véase, entre otras la definición de matrimonios concertados que encontramos en la resolución *High Court of Justice in Northern Ireland*, 26 marzo 2010, as. *G and D (Risk of forced marriage protection order)* en www.bailii.org parágrafo 18 que a su vez cita parágrafo 1 del *Foreign and Commonwealth Office and others November 2008*: “*In arranged marriages, the families both spouses take a leading role in arranging the marriage but the choice whether or not to accept the arrangement remains with the prospective spouses*”.

¹⁰ BOE, 21-III-1984.

En este mismo sentido existen otros convenios internacionales que recogen la misma idea de igualdad de los cónyuges y libertad en el consentimiento. Entre otros, el art. 16 DUDH, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; la Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, Nueva York, 10 diciembre 1962 (BOE, 29-V-1969).

¹¹ Entre otras, STS (Sala 3ª, Sección 5ª) 11 de mayo de 2009, por la que se reconoce la condición de refugiada de una mujer nigeriana que había huido de su país para evitar un matrimonio forzoso. Además, *vid.* C. Picó Lorenzo, “La persecución por motivos de género justifica la obtención de la condición

Del mismo modo, los organismos internacionales que se enfrentan a esta materia consideran que deben ser vinculados a la trata de personas, como una nueva forma de esclavitud¹².

Por todo ello, se ha propuesto incluir en el marco de las relaciones de la UE con terceros países una cláusula de derechos humanos contra todo tipo de discriminación o violencia contra la mujer, entre otras, la relativa a matrimonios precoces o forzados¹³.

2. Reagrupación familiar. Problemas que plantea el reconocimiento de matrimonios forzados celebrados en el extranjero

Cuando el matrimonio forzoso se ha celebrado en el extranjero pero posee algún vínculo con otro Estado (residencia habitual, una de las nacionalidades –si existe doble nacionalidad– o, en algún caso, mera localización de la víctima¹⁴) los problemas jurídicos que puede plantear este tipo de relaciones pueden clasificarse entre aquellos que afectan a la reagrupación familiar y los relativos a la validez y al reconocimiento del matrimonio celebrado en el extranjero.

No abordaremos la posibilidad de los matrimonios forzados celebrados en territorio UE. La mayor parte de los ordenamientos prevén mecanismos de control y muchos contienen fórmulas de protección a la víctima. Esta combinación no hace atractiva la celebración en territorio europeo.

de refugiada”, *La Ley*, nº 7219, 16 julio 2009, en la que se analiza la resolución anteriormente citada. En el Derecho extranjero también pueden verse algunos ejemplos similares. Entre otros, la Sentencia del *Second Circuit Court of Appeals*, 3 marzo 2006, en el as. *Gao v. Gonzales*, <http://www.justice.gov/usao/ct/Documents/Appeals/Gao-04-3185-ag.pdf>. Asimismo, *vid.* “Guide to establishing the asylum eligibility of Victims of Human Trafficking and Forced Marriage”, http://www.human-rightsusa.org/images/stories/human_rights_usa_guide_to_establishing_asylum_eligibility.pdf elaborada por Human rights USA; K. T. Seelinger, “Forced marriage and Asylum: perceiving the invisible harm”, *Columbia Human Rights L. Rev.*, 2010, pp. 55 ss; y Z. Sharfman, “The “Lost Girls” of Sudan: Forced Marriage as a vehicle for Asylum”, *Women’s Rights Law Reporter*, 2007–2008, nºs 2–3, pp. 149–166.

¹² *Vid.*, en este sentido, el documento “La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas” Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra, 2002 que puede consultarse en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf>. Igualmente debemos destacar el “Informe de la Relatora especial sobre Derechos Humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños”, NN.UU–A/HRC/4/23, 24 enero 2007, pp. 17–20.

¹³ En este sentido, *vid.* la Resolución del Parlamento europeo de 6 de septiembre de 2007, sobre el funcionamiento de los diálogos en materia de derechos humanos y de las consultas sobre derechos humanos con terceros países. Documento A6–0302/2007, que puede consultar en la página web del Parlamento europeo, citada.

¹⁴ *Vid.* la noticia aparecida en el Diario *El País*, 23 de marzo de 2010. En ella se informaba de una intervención de los Mossos d’Esquadra mediante la que liberaron a una menor marroquí que denunció a ver sido obligada a contraer matrimonio en Marruecos con su primo (mayor de edad). La menor residía en Italia y fue trasladada a España para que conviviese con su esposo. Aprovechó un descuido para avisar a una de sus profesoras italianas que avisaron de la situación.

Una iniciativa para la disuasión de la celebración de matrimonios forzosos, especialmente aquellos que pueden afectar a menores es el aumento de la edad mínima para contraer matrimonio. Así, por ejemplo, en el Reino Unido y Francia se ha establecido como edad mínima los 18 años, salvo excepciones recogidas en el propio ordenamiento¹⁵.

En el ordenamiento español, la edad mínima para contraer matrimonio es de 14 años (aunque se requiere dispensa judicial: art. 48 Cc). Esta circunstancia ha sido criticada por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas a través de las “Observaciones finales sobre aplicación de los Derechos de los niños”¹⁶ que ha recomendado aumentar la edad mínima para contraer matrimonio a los 16 años con dispensa judicial.

No obstante, centraremos nuestro análisis en la respuesta que ha dado la regulación comunitaria a la reagrupación familiar¹⁷ así como los de algunos países europeos, en el ámbito civil¹⁸ al reconocimiento de los matrimonios forzosos celebrados en el extranjero.

¹⁵ Vid., v.gr., la *Forced Marriage (Civil protection) Act 2007*, citada o la ley francesa 2006-399, 4 abril (JO 5 abril) por el que se modifica el art. 144 del Código civil estableciendo como edad mínima para contraer matrimonio válido 18 años, salvo excepción prevista en el propio texto. En el supuesto de contravenir este límite se establece el cauce para su nulidad según lo previsto en el art. 171 del Código civil francés, tras su reforma por la Ley 2006-1376, citada anteriormente. En relación con la propuesta de otras iniciativas en el ordenamiento francés, vid. la Opinión sobre los matrimonios forzosos de la Comisión nacional consultiva de Derechos del hombre, de 23 de junio de 2005 (www.cncdh.fr/IMG/pdf/05.06.23_Avis_mariages_forces_pdf) en la que junto a la modificación de la edad mínima se proponen otra serie de medidas para luchar contra esta práctica.

¹⁶ Que pueden consultarse en http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.ESP.CO.3-4_fr.pdf

¹⁷ De entre las más recientes, cabe destacar la aprobación del proyecto de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección (Documento A7-0354/2010), aprobado por el Parlamento europeo el 14 de diciembre de 2010. Fuera de ello, la Comisaria de Justicia (V. Redings) se ha pronunciado reiteradamente sobre la falta de competencia de la UE en esta materia, de la financiación de programas que luchan contra la violencia contra la mujeres en todas sus vertientes (Programa Daphne) así como de la existencia de un instrumento judicial eficaz para disolver las uniones nacidas con motivo de matrimonios forzosos como es el Reglamento 2201/2003, utilizable para presentar demandas de divorcio o de nulidad ante los tribunales de los Estados UE. Entre otras, vid. las Respuestas de 16 de marzo de 2011, a la Pregunta E-0704/10EN; la de 7 julio de 2010 a la Pregunta E-3993/10/EN; o la más reciente de 7 de diciembre de 2010 a la Pregunta E-8990/10EN que pueden consultarse en la web del Parlamento europeo, cit. *supra*.

¹⁸ Una tendencia muy marcada es la creación de tipos penales específicos que sancionan a quienes participan en la “organización” de los matrimonios forzosos. Así, cabe citar la Ley danesa nº 316, de 30 de abril de 2008 por la que se modifica el código penal para evitar este tipo de relaciones; la propuesta alemana de modificar el § 237 StGB, presentada en octubre de 2010 para tipificar el matrimonio forzado como delito específico. En este mismo sentido, el Partido Popular español ha presentado el 24 de marzo de 2011 una Proposición no de Ley en el Congreso “con el objeto de regular el matrimonio forzado como delito específico en el Código penal” para incluirlo bien como un delito específico en el Título VI (Delitos contra la libertad), bien como un tipo agravado de coacciones (Cap. III, Tit. VI) bien como un delito específico dentro de los delitos contra las relaciones familiares (Tit. VII). En la misma se incluyen,

A) Reagrupación familiar

Por lo que se refiere a la primera, en el ámbito UE, la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003 regula el derecho a la reagrupación familiar¹⁹ permite la adopción de ciertas medidas “disuasorias” para situaciones en las que se utiliza el matrimonio como un modo para obtener la residencia legal en el territorio UE²⁰. Cuando el matrimonio forzoso sirve, además, para ello, el aumento de la edad mínima que deben tener los cónyuges reagrupables y el establecimiento de un plazo mínimo del matrimonio desde su celebración (1 año) se entienden que pueden ser medidas que eviten su celebración²¹.

B) Matrimonios forzosos celebrados en el extranjero. Problemas que plantea el reconocimiento de efectos. Tendencias en la búsqueda de posibles soluciones

Por el momento, el único instrumento que prevé medidas preventivas específicas para evitar la celebración de matrimonios forzosos en el extranjero es la *Forced Marriage (Civil Protection) Act* británica de 2007²² que permite prohibir el desplazamiento de las personas que supuestamente pueden sufrir esta práctica cuando existan circunstancias que así lo aconsejen. Un ejemplo muy reciente del funcionamiento de esta posibilidad lo encontramos en la medida adoptada por la *High Court* de Justicia de Irlanda del Norte (*Family Division*), de 26 de marzo de 2010, en el asunto G y D (Riesgo de matrimonio forzado: orden de protección frente al matrimonio forzado) en la que se prohíbe el desplazamiento de dos menores a Pakistán ante la sospecha de que sean casadas contra su voluntad, toda vez que dos de sus hermanos sufrieron con anterioridad una situación similar²³.

además, otras medidas de protección. Sobre las distintas fórmulas adoptadas por varios países europeos frente a los matrimonios forzosos *vid.* I. M. Briones Martínez, “Los matrimonios forzados en Europa. Especial referencia a Francia, Dinamarca, el Reino Unido, Alemania y Noruega”, *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, nº 20, 2009.

¹⁹ DO nº L 251 de 3.10.2003.

²⁰ En este sentido, *vid.* M. Welstead, “Forced Marriage: Bifurcated Values in the UK”, *The Denning Law Journal*, 2009, pp. 49 ss (esp. pp. 54 y 61, donde se describen dos ejemplos en los que los matrimonios forzosos se utilizan de modo similar a los matrimonios de complacencia, si bien, en este caso, contra la voluntad de uno de los cónyuges).

²¹ En este sentido, *vid.* el Informe de la Comisión al Consejo y al PE relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar. Documento COM (2008) 610 final, 8 octubre de 2008, p. 5. No es el caso de nuestra 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 (BOE, 12-XII-2000), arts. 17 ss que no fija ninguna de estas dos limitaciones. Asimismo, téngase en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de abril de 2009, sobre Política Común de emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos, DO nº 8, julio 2010, en la que se promueve el apoyo a los Estados miembros para que desarrollen campañas de información para evitar los matrimonios forzosos y otras formas de coacción (§42).

²² <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/20/contents>

²³ Puede consultarse en <http://www.bailii.org/nie/cases/NIHC/Fam/2010/6.html>

En cuanto al reconocimiento de los efectos del matrimonio forzoso celebrado en extranjero, dado que no existe consentimiento matrimonial –o está viciado por coacción–, esencial para la validez del matrimonio, procedería la adopción de actuaciones dirigidas, a la declaración de nulidad de dicho matrimonio²⁴.

Para ello podría utilizarse el Reglamento (CE) nº 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de nulidad, separación, divorcio y responsabilidad parental²⁵. Cabe establecer la competencia judicial del Estado de residencia de la víctima –sea o no la de la residencia habitual común– (art. 3º).

El ordenamiento español prevé una acción para solicitar la declaración de nulidad del matrimonio pero limita el plazo para el ejercicio de la acción a un año “si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después (...) de haber cesado la fuerza o la causa del miedo” (art. 76 Cc), tras lo cual el matrimonio se convalida.

Están legitimados para solicitarla, además, de los interesados, el Ministerio Fiscal y cualquier persona con interés directo. Es la intervención del Ministerio Fiscal la que debemos destacar. En la mayor parte de los casos, la persona que sufre un matrimonio forzoso no será quien lo denuncie porque su entorno y las consecuencias de “apartarse de la tradición” ejercen una importante presión para no actuar. La posibilidad de que actúe el Ministerio público en estos casos es una herramienta importante para la protección de la víctima. Esta posibilidad también se contempla en la *Act Británica* de 2007 y ha sido regulada mediante un protocolo de actuación específico para este tipo de supuestos²⁶.

Recientemente, en la práctica británica junto a la posible solicitud de nulidad²⁷, se ha incorporado la posibilidad de declarar el matrimonio como “no existente”. Ello genera no pocos problemas porque no pueden desplegarse los efectos jurídicos de la nulidad con los consiguientes problemas, por ejemplo, respec-

²⁴ En este sentido, entre otras, A–M. Hutchinson/T. Gupta, “Forced Marriage Nullity Procedure in England and Wales”, *International Family Law*, 2006, pp. 20 ss. Encontramos otras iniciativas como la propuesta en M Jänterä–Jareborg, “Combating child marriages and forced marriages– the prospects of the Hague Marriage Convention in the Scandinavian “multicultural” societies”, *Intercontinental Cooperation Through Private International Law. Essays in Memory of Peter E. Nugh* (T. Einhorn y K. Siehrs, eds.) TMC Assers Press, 2004, pp. 164 –175.

²⁵ DO nº L 338 de 23.12.2003.

²⁶ En este sentido, *vid.* la Guía legal *Crown Prosecution Service* británica para facilitar la intervención de las autoridades judiciales en su persecución que puede consultarse en www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/honor_based_violence_and_forced_marriage/

²⁷ Sentencia *Family Division*, 5 julio 2006, asunto *NS v. MI* que puede consultarse en: www.dawsoncornwell.co.uk/en/documents/20071FLR444.pdf

to de la filiación de los hijos nacidos en ese matrimonio y, especialmente, la “estigmatización de la víctima”²⁸.

Si caduca la acción para interponer la demanda de nulidad o no puede demostrarse la coacción para manifestar el consentimiento matrimonial, podrán utilizarse las vías ordinarias de la separación o el divorcio, aunque detrás se pueda ocultar situaciones como las descritas.

En el ordenamiento español, que establece la posibilidad de presentar la demanda de separación después de tres meses desde la celebración (art. 81 Cc, modificado por la Ley 15/2005, de 8 de julio²⁹), permite la actuación inmediata “si se acredita la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e identidad sexual del cónyuge demandante, hijos o cualquiera de los miembros del matrimonio”.

III. Conclusiones

Parece evidente que cada vez son más las denuncias dirigidas a evitar o a denunciar la existencia de matrimonios forzosos. Las sociedades multiculturales no deben hacer dejación de la obligación de proteger, por igual, a sus ciudadanos con independencia de su origen “la necesaria garantía de la diversidad no alcanza a legitimar el establecimiento de un sistema jurídico alternativo que proteja supuestos derechos naturales incontrovertibles fruto de la tradición”³⁰.

Sin duda es necesaria una intervención compleja en distintos planos que eviten o resuelvan la posibilidad de estos enlaces. Pero no es menos cierto que también se precisan soluciones jurídicas que sancionen a los que organizan o participan en este tipo de matrimonios y que protejan a las víctimas, sin olvidar las consecuencias civiles que ellos puedan producir.

²⁸ Vid. el análisis de esa nueva opción en R. Gaffney-Rhys, “The Legal Status of Forced Marriages: Void, Voidable or non-existent”, *International Family Law*, 2010, pp. 336 y ss.

²⁹ Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE, 9-VII)

³⁰ En este sentido, M. Carrillo, “El caso del matrimonio forzado”, *El País*, 29 abril 2009.

En este mismo sentido, téngase n cuenta, además, AAP Tarragona, secc 4ª, nº 98/2006, 30 marzo 2006 (Westlaw JUR\2006\220766). En el mismo se establece que: “La multiculturalidad reclama la identificación de estándares de compatibilidad que permita la coexistencia de modos y concepciones diferentes en una sociedad abierta. Pero de manera alguna el elemento multicultural puede servir para justificar comportamientos que no responden a los valores de una cultura determinada sino, de contrario, a los contravalores. La coexistencia debe entenderse como la búsqueda de espacios de convergencia en los valores cívicos que fundan una sociedad respetuosa con los derechos individuales”.

LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COMO FUNDAMENTO DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL REPUDIO ISLÁMICO*

Claire STAATH

Investigadora de Derecho internacional privado
Instituto Universitario Europeo de Florencia (Italia)

SUMARIO: Introducción. II. El acondicionamiento del orden público internacional. 1. El recurso discutible al orden público atenuado. 2. El recurso equivocado al orden público de proximidad. III. El alcance universal del principio de igualdad frente al relativismo cultural: 1. El origen occidental del derecho de igualdad. 2. El alcance universal del principio de igualdad. 3. La “fuente de resistencia” islámica. IV. Conclusiones.

RESUMEN: Cuando se trata del reconocimiento de decisiones o situaciones jurídicas extranjeras, la excepción de orden público se presenta como el último instrumento legal para proteger los valores fundamentales del foro que incluyen los derechos humanos. La cuestión de la recepción del repudio islámico en las sociedades occidentales ilustra perfectamente este punto. El repudio es un acto unilateral que consiste en una forma de disolución del vínculo matrimonial bajo la iniciativa exclusiva y discrecional del marido. En Europa, diversos tribunales han denegado el reconocimiento del repudio por su incompatibilidad con el principio de igualdad entre los cónyuges previsto en el art. 5 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con fundamento de la excepción de orden público internacional. Aun el repudio no podría normalmente ser obtenido en Europa, algunos tribunales, como los franceses, han aceptado de reconocer el repudio obtenido en el extranjero a depender del grado de conexión presentado entre la situación jurídica y el foro. Sin embargo, tal diferencia de tratamiento basada en la residencia y/o nacionalidad de las partes no parece legitimada cuando se trata de la protección de derechos humanos, especialmente en los de alcance universal, como el del principio de igualdad entre cónyuges.

PALABRAS CLAVE: REPUDIO — RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES EXTRANJEROS — ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL — DERECHOS HUMANOS

SUMMARY: *When it comes to the recognition of foreign judgments or legal situations, the public policy exception constitutes the last legal tool to ensure the protection of the fundamental values of the forum's legal order, which include Human Rights. This has been perfectly illustrated by the case law on*

* Comunicación presentada al V Seminario internacional de Derecho internacional privado: “Tendencias en la evolución del Derecho internacional privado” (Madrid 24 y 25 de marzo de 2011). La autora agradece, por sus comentarios preciosos en previos borradores, a Jon Bright, Edurne Iraizoz, Toni Marzal, Madiane Cernadas y Gonzalo Serey Torres.

recognition of Islamic talaq divorces in occidental countries. The talaq is a unilateral act that consists of the dissolution of the bond of matrimony under the exclusive and discretionary initiative of the husband. In Europe, various courts have denied recognition of the talaq for its incompatibility with the principle of equality between spouses as embodied in article 5 of the 7th additional Protocol to the European Convention on Human Rights, on the grounds of the public policy exception. Although a talaq could not normally be pronounced in Europe, some courts, such as the French ones, have sometimes accepted to recognize a foreign talaq depending on the degree of connection between the legal situation and the forum. However, such a difference of treatment based on the residence and/or nationality of the parties is not legitimate when it comes to the protection of Human Rights, especially when they are of universal reach, as in the case of the principle of equality between spouses.

KEYWORDS: TALAQ — RECOGNITION OF FOREIGN JUDGMENTS — PUBLIC POLICY EXCEPTION — HUMAN RIGHTS”

I. Introducción

Con el fenómeno de la inmigración, los países occidentales se han confrontado con culturas muy diferentes y legislaciones muy distintas. La diversidad es una riqueza, pero pueden plantearse dificultades cuando las particularidades culturales que traen quienes se asientan en un territorio contradicen algunos valores fundamentales de dicho territorio, sobre todo cuando esos valores conlleven planteamientos sobre los derechos humanos¹. El problema que se afronta, entonces, es saber cómo respetar las peculiaridades normativas que representan la específica identidad cultural² sin menospreciar el papel básico de los derechos humanos particularmente los de vigencia universal³.

La cuestión de la recepción del repudio islámico en las sociedades occidentales ilustra perfectamente esta dificultad⁴. El repudio es una institución del Derecho islámico que deriva principalmente del Corán y de la Sunna. Existen varios tipos de repudio⁵ pero se tratará aquí del repudio unilateral, que consiste en una forma

¹ I. Ayala Cadiñanos, “Excepción de orden público internacional y no discriminación por motivo de género”, *Mujeres y Derecho: Pasado y presente* I. Congreso multidisciplinar de la sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho, Octubre de 2008: http://www.zuzenbide.ehu.es/p243-content/es/contenidos/informacion/fderecho_indice_inf_general/es_otr_acti/adjuntos/Irene%20Ayala%0Cadi%C3%B1anos.pdf.

² Sobre el concepto de identidad cultural: E. Jayme, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *R. des C.*, t. 251, 1995, pp. 9–268, esp. p. 167.

³ P.A. de Miguel Asensio, “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho privado*, 1998, julio–agosto, pp. 541–558; A.D. Renteln, *International Human Rights: Universalism versus relativism*, Newbury Park, 1990.

⁴ 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)”, *R. des C.*, t. 211, 1988, pp. 9–372.

⁵ En este artículo, la expresión “repudio” es utilizada para referirse al acto del de voluntad del marido con o sin el consentimiento de la esposa. En realidad, existen otros tipos de repudios como el realizado a petición la esposa pero no menoscaban con la misma intensidad el derecho fundamental a la igualdad entre cónyuges y entonces no estarán estudiados aquí. Cf. sobre las divergencias terminológicas: S. Pérez Álvarez, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, 2008, 13, pp. 183–223.

de disolución del vínculo matrimonial bajo la iniciativa exclusiva y discrecional o “casi-discrecional”⁶ del marido, o de otra persona autorizada por él o por la ley.

Es un acto solemne que tiene que revestir algunas formas, distintas según los países, so pena de nulidad⁷. Esas formas pueden ser palabras sacramentales explícitas o implícitas, gestos rituales o escritos⁸. Aunque el acto jurídico del repudio produce en sí mismo la disolución del vínculo matrimonial, diversas legislaciones exigen como “envoltura procesal”⁹ algunas formalidades de natura probatoria como, por ejemplo, la constatación de *Adules* (notarios), como en el Derecho marroquí¹⁰, o la autenticación del acto ante los servicios del estado civil, como en el Derecho egipcio¹¹ o bien la homologación judicial, como en el derecho argelino¹².

El Derecho inglés hace una diferenciación entre el repudio judicial y el extra-judicial. En efecto, el *Family Law Act* de 1986 prevé el reconocimiento del repudio obtenido en un país fuera de la Unión Europea de manera judicial bajo la condición que el marido o la mujer tengan su residencia habitual o domicilio en el país en el cual el divorcio o la separación fue obtenida, o bien que el marido o la mujer tengan la nacionalidad de ese país. De manera similar en España, sólo pueden adquirir efectos civiles los repudios que han sido legalizados por una autoridad pública extranjera investida por la potestad jurisdiccional. Pero esa condición no es suficiente y para que sea otorgado el execuátur, el repudio tiene que cumplir algunos requisitos. En efecto, en la mayoría de países europeos, como, por ejemplo, en España¹³, aunque también en Francia o en Italia¹⁴, la cuestión del reconocimiento de los repudios realizados en el extranjero se ha enfocado en la compatibilidad (o más bien incompatibilidad) de su carácter discriminatorio con la excepción de orden público internacional. La excepción de

⁶ H. Fulchiron, “‘Ne répudiez point...’: pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004”, *Rev. int. dr. comp.*, 2006, pp. 7–26, esp. p. 8.

⁷ R. El-Husseini, “Le droit international privé français et la répudiation islamique”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 88 (3), 1999, p. 425–468, esp. p. 437.

⁸ *Ibid.*, p. 437.

⁹ *Ibid.*, p. 435.

¹⁰ *Dahir* 10 de septiembre del 1993, art. 48 nuevo.

¹¹ Ley egipcia n° 100 de 1985, art. 5.

¹² Código de la familia argelino del 1984, art. 49.

¹³ *Cf. v.gr.*, ATS (Sala de lo civil) n°807/1996, 23 de julio de 1996; ATS (Sala de lo civil) n°337/1997, 15 de julio de 1997; ATS (Sala de lo civil) n°578/94, 24 de septiembre de 1996, considerando que el repudio, repugna “a la igualdad de derechos y deberes que desde el art. 14 CE, que consagra el principio de igualdad, se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico civil”.

¹⁴ R. Clerici, “La compatibilità del diritto di famiglia islamico con l’ordine pubblico internazionale”, *Famiglia e diritto*, 2009, fasc. 2, pp. 197–211; C. Campiglio, “Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2008, fasc. 1, pp. 43–76.

orden público internacional se presenta como un instrumento de justicia material¹⁵ que permite eludir el reconocimiento de un juicio extranjero cuando el resultado de tal reconocimiento chocaría con los valores esenciales del orden jurídico del foro del reconocimiento¹⁶ o contradirían los valores comunes de toda la humanidad como en el caso de algunos derechos fundamentales y libertades públicas¹⁷.

La discriminación contra la mujer puede ser definida como: “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”¹⁸. De esa definición resulta que el repudio es una institución manifiestamente discriminatoria. Ya, en sí mismo, es una prerrogativa reservada al marido que la puede ejercer de manera ampliamente discrecional. Si la mujer puede a veces pedir el divorcio, es solamente en algunos casos específicos, y bajo el control del juez. Sus efectos son también discriminatorios. Por ejemplo, el marido podrá casarse de nuevo inmediatamente después del repudio mientras que la mujer tendrá que esperar al menos 3 meses. Además, la compensación económica de la mujer repudiada, que depende de varios factores como la consumación del matrimonio o la clase de repudio, es a menudo irrisoria.

Si la excepción de orden público puede desempeñar un papel clave protegiendo el derecho humano a la igualdad entre hombre y mujer y más precisamente entre cónyuges en lo que se refiere al reconocimiento de los repudios islámicos en los países occidentales, es solamente a condición de que su aplicación sea plena y sin acondicionamiento, y eso por la razón del alcance universal del derecho que pretende proteger.

II. El acondicionamiento del orden público internacional

Aunque generalmente, el repudio no puede ser realizado en el territorio de un país occidental, la excepción de orden público puede oponerse a su reconocimiento, la jurisprudencia de tal país acepta a veces reconocer algunos efectos a

¹⁵ P. Mayer, “Le phénomène de coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé”, *R. des C.*, t. 327, 2007, n° 152, pp. 9–378, esp. p. 166; H. Gaudement-Tallon, “Le pluralisme en droit international privé (Le funambule et l’arc en ciel)”, *R. des C.*, t. 312, 2005, n° 281, pp. 9–488, esp. p. 273.

¹⁶ Sobre la noción de orden público: G. Barile, *I principi fondamentali della comunità statale e il coordinamento tra sistemi (L’ordine pubblico internazionale)*, Pádua, Cedam, 1968; A. Bucher, “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *R. des C.*, t. 239, 1993, pp. 9–116; D. Boden, *L’ordre public: limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse, París I, 2002; P. Lagarde, *Recherches sur l’ordre public en droit international privé*, París, LGDJ, 1959.

¹⁷ S. Pérez Álvarez, *loc. cit.*, p. 218.

¹⁸ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de la Discriminación contra la Mujer, art. 1.

los repudios realizados en el extranjero utilizando el método del orden público atenuado o el del orden público de proximidad.

Resulta preciso abordar la cuestión de la conformidad de tales condicionamientos del orden público con un derecho humano de vigencia universal como el del principio de igualdad entre hombre y mujer o más precisamente entre cónyuges.

1. El recurso discutible al orden público atenuado

La teoría del orden público atenuado se refiere a la diversa intensidad con la cual reacciona el orden público frente a situaciones jurídicas que se pretenden crear en el territorio del foro o en situaciones en las cuales se trata de dejar de producir efectos a una situación ya válidamente obtenida en otro orden jurídico y por las cuales sólo se pide el reconocimiento¹⁹. En otras palabras, el efecto del orden público es pleno frente a la creación de derechos en el territorio del foro mientras que es atenuado frente al reconocimiento de derechos ya creados.

Por ejemplo, en lo que se refiere a la poligamia, mientras que los órdenes jurídicos occidentales no suelen aceptar que se formen matrimonios poligámicos en su territorio²⁰, reconocen algunos efectos a los que ya se han formado válidamente en otro orden jurídico, a condición de que esos efectos sean compatibles con las exigencias del orden público²¹. En cuanto al repudio, la aplicación de esa teoría se opone a la obtención de repudios sobre el territorio de países occidentales pero permite contemplar el reconocimiento de algunos efectos de los repudios válidamente obtenidos en otros países.

Por un lado, este mecanismo no aparece conforme al razonamiento del TEDH que condena a los Estados que se hacen cómplices de violaciones de derechos humanos sin participar en ellas directamente²². En efecto, el papel del juez que reconoce las consecuencias de un repudio extranjero no es muy diverso del papel del juez que lo legaliza.²³

Por otro lado, este mecanismo parece introducir la dosis de flexibilidad necesaria para el respeto de la diversidad cultural en la mayoría de los casos, y ofrece también seguridad jurídica por el hecho de que las partes han podido fiarse de la

¹⁹ Cass. civ., 28 de febrero de 1860, *Bulkley*, GA, n°4; Cass. civ., 17 de abril de 1953, *Rivière*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1953, p. 412, nota H. Batiffol; *Journ. dr. int.*, 1953, p. 830, nota M. Plaisant, GA n° 26 : “la réaction à l’encontre d’une disposition contraire à l’ordre public n’est pas la même suivant qu’elle met obstacle à l’acquisition d’un droit en France ou suivant qu’il s’agit de laisser se produire en France les effets d’un droit acquis, sans fraude, à l’étranger, en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français”.

²⁰ *Vid.*, v.gr., Res. DGNR 11 de mayo de 1994.

²¹ Cass. civ., 28 de enero de 1958, *Chemouni*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 110, nota R. Jambu-Merlin; *Journ. dr. int.*, 1958, p. 776, nota A. Ponsard; GA, n° 30-31.

²² L. Gannagé, “L’ordre public international à l’épreuve du relativisme des valeurs”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (2006-2008)*, París, Pedone, 2009, pp. 205-232.

²³ E. Bartin, *Principes de droit international privé*, París, Domat-Montchrestinen, 1930, esp. p. 261.

decisión extranjera y por eso se tienen que respetar los derechos adquiridos en el extranjero.

Un compromiso entre esas posiciones podría ser el de distinguir entre el tipo de derechos que están en juego; cuando se trata de reconocer violaciones de derechos humanos de vigencia universal, esa intervención del juez de reconocimiento puede aparecer como cómplice de tal violación, mientras que cuando se trata de reconocer otros derechos se justifica.

El orden público pretende proteger los valores esenciales del foro y el hecho de que el valor en cuestión sea o no compartido por otros no tiene que ver con su activación²⁴. En realidad, el orden público está profundamente enraizado en el concepto de territorialidad. El hecho de que el valor fundamental, por el orden jurídico del foro, nazca en una universalidad representa, a lo mejor, una confirmación y no una condición de activación de la excepción²⁵. Sin embargo, la jurisprudencia se ha referido a veces a la idea de los principios de justicia universal²⁶, y la jurisprudencia francesa, que habría podido referirse solamente al derecho constitucional francés que ya protege el principio de igualdad, ha preferido buscar el contenido de su orden público en el CEDH que se sitúa todavía más alto en la jerarquía de las normas, superando así el conflicto de normas que resultaba de las firmas, por parte de la Francia, de Convenios previendo el reconocimiento del estatuto personal de personas de algunos países de Derecho islámico²⁷.

En realidad, los derechos humanos de vigencia universal forman parte de un “orden público universal” que no se puede condicionar.

2. *El recurso equivocado al orden público de proximidad*

En Francia, en varias decisiones del 17 de febrero de 2004²⁸, el Tribunal Supremo denegó en abstracto el reconocimiento de los repudios considerándolos contrarios al principio de igualdad entre los cónyuges garantizado en el Protocolo-

²⁴ D. Bureau y H. Muir-Watt, *Droit international privé*, t. 1, París, PUF, Thémis, 2007, esp. p. 463 ;

²⁵ H. Batiffol y P. Lagarde, *Droit international privé*, t. 1, 7^{ème} éd., París, LGDJ, 1981, esp. p. 415.

²⁶ *Cass. civ.*, 25 de mayo de 1948, *Lautour*, que se refiere a los “*principes de justice universelle considérés dans l’opinion française comme doués d’une valeur internationale absolue*”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1949, p. 89, H. Batiffol, *GA*, n° 19; G. Canivet, “La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français et étranger”, *Riv. int. dr. comp.*, 2003, pp. 7–22.

²⁷ L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé: Etude de droit international privé de la famille*, préf. Y. Lequette, París, LGDJ, 2001.

²⁸ *Civ. 1^{ère}*, 17 de febrero de 2004 (cinco decisiones), *D.* 2004, 825, F. Cavarroc ; *JC* 2004, II, 10 128, H. Fulchiron; *Defrénois* 2004, 812, J. Massip; *Gaz. Pal.* 25–26 février 2004, p. 29, M.L. Niboyet; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004, p. 423, P. Hammje, *Journ. dr. int.*, 2004, p. 1200, L. Gannagé.

lo nº 7 del 22 de noviembre de 1984 CEDH que forma parte de la excepción de orden público internacional²⁹.

Esos casos se referían a parejas argelinas que tenían su residencia en Francia. A continuación, la jurisprudencia francesa denegó la recepción de los repudios cada vez que al menos un miembro de la pareja tenía la nacionalidad francesa o la residencia en Francia.

En realidad, la jurisprudencia francesa hizo una aplicación de la teoría del orden público de proximidad (o *Inlandsbeziehung* en alemán). Esa teoría apareció a finales del siglo XIX en la doctrina alemana y trata de la conexión que tiene la situación jurídica con el foro para decidir sobre la intervención del orden público³⁰. Aplicando esa teoría, las jurisdicciones francesas se han opuesto al reconocimiento en Francia de repudios cuando al menos un miembro de la pareja tenía la nacionalidad francesa o la residencia en Francia considerando que en esos casos, la situación jurídica tenía suficiente proximidad con el territorio francés para justificar la intervención del orden público francés. En cambio, cuando ninguno de los dos tenía ni la nacionalidad francesa ni la residencia en Francia, la jurisprudencia aceptaba reconocer los repudios en el territorio francés alegando que la situación jurídica estaba demasiado alejada del territorio francés para activar la excepción del orden público internacional francés.

Esa teoría, sin embargo, tiene varias lagunas. Para empezar, se puede cuestionar el motivo por el que personas de nacionalidad y residencia extranjera piden el reconocimiento del repudio sólo para crear esa conexión con el territorio en el cual se pide ese reconocimiento. En efecto, si la conexión no fue muy intensa en el momento del repudio o del reconocimiento, parece que es la intención de las partes o al menos de una de ellas intensificarla, instalándose en el país, por ejemplo.

Además, quiere decir que la violación del derecho humano de igualdad entre los cónyuges sólo choca cuando hay un vínculo más o menos fuerte con Francia. Sin embargo, la CEDH que se sitúa en la cima de la jerarquía de las normas en los Estados Partes como Francia, prevé que: “las Altas Partes Contratantes reconocen ‘a toda persona dependiente de su jurisdicción’ los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”. Eso significa que los derechos humanos garantizados por la Convención se tienen que aplicar a cualquier persona que ha sometido válidamente un caso a las jurisdicciones de un Estado Parte de la convención independientemente de su nacionalidad o de su residencia. El único criterio es la competencia internacional de las jurisdicciones de un

²⁹ P. Courbe, “Le rejet des répudiations musulmanes”, *D.* 2004, 815; M.L. Niboyet, “L’avenir du nouveau revirement de la cour de cassation sur la reconnaissance des répudiations musulmanes”, *Gaz. Pal.*, 3 y 4 septembre 2004, pp. 27 ss.

³⁰ N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l’ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, thèse, Paris I, 2002.

Estado Parte del Convenio. Entonces, si por ejemplo, las jurisdicciones francesas son competentes para reconocer una acción en reconocimiento de un repudio pronunciado en Argelia entre dos argelinos, tiene que garantizar a esas partes los derechos definidos en el Convenio. Consecuentemente, si considera que el repudio es discriminatorio, aunque haya sido pronunciado en un estado que no es parte del Convenio, tiene que garantizar los derechos garantizados por el Convenio por la vía de la aplicación directa de la convención a la norma extranjera o bien por la vía de la excepción del orden público, y eso independientemente de los vínculos que la situación jurídica mantiene con Francia.

El mismo análisis tiene que aplicarse, con aún más legitimidad, a los derechos humanos de alcance universal como el principio de igualdad entre hombre y mujer y más específicamente entre cónyuges.

III. El alcance universal del principio de igualdad frente al relativismo cultural

Desde un punto de vista filosófico, antropológico o etnológico, se ha subrayado el hecho de que la sociedad occidental ha siempre medido los valores distintos de otras culturas con el mismo rasero³¹. En cierto modo, significa que ha establecido una jerarquía de valores y se ha colocado por encima de ella. En el plano jurídico, esa actitud se ha manifestado en el tentativo de aplicación universal de los valores occidentales y el juicio de las especificidades culturales frente a los criterios occidentales. Las teorías sobre el relativismo sostienen que hay que aceptar todas las particularidades culturales para que no haya ninguna jerarquía entre las culturas. Algunos rechazan la existencia misma de los derechos universales frente a los cuales se pueden juzgar otros valores, y subrayan el carácter occidental de los derechos humanos³².

El respeto de la diversidad cultural es algo muy importante, pero la debilidad de estas teorías reside en el hecho de que no hacen ninguna diferencia a los valores puramente internos de las sociedades occidentales y a los que tienen una vigencia universal como el derecho humano de igualdad y no discriminación por motivo de género. En efecto, aunque esos derechos tienen un origen claramente occidental, han desarrollado, con el tiempo, un alcance universal y la existencia de “fuentes de resistencia” no es suficiente para no considerar su importancia.

1. El origen occidental del derecho de igualdad

El principio general de igualdad es, como la mayor parte de los derechos humanos, de base evidentemente occidental³³.

³¹ C. Lévi-Strauss, *Race et Histoire*, Gallimard, 1987.

³² L. Gannagé, *op. cit.*, p. 205.

³³ I. Ayala Cadiñanos, *loc. cit.*, p. 14.

En efecto, fue consagrado en primer lugar en declaraciones regionales, como el *Bill of Rights* del Estado de Virginia de 12 de junio de 1776³⁴, o nacionales, como la *Declaration of Independence* de los EE UU del 4 de julio de 1776³⁵ o bien la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789³⁶, inspiradas por los escritos de los filósofos europeos del Siglo de las Luces.

Esas declaraciones fueron el fruto de las Revoluciones Norteamericana y Francesa en las cuales la búsqueda de igualdad fue un elemento faro. La primera estaba destinada a acabar con la supremacía y la colonización inglesa y por eso el principio de igualdad se dirigía a los ciudadanos de los EE UU mientras que la segunda quería acabar con la sociedad de clases y abolir los privilegios que caracterizaban al Antiguo Régimen y se dirigía, de manera un poco más universal, a los Hombres³⁷.

La *Déclaration of Independence*, como la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* tienen valor constitucional. En Francia, no forma parte de la Constitución pero tiene igual valor supra-legal en la jerarquía de las normas ya que forma parte del “bloque constitucional”, igual que el preámbulo de la Constitución de 1958 y el preámbulo de la Constitución de 1946 que se refiere a los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”³⁸. Claramente, ninguna de esas declaraciones era realmente universal ya que excluía a categorías de seres humanos del goce de los derechos humanos. Por ejemplo, en 1791, la iniciativa de la escritora Olympe de Gouges, considerada como una de las primeras feministas francesas, que intentó extender el principio de igualdad a las mujeres, escribiendo la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* sobre el mismo modelo, fue rechazada.

En los países occidentales, únicamente después de las guerras mundiales se ha visto reconocida la igualdad de la mujer respecto al hombre. De este principio de igualdad entre hombre y mujer, deriva el principio de igualdad entre los conyu-

³⁴ “...all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety”.

³⁵ “We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights; that among these are Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just Powers from the Consent of the Governed...”.

³⁶ “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune”.

³⁷ E. Boutmy, “La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek” *Annales de l'Ecole libre des Sciences politiques*, 1902, t. XVII, pp. 415-443; pero cf. en contra: G. Jellinek, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen: contribution à l'étude du droit constitutionnel moderne*, traducido del alemán por Georges Fardis, con una prefacio de F. Larnaude, París, A. Fontemoing, 1902.

³⁸ C.C., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971.

ges, pero el paso no fue nada fácil. En efecto, históricamente, el vínculo matrimonial ha constituido durante siglos un impedimento a la recepción del principio de igualdad. El matrimonio, fundamento de la familia, desde siempre, ubicaba al hombre y a la mujer en papeles y funciones socialmente y jurídicamente definidos. Es solamente recientemente cuando el concepto de “vínculo de pareja” ha superado el de vínculo matrimonial, llevando en su seno el principio de libertad individual que ha permitido la plenitud de la autonomía personal y patrimonial de los cónyuges³⁹.

2. El alcance universal del principio de igualdad

Con la aparición de instrumentos inter-regionales y sobretudo internacionales, se ha revelado el alcance universal o casi-universal del principio de igualdad en general, y entre hombre y mujer o cónyuges más precisamente, que se presentan como valores jurídicos esenciales comunes sobre los que existe una aceptación casi-general⁴⁰. Por ejemplo, aunque la CEDH no contiene en su cuerpo un principio general de igualdad y se limita a enunciar un principio de prohibición de discriminación refiriéndose a los derechos garantizados en la Convención, el Protocolo n° 7 del 22 de noviembre de 1984 ha sido añadido y establece, en su art. 5, que:

“Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de responsabilidades civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de su disolución. Este artículo no impedirá a los Estados tomar las medidas necesarias en beneficio de los hijos”.

También en el ámbito del Derecho europeo, el Tratado de Ámsterdam del 2 de octubre de 1997 plantea como uno de los objetivos esenciales de la comunidad promover la igualdad entre hombre y mujer.

En el plano internacional, este principio aparece, entre otros, en el art. 2 DUDH⁴¹ en la Declaración de Viena del 25 de junio de 1993⁴² y en la Conven-

³⁹ F. Le Doujet-Thomas, *Le couple et les principes juridiques d'égalité et de non discrimination*, thèse, Lille II, 2001, esp. p. 97.

⁴⁰ I. Ayala Cadiñanos, *loc. cit.*, p. 11; J.-A. Carrillo Salcedo, “Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 167-178.

⁴¹ “Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty”.

⁴² “The human rights of women and of the girl-child are an inalienable, integral and indivisible part of universal human rights. The full and equal participation of women in political, civil, economic, social and cultural life, at the national, regional and international levels, and the eradication of all forms of discrimination on grounds of sex are priority objectives of the international community”.

ción sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer del 7 de noviembre de 1967⁴³.

Esos instrumentos subrayan la importancia de esos derechos en la escena internacional y su alcance universal⁴⁴, es decir su aplicabilidad general y abstracta a toda persona⁴⁵. Pero no se trata de una unificación del Derecho, sino del establecimiento de estándares internacionalmente aceptados⁴⁶. Pero eso no significa que son aceptados de igual manera en todos los países.

3. La “fuente de resistencia” islámica

Los países de tradición islámica han afirmado siempre su visión particular del concepto de igualdad entre hombre y mujer, que no se manifiesta en una igualdad de derechos sino en una correspondencia compensatoria de los derechos de hombres y mujeres⁴⁷. Cuando han participado en instrumentos internacionales de derechos humanos, ha sido con reservas en lo que se refiere al estatuto personal.

En su lugar, se hicieron textos regionales como la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos adoptada en 1981, la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam del Cairo de 1990, o la Carta Árabe de los Derechos del Hombre adoptada por la Liga Árabe en 2004 y entrada en vigor en 2008, que, aunque intentan (sobre todo los dos últimos) mejorar la igualdad de las mujeres, todavía parecen permitir tratos desiguales.

Pero ese trato desigual no es aceptado en todos esos países y existen movimientos de intelectuales y de feministas islámicos que cuestionan la interpretación del Corán que permite esa desigualdad⁴⁸.

Además, se pueden observar evoluciones significativas en diversas legislaciones islámicas. Por ejemplo, Túnez ha establecido un código del estatuto personal moderno en su visión de la igualdad entre hombre y mujer. Marruecos y Argelia han comenzado, en 2004 y 2005 respectivamente, reformas de sus códigos de familia con una perspectiva de modernización de la institución familiar que se vuelve más igualitaria para la mujer. A pesar de esos esfuerzos, muchas desigualdades permanecen, y la institución del repudio es todavía muy utilizada

⁴³ “By accepting the Convention, States commit themselves to undertake a series of measures to end discrimination against women in all forms, including: to incorporate the principle of equality of men and women in their legal system, abolish all discriminatory laws and adopt appropriate ones prohibiting discrimination against women; to establish tribunals and other public institutions to ensure the effective protection of women against discrimination; and to ensure elimination of all acts of discrimination against women by persons, organizations or enterprises”.

⁴⁴ J.A. Carrillo Salcedo, *loc. cit.*, p. 167.

⁴⁵ P.A. de Miguel Asensio, *loc. cit.*, p. 4.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 7.

⁴⁷ I. Ayala Cadiñanos, *loc. cit.*, p. 12.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 15; S.S. Ali, *Gender and Human Rights in Islam and International Law: Equal Before Allah, Unequal Before Man?*, La Haya, Kluwer Law International, 2000.

como modo de disolución del vínculo matrimonial en la mayor parte de los países de Derecho islámico.

IV. Conclusiones

En conclusión, se podría decir que el principio de igualdad entre hombre y mujer, y entre cónyuges, que deriva del principio genérico de igualdad y no discriminación tiene, al menos una vigencia perfectamente universal, por lo menos un alcance casi-universal en el sentido que es reconocido como tal por casi todos, y tendría que serlo por todos.

El respeto a la identidad cultural y a la gestión de la diversidad a través de la coordinación de los órdenes jurídicos que supone los mecanismos de Derecho internacional privado se enfrenta a un límite cuando se confrontan a los derechos humanos particularmente importantes y universales. Debido a su importancia especial, y casi-universalmente aceptada, no puede ser tratado como cualquier otro derecho.

La excepción de orden público, siempre que sea ligeramente adaptada para tener esos caracteres, puede realizar su protección en el ámbito del derecho internacional privado. Eso, sin embargo, requiere que el mecanismo del orden público se active automáticamente con la violación de un derecho humano de ese tipo y que no sufra condicionamientos basados, por ejemplo, en la proximidad entre la violación del derecho y el foro del reconocimiento. En cambio, con los derechos humanos que no tienen vigencia universal, se tendría que tener más en cuenta las particularidades culturales, y todavía más con los derechos que no son derechos humanos. En efecto, tendría que ser una correlación entre la importancia del derecho en cuestión y su alcance universal (considerando que no todos los derechos humanos tienen vigencia universal) y el respeto del relativismo cultural. De esa manera, se puede llegar a un compromiso que respeta las particularidades culturales sin menoscabar los derechos humanos más esenciales.

No obstante, el recurso a la excepción de orden público puede llevar a efectos perversos y por eso, tiene que ser aplicada en concreto, buscando el carácter discriminatorio a la luz de las circunstancias de cada repudio concreto y considerando las evoluciones legislativas o el eventual consentimiento de la mujer. Tal consentimiento puede ser considerado, entre otros, en el marco del principio de equivalencia que permite reconocer el repudio *Khul* en el cual la mujer pide a su marido que la repudie, lo que puede ser asimilado al divorcio de mutuo acuerdo⁴⁹. De manera similar, la solicitud del exequátur de un repudio unilateral por parte de la mujer repudiada sugiere su consentimiento a la disolución del vínculo matrimonial que produce el repudio.

⁴⁹ STS 27 de enero de 2000, AC 1998/2924; STS 25 de enero de 1006, Rec. 8062/2002.

En efecto, todo esto conduce a decisiones claudicantes⁵⁰ por las cuales los cónyuges son considerados separados en un orden jurídico y todavía casados en otro. Eso significa que no van a poder casarse de nuevo en el territorio del país que les considera todavía casados, a menos que acepten los matrimonios polígámicos, pero ese no es el caso de los órdenes jurídicos occidentales. Esa situación no favorece tampoco a la mujer que ya está en una situación discriminatoria y la condena “a una especie de ‘doble vida jurídica’: casada en un Estado y divorciada en otro, esposa polígama o concubina...”⁵¹

⁵⁰ Cf. Sobre el tema de las relaciones jurídicas claudicantes: A. Miaja de la Muela, “Un aspecto de la protección internacional de los derechos humanos: la lucha contra las relaciones jurídicas claudicantes”, *Homenaje a N. Pérez Serrano*, Madrid, 1959, pp. 521–556.

⁵¹ I. Ayala Cadiñanos, *loc. cit.*, p. 17.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y NACIMIENTO EN EL EXTRANJERO: HACIA UN MODELO DE REGULACIÓN (SOBRE LA INSTRUCCIÓN DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010)

Mónica GUZMÁN ZAPATER

Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: I. La Instrucción de 5 de octubre de 2010 y sus antecedentes. II. Alcance de la prohibición del contrato de gestación por sustitución. III. El “sistema” de reconocimiento. IV. Aspectos controvertidos. V. Vías alternativas. VI. Conclusiones.

RESUMEN: La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010, tiene por objeto allanar las dificultades de acceso a los registros (consulares) españoles de los nacidos en el extranjero por gestación por sustitución. La DGRN modifica y supera su doctrina anterior con la finalidad de dotar a estos supuestos de mayores garantías fundamentalmente en interés del niño y de la madre. Es por ello que viene a exigir la intervención judicial del contrato de gestación por autoridad extranjera. Solo si media decisión judicial cabe el acceso a Registro español. Por otra parte, la Instrucción establece el régimen jurídico de reconocimiento de la decisión extranjera. No obstante subsisten dificultades que harían aconsejable una revisión del sistema si llegaran a multiplicarse los casos.

PALABRAS CLAVE: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN – EXIGENCIA DE INTERVENCIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO – ORDEN PÚBLICO Y OTROS REQUISITOS PARA LA EFICACIA DE LA DECISIÓN JUDICIAL EXTRANJERA – VÍAS ALTERNATIVAS EN EL ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN.

ABSTRACT: *The Instrucción (resolution) of the Dirección General de los Registros y del Notariado of October 5th 2010 is meant to reduce the difficulty to access to Spanish (consular) registries to those born from surrogate mothers in a foreign country. Said Instrucción introduces changes from the previous case law in order to provide a greater protection in these cases in the interest of the child and of the mother through the judicial control of the surrogation contract. Access to the Spanish registry is hereinafter possible only when judicial control has taken place. The Instrucción also creates the legal regime for recognition of the foreign judicial decision. Yet several difficulties remain in place which would make a review of the system advisable.*

KEY WORDS: SURROGATE MOTHER – BIRTHCHILD ABROAD – CONTRACT AND JUDICIAL CONTROL – RECOGNITION OF THE FOREIGN DECISION AND IT'S CONDITIONS.

I. La Instrucción de 5 de octubre de 2010 y sus antecedentes

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 se enfrenta por vez primera a supuestos como los que dieron lugar a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 18 de febrero de 2009. En aquel caso dos ciudadanos españoles, varones ambos, casados en España en el año 2005, solicitaban la inscripción del nacimiento de sus hijos, nacidos en San Diego (California), en octubre de 2008, mediante gestación por sustitución. El Encargado del Registro Consular de Los Ángeles deniega la solicitud con fundamento en la prohibición contemplada en el art. 10 Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). Interpuesto recurso por los interesados ante el Organismo Directivo, y no presentando alegación alguna al respecto el Ministerio Fiscal, se estima el recurso y se ordena proceder a la inscripción de nacimiento de los niños que consta en la certificación registral extranjera aportada por los interesados.

La Instrucción de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, de 5 de octubre de 2010¹ implica un giro en cuanto al método y resultado final con respecto a la doctrina anterior sobre este asunto, al exigir una “resolución judicial” como elemento necesario para el acceso al registro de la inscripción registral extranjera, no bastando la certificación (de nacimiento) registral extranjera. Introduce además mejoras técnicas: establece como objetivo prioritario la protección jurídica del interés superior del menor sin obviar otros intereses presentes como la protección de las mujeres; por el ámbito material resulta de aplicación en todos los supuestos (tanto si los comitentes son heterosexuales como parejas del mismo sexo); y delimita con precisión los supuestos y condiciones de acceso al registro, asegurando por distintos procedimientos la continuidad de las relaciones jurídicas establecidas en el extranjero².

Conviene recordar que en los supuestos de tráfico externo la gestación por sustitución tiene por finalidad la creación de un vínculo de filiación conforme al derecho del país al que el/los interesados se desplazan que no se establecería conforme a la del país de origen de los interesados. El instrumento utilizado es el contrato de maternidad subrogada, por el cual, a cambio de un precio que perciben el intermediario y la mujer gestante, la madre renuncia *ex ante* a su derecho a ser reconocida como madre (pudiendo sólo ser gestante o también madre bio-

¹ BOE, 7-X-2010.

² Sumamente críticos, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Notas críticas a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol 3, nº1, 2011, pp. 247-262.

lógica) y se atribuye la filiación al padre o padres comitentes³. Determinada la filiación por sustitución a favor del o de los padres, conforme a la legislación de algunos países (*v.gr.*, California–EEUU) el contrato debe ser intervenido judicialmente. Tal decisión tiene por finalidad la homologación del contrato de maternidad subrogada así como la obtención de una decisión por la que se declaran extintos los derechos de la madre gestante y se atribuye la paternidad al padre o padres. En esa misma resolución judicial se ordena la expedición de un certificado de nacimiento en el que se declara la filiación del menor respecto al/los comitentes sin que conste referencia alguna a la madre gestante. Cuando el nacimiento tiene lugar el hospital expide un certificado que, junto a la sentencia, se inscribe en el registro.

No siendo una práctica muy extendida en el Derecho extranjero (algunos estados de EEUU, India, Ucrania, Bélgica, Grecia), prohibida por algunos como España (art. 10 LRHA, como también Francia, Italia) e incluso constitutiva de delito (*v.gr.*, Alemania), de entre los que la admiten, los ordenamientos jurídicos se bifurcan precisamente entre aquellos que requieren que el contrato sea posteriormente intervenido por una autoridad judicial (*v.gr.*, California–EEUU) y aquellos en que tal intervención no es preceptiva (*v.gr.*, India).

En el caso que dio lugar a la Resolución de 18 de febrero de 2009⁴ estacaban los siguientes datos: 1º) se presentaba ante el Cónsul de España en Los Ángeles únicamente la certificación registral de California. Con la particularidad de que en el caso los padres resultaban ser una pareja de homosexuales. 2º) En la citada Resolución, el Organismo Directivo resuelve admitiendo que los contratos de gestación están expresamente prohibidos por la legislación española, ésta no sería aplicable al caso “ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California... sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder a Registro civil español”. 3º) Finalmente, en el entendimiento de que el interés superior del menor reside en evitar situaciones jurídicas claudicantes como también en favorecer una “identidad única” reconoce efectos a la certificación registral extranjera relativa a la filiación ya establecida. Esta es la principal habilidad argumental de la Resolución de 18 de febrero de 2009: detraer del ámbito del conflicto de leyes (que podría haber conducido a la aplicación de la ley española coincidente con la ley

³ Vid. sobre el tema, P. Blanco Morales, “Y tu de quien eres”, *Problemas actuales del derecho de familia*. Lección inaugural Curso Académico 2010/2011, Universidad de Extremadura (septiembre 2010); P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, en prensa.

⁴ Comentada entre otros, por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 1, nº 2, 2009, pp. 294–319)

personal del hijo ya nacido; en cambio, favorable a este planteamiento⁵, para situar la cuestión del acceso al registro de la certificación registral extranjera en el ámbito de la eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras (arts. 81 y 85 RRC).

II. Alcance de la prohibición del contrato de gestación por sustitución

Con todo lo que esta Instrucción de 5 de octubre 2010 tiene de avance y depuración respecto de la doctrina anterior, llama la atención la falta de una referencia al orden público español, cuando la cuestión nuclear que suscita la decisión extranjera cuya eficacia extraterritorial se pretende en España es el establecimiento de la filiación vulnerando una prohibición de nuestro ordenamiento. Más aún, un modo de establecimiento de la filiación que rompe con la identidad parental vinculada al origen biológico.

La omisión no es relevante en la medida en que sí hay una referencia a los elementos más relevantes del orden público que gravitan en este ámbito. Se atiende de modo prioritario a asegurar los derechos fundamentales de las personas involucradas en el proceso de constitución de este tipo de filiación (dimensión procesal de la cláusula de orden público). La cuestión central consistiría en decidir si el contrato de gestación por sustitución en los términos previstos por el art. 10.1º LTRHA origen de la filiación constituida en el extranjero vulnera el orden público español en su vertiente sustantiva y en este punto, sin una referencia explícita, si bien la DGRN depura la doctrina anterior dejando a un lado consideraciones de orden político que están fuera de lugar en la argumentación jurídica. El fundamento para oponer dicha excepción puede anclarse en el alcance internacional de la prohibición del contrato de gestación por sustitución contenida en el art. 10.1º LTRHE. La prohibición no se ceñiría al ámbito interno del ordenamiento español (orden público interno) sino que por las razones tan poderosas sobre las que reposa se extendería a las situaciones privadas internacionales (orden público internacional). La infracción de la prohibición tendría lugar tanto si se permite desarrollar estos contratos y prácticas en España, como si ante la prohibición los interesados se desplazan a países extranjeros en la búsqueda de la satisfacción de su objetivo y finalmente la filiación accede al Registro ya establecida conculcando la prohibición.

Cualquier análisis debe partir de la especificidad de las relaciones privadas internacionales. Así, en primer lugar, convendremos en que habrá que diferenciar entre situaciones que se crean en España y situaciones creadas en el extranjero respecto de las que se solicita su reconocimiento. El impacto de los principios y

⁵ Vid. J.M. Espinar Vicente, "Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación de sustitución y el amparo a los actos en fraude de ley", *Libro Homenaje al profesor Iglesias Buhigues*, en preparación; lo utilizo por cortesía del autor.

valores y, en suma, sobre la coherencia interna de un ordenamiento no es el mismo en “constitución” que en “reconocimiento”. En segundo lugar, la cláusula de orden público no sólo sirve para preservar la coherencia interna de un ordenamiento. Si en las relaciones privadas internacionales lo que está en juego es el interés de los particulares y son éstos intereses privados (no del Estado), sin perder de vista los valores jurídicos tutelados, sería conveniente contrastar qué valores vulnera la institución extranjera en el caso concreto. Finalmente, en relación con las prohibiciones en un ámbito tan próximo como es el de la adopción internacional (e incluso análogo en lo que se refiere a las prohibiciones imperantes en un Estado susceptibles de ser sorteadas acudiendo a otro Estado con una legislación permisiva), en adelante habrá que tener presente la jurisprudencia del TEDH en su Sentencia de 28 de junio de 2007 en el *asunto Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, por la que se condena a Luxemburgo por el no reconocimiento de una sentencia de adopción constituida en Perú vulnerando la prohibición luxemburguesa de adoptar a personas solteras. Y el fundamento no era otro que asegurar ciertos derechos fundamentales evitando al tiempo situaciones claudicantes.

Así las cosas, la cuestión más controvertida es la de decidir qué derechos fundamentales estarían afectados en la filiación establecida por contrato de gestación por sustitución. En general sobre esta cuestión se abre paso la idea de la nulidad de pleno derecho que afecta a estos contratos conforme al art. 10.1º LRHA, bien que de la nulidad del contrato no pueda seguirse que el comportamiento sea un acto jurídicamente ilícito⁶. Los trabajos parlamentarios sobre la disposición en análisis arrojan poca luz al respecto. Se suelen citar las conclusiones de la *Comisión especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas*, asumidas por la anterior Ley 35/1988 de 22 de noviembre, *sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, antecedente del actual art. 10 LTRHA en términos prácticamente idénticos. Sí parece razonable pensar que el mantenimiento de la prohibición obedece a razones de índole “práctica”⁷ como evitar entrar en la regulación de los eventuales conflictos entre madre subrogada y comitente. También, que descansa en el rechazo de la instrumentalización del cuerpo de las mujeres (generalmente desfavorecidas) y, de paso, se trata de evitar el comercio con menores (como se derivaría de la obligación asumida por España al ratificar el Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina de 1997⁸, al establecer una prohibición general de lucro en la utilización del cuerpo humano). La gestación por sustitución podría considerarse contraria al *interés superior del menor* dado que la intervención de una contrapres-

⁶ Cf. M. Atienza, “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 33, septiembre-octubre, 2010.

⁷ Muy estudiado por P. Orejudo Prieto de los Mozos, *loc. cit.*

⁸ BOE, 6-XI-99.

tación económica coloca a los menores (más exactamente, al concebido y no nacido) como objeto de comercio, como también a la madre gestante, facilitando el tráfico ilícito. Pero el argumento tal vez más extendido para oponer la excepción de orden público se sustenta en la idea de que la gestación de sustitución es manifiestamente contraria a la “dignidad” que nuestra Constitución y nuestra sociedad reconoce a la mujer.

Pues bien, asumiendo el argumento, por una identidad de razón al problema que nos ocupa –evitar las situaciones jurídicas claudicantes y evitar al interesado la apertura de un nuevo proceso en España– en más de una ocasión el Tribunal Supremo ha reconocido la eficacia extraterritorial de decisiones judiciales sobre “repudio”, institución que en sus gruesos trazos comporta un derecho exclusivo del marido a la ruptura del vínculo matrimonial (paradigmática, STS de 21 abril 1998) e incluso ha tolerado formas de disolución del vínculo matrimonial sin mediar intervención judicial en el país de origen de la decisión. Es cierto que tratándose de una institución legal en muchos países no sería inscribible en un Registro español⁹.

En la misma orientación se sitúa la admisión “implícita” de efectos derivados de otra institución contraria a nuestros valores como es la poligamia. Pese a su carácter radicalmente contrario a la dignidad de la mujer casada y al principio de igualdad, son reiteradas las ocasiones en las que se ha admitido el derecho a pensión de viudedad a distintas cónyuges. Así se ha afirmado desde el ámbito de la gestión de la Seguridad social en decisiones que por precipitadas que pudieran parecer, han sido ratificadas en distintos casos por nuestros Tribunales (entre otras, STSJ Galicia de 2 de abril de 2002; en términos similares y con fundamento en el Convenio hispano-marroquí de seguridad social de 1979, STSJ Madrid de 29 de julio 2002). Siendo ambas instituciones típicas en muchos ordenamientos, en su caracterización cuesta encontrar instituciones más atentatorias de la dignidad de la mujer y del principio de igualdad de la mujer casada frente al marido.

Pues bien, activar la excepción de orden público internacional tendría como resultado la radical exclusión de este tipo de decisiones. Por vía de consecuencia la cristalización de una situación jurídica claudicante (o sin efectos más allá del Estado que afirma la filiación). Un “limbo jurídico” para el menor que tal vez podría ser superado por otras vías.

III. El “sistema” de reconocimiento

En la Instrucción en análisis, manteniendo la cuestión suscitada dentro del marco de la eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras, se introduce un

⁹ Vid. M. Guzmán Zapater, “Divorcio sin intervención judicial y repudio. Execuátur: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos, y México”, *Aranzadi Civil*, n° 11, octubre 1999, pp. 15–32

cambio metodológico radical al exigir, 1º) junto a la presentación de la “solicitud”, 2º) la “resolución judicial extranjera” determinante de la filiación (establecida por el contrato de gestación por sustitución). La concurrencia de estos dos elementos y la naturaleza –jurisdiccional o voluntaria– de la jurisdicción extranjera que haya intervenido condiciona, bien la activación del régimen de *execuátur* previsto por la LEC/1881 salvo que exista convenio internacional, bien de un régimen “especial” de reconocimiento cuyas “directrices” establece la propia Instrucción; y 3º) finalmente, en caso de no aportación de la decisión judicial se impide el acceso de la filiación al Registro español.

El avance respecto a su doctrina anterior se identifica, en primer término, en la exigencia de una resolución judicial. Un elemento de seguridad con fundamento en el art. 10.3º LRHA, disposición ésta que impone, como afirma la DGRN “el ejercicio de las acciones procesales y la “consecuente resolución judicial” para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución”. Encaja, en segundo lugar, como es preceptivo, con la necesidad de que la filiación constituida por resolución judicial tenga “fuerza” en España para acceder al Registro civil (art. 83 RRC). Lo cual explica, en tercer lugar, el establecimiento de unas “directrices” o “sistema” que permitirá despejar algunas de las cuestiones suscitadas en el acceso al registro de estas resoluciones.

En función de la concurrencia de los requisitos se identifican tres tipos de supuestos y sus correspondientes “regímenes”. 1º Faltando la resolución judicial dictada por autoridad extranjera se impide el acceso al Registro (“el encargado del Registro civil *denegará la inscripción*”). 2º Aportando la resolución judicial extranjera la eficacia extraterritorial de la resolución judicial deberá adecuarse a la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, conforme a la cual : a) “será necesario *execuátur* de la decisión ante los Juzgados de Primera instancia”, resultando de aplicación los arts. 954 ss LEC/1881, vigentes tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000; 3º b) no obstante “en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del *execuátur*, bastando a tales efectos con el *reconocimiento incidental* de la resolución como requisito previo a su inscripción”. Corresponderá en tal caso a la autoridad Encargada del Registro civil la comprobación de las condiciones formales y sustantivas establecidas por la propia Instrucción.

A) *Control por execuátur*. A falta de lo que eventualmente disponga un Tratado internacional, la proyección de los requisitos para el control por *execuátur* de la decisión extranjera previstos por la vieja LEC/1881 (arts. 952 ss) no suscitará mayores tensiones dada la sólida práctica judicial afianzada. Sí, excepcio-

nalmente, la necesaria adecuación de la decisión judicial extranjera al orden público español (conforme al art. 954.3º) cuestión ésta a la que ya me he referido.

B) *Control incidental previo*. Tampoco deben surgir mayores dificultades para el régimen de *control incidental previo* a la inscripción. En primer lugar, la regularidad y autenticidad *formal* de la resolución extranjera y demás documentos presentados (Directriz Primera 3. letra a) exige del Cónsul un control formal al que están habituados por su actividad. En segundo término, las *condiciones procesales* para el reconocimiento designan, por una parte, el control relativo a la competencia judicial internacional del tribunal extranjero que dictó la resolución; requisito no contemplado por nuestro régimen general de ejecutur (LEC/1881 y Reglamento (CE) nº 44/2001) y si en cambio, es condición para el reconocimiento de las adopciones internacionales por Ley 54/2997, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (art. 26.1º.1.). Con la finalidad de asegurar que la decisión fue dictada por un tribunal extranjero que no ha basado su competencia en razones excesivas o exorbitantes, en su concreción el método seguido es la “bilateralización” de nuestros propios criterios de competencia judicial internacional en la materia. Condición procesal adicional es la verificación de la garantía de los derechos procesales de las partes (Directriz Primera, 3, letra c) y, en particular, los de la madre gestante; la resolución tendrá que acreditar que hubo una notificación regular y tiempo para comparecer en el proceso principal a todos los interesados (madre gestante y comitente-s). Finalmente la resolución judicial objeto de reconocimiento ha de ser *firme* (Directriz Primera, 3, letra e, inciso primero) o cerrar toda vía de ulterior recurso en el país de origen. Se introducen además otros *requisitos de orden sustantivo* y específicos para las resoluciones contempladas. La resolución extranjera tendrá que haber sido respetuosa con el “interés superior del menor” (Directriz Primera, 3, letra d) interés que en principio se sitúa en el establecimiento de una filiación. La exigencia de la resolución judicial por la que se establece la filiación por sustitución permite afianzar el carácter *incontrovertido* de la misma. La referencia al carácter “superior” de ese interés no es retórica; en materia de filiación presupone que, en caso de conflicto de intereses (respecto a los de la madre gestante, del/los comitentes y de terceros interesados) debe prevalecer el interés del niño.

La Instrucción hace especial hincapié en los derechos de la madre gestante (Directriz Primera, 3, letra d). Así, el Encargado del Registro deberá comprobar, por una parte, su capacidad jurídica para prestar el consentimiento en el contrato de gestación; también asegurar que el consentimiento otorgado fue veraz (“sin incurrir en error, dolo”) y que no medió una presión externa, por ejemplo, de tipo económico (“sin...violencia” y “de forma libre y voluntaria”). Una zona ésta que puede dar lugar a dificultades de calificación. Es sabido que en la práctica, la madre gestante percibe una cantidad a cambio de su propia prestación

como portadora (además de los gastos de hospital). Pero la zona de penumbra es enorme. Mas parece que este requisito tenga por finalidad asegurar que la madre no sea víctima de una red de tráfico y, en este sentido tendría por finalidad la prevención del tráfico de mujeres. Visto así, esta exigencia asegura también el interés del menor.

C) Finalmente, la resolución judicial extranjera deberá quedar acreditado el *carácter irrevocable* de los consentimientos prestados, o que siendo irrevocables en el país de constitución de la filiación, el plazo hubiera transcurrido y el derecho a la revocación no se hubiera ejercitado (Directriz Primera, 3, letra e, inciso segundo). Se trata de una condición central en esta materia, por cuanto que admitir el carácter revocable de los consentimientos y, en particular, del otorgado por la madre gestante, deja abierta la vía a una ulterior acción de reclamación y no sólo en el país de constitución de la filiación sino también en el extranjero (¿en España?).

Examinados los tres supuestos y sus correspondientes “régimenes” volvamos sobre el tercero. No deja de resultar sorprendente la emergencia de este *régimen de reconocimiento incidental* forjado por la DGRN para los supuestos en los que la decisión extranjera tenga su origen “en un procedimiento *análogo* a uno español de jurisdicción voluntaria”. Un *régimen particular*, sin duda, distinto de los “tradicionales” por *execuátur* y por reconocimiento conflictual (sin base legal pero presente en ciertas decisiones judiciales como también en la jurisprudencia del organismo Directivo). Da respuesta a la necesidad de facilitar el acceso a un Registro español pero en el extranjero (Registro consular) de las decisiones judiciales relativas a tipos de establecimiento de filiación prácticamente desconocidos por nuestro ordenamiento, (dado que rompe con el principio de la vinculación biológica de la filiación a dos progenitores). En la medida en que la inscripción registral extranjera base su existencia en una resolución judicial, el reconocimiento es un trámite previo, anterior al acceso al Registro civil de la filiación constituida (como dispone el art. 83 RRC).

La activación de este régimen particular depende de la calificación de la resolución judicial como perteneciente (o no) al ámbito de la jurisdicción voluntaria del país de origen de la resolución y siempre que dicho procedimiento sea *análogo* al español¹⁰. Desde esta perspectiva la Instrucción 5 de octubre de 2010 establece unas condiciones adecuadas a las resoluciones judiciales extranjeras que resuelven este tipo de procesos. Característica de las decisiones pertenecientes a la jurisdicción voluntaria es su eficacia constitutiva. Por el grado de control judicial este rasgo se traduce en el ejercicio de una función propiamente jurisdiccional en su establecimiento y no meramente homologadora del contrato de filia-

¹⁰ Sobre la heterogeneidad de los actos de jurisdicción voluntaria, P. de Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997, n^{os} 36 ss.

ción. De donde se sigue que es probable que la mayoría de las veces, aunque en la Instrucción no se haga constancia expresa, se aplicará como régimen el executur de la LEC/1881. De hecho, el executur es el procedimiento judicial contra la denegación de inscripción de sentencias y resoluciones judiciales extranjeras conforme al art. 85.2º del nuevo Proyecto de LRC, presentado el 8 de septiembre de 2010.

El método propugnado por la Instrucción en este régimen particular podría asemejarse a un “patrón” en expansión en el ámbito europeo: el derivado del reconocimiento mutuo de actos y decisiones extranjeras en el marco de la Unión Europea. Dicho método, impone que las situaciones jurídicas válidamente constituidas en un Estado miembro sean reconocidas en los demás Estados de la Unión. Con fundamento en el principio de la confianza mutua, recibe un colosal impulso en los arts. 67.4º y 81 TFUE. Se vincula como elemento agilizador del derecho a la libre circulación de las personas y se ha afirmado en distintas decisiones del Tribunal de Justicia en un ámbito próximo a éste como es el derecho al nombre. Destaca la sentencia en el caso *Grunkin– Paul* (as. C 353/05, de 14 de octubre de 2008)¹¹, relativa a la negativa de las autoridades alemanas a inscribir los apellidos “Grunkin– Paul” tal y como constan en el acta de nacimiento danesa debido a que el derecho alemán aplicable al caso prohíbe los apellidos compuestos. El TJ vino a afirmar que obligar al interesado a llevar un apellido diferente del ya atribuido e inscrito en el Estado miembro de nacimiento puede restringir el derecho a la libertad de circulación.

Bien es cierto que, tratándose en estos casos que nos ocupan de decisiones procedentes de terceros Estados, falla el fundamento. Pero no es impensable que tenga que proyectarse sobre decisiones judiciales extranjeras sobre filiación constituida por gestación de sustitución procede de un Estado miembro de la Unión (v.gr., Bélgica). De avanzar los trabajos en curso en el ámbito europeo no está lejos el día en que habrá que proceder a su reconocimiento tal cual. ¿Es éste el entendimiento que ha inspirado a la DGRN a la espera de una reforma legislativa tan necesaria como urgente si llegaran a multiplicarse los casos?

IV. Aspectos controvertidos

Y es que la exigencia de una resolución judicial en el reconocimiento incidental previo al acceso al Registro, no despeja todos los problemas.

A) En primer lugar, deja fuera, seguramente con buen criterio, todos aquellos supuestos procedentes de países en los que no sea preceptivo el control judicial

¹¹ M.D. Ortiz Vidal, “El caso Grunkin–Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol 1, 2009, pp. 143–151.

del contrato de gestación por sustitución para que la filiación establecida acceda al registro extranjero.

B) Otra dificultad de índole práctica y no menor, radica en trasladar al Encargado del Registro consular la decisión acerca de la calificación de la resolución extranjera como procedente (o no) de la jurisdicción voluntaria. Una operación nada sencilla para una autoridad española en el exterior, vinculada a un ordenamiento en el que reina la indefinición en cuanto a los actos de jurisdicción voluntaria (a la espera de una reforma que nunca llega). La mayoría de las veces la decisión judicial por la que se constituye una relación de filiación derivará del ejercicio de una función propiamente jurisdiccional y, en consecuencia, deberá ser objeto de ejecutur, liberando así al propio Encargado del Registro consular de la tarea de reconocer incidentalmente la resolución.

C) Por último, el reconocimiento de la resolución judicial extranjera permitirá el establecimiento de la filiación paterna (art. 10.3º LRHA); no así de la filiación materna pues, como dispone el art. 10.2º LRHA, vendrá determinada por el parto¹². Dado que uno de los rasgos característicos del contrato de gestación por sustitución (en la modalidad contemplada por la legislación norteamericana) reside precisamente en la ocultación de la identidad de la madre, se plantean distintas cuestiones¹³. Por una parte, cómo materializar la inscripción sin constancia de la madre. En la gestación por sustitución téngase en cuenta que conforme al art. 10.2º LTRHA “la filiación de los hijos (así) nacidos... será determinada por el parto”. Luego, aunque se admitiera la aplicación por analogía de la inscripción de la doble filiación paterna o materna que ahora permite para la adopción la DA 1ª de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que modifica el art. 48 LRC, no se resolverían todos los problemas. Por otra parte, no es seguro que la exigencia de una resolución judicial cierre el paso a futuras acciones de la madre subrogada (*ex art. 133.1º Cc*), particularmente si el consentimiento fuera revocable (extremo que hay que esperar quede correctamente acreditado en la resolución extranjera). En caso de ejercicio de acciones y de prosperar, por vía de consecuencia la filiación del hijo quedaría establecida respecto de tres personas. Un resultado cuando menos paradójico, si lo que se pretende al articular un “sistema de reconocimiento” previo al acceso al Registro es lograr que la filiación establecida en el extranjero sea incontrovertida.

Estas son algunas de las incógnitas y dificultades que impiden obviar la cuestión central: que sería necesaria reforma legislativa para resolver algunas de las

¹² Cf. P. de Miguel Asensio, “La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre gestación por sustitución”, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/>.

¹³ Vid. E. Farnós Amorós, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *InDret*, www.indret.com, enero 2010, pp. 2–22.

cuestiones suscitadas por el acceso a Registro español por la filiación así establecida.

V. Vías alternativas

En el contexto de la crítica surgida contra la Resolución de 18 de octubre de 2009, se ha propuesto como solución alternativa el establecimiento de la filiación a partir de la constitución de una adopción (R. Bercovitz). Dos fórmulas son imaginables. Una, constituir una adopción en España, conforme a Derecho español, respecto de los comitentes. Sería una filiación adoptiva (no biológica) y subsistiría el problema de la inscripción de la madre (gestante). Otra, constituir una adopción internacional en el país al que se desplazaron los comitentes, a favor de los padres, inscribible en Registro español una vez reconocida en los términos y condiciones previstas por la Ley 54/2007, de Adopción internacional (LAI). Una opción esta última que no está a resguardo pues plantea otros inconvenientes en su proyección sobre los nacidos por gestación de sustitución dentro y fuera del ámbito convencional.

Rodeada ésta de todo un sistema de garantías como el que introduce el Convenio de la Haya de 1993, sobre protección del menor y adopción internacional (que vincula a muchos Estados y también a España y EE UU), en la tramitación de las adopciones internacionales intervienen las “autoridades centrales” de cada Estado parte (o en el contexto de la Ley española, las Entidades Públicas de protección de menores y Entidades de colaboración, art. 4.5º LAI) encargadas de la expedición de un “certificado de idoneidad” de los adoptantes (*ex. art. 10.4º LAI*) que faltaría en muchos de estos supuestos. Por lo demás, el Convenio de La Haya posibilita la adopción (con muchos países) en condiciones nítidas. Entre otras, se excluye expresamente que los consentimientos hayan sido obtenidos mediando precio (art. 4 c) 1º), exigencia que difícilmente se da en estos supuestos que tiene en su origen un contrato oneroso.

Por último, téngase en cuenta que para el momento inmediatamente anterior a la constitución, el mecanismo más original y garantista del Convenio de La Haya se identifica en un control rígido y especial por el que se da la última palabra a las “autoridades centrales” intervinientes en la preparación para que, concluida la tramitación, calculen las “posibilidades de reconocimiento” de esa adopción fuera del país de origen del niño (art. 17 c). Esto es, con la vista puesta en el país al que va a ser desplazado el menor; no es improbable que la adopción que se va a constituir, basada en un *contrato prohibido* por nuestro ordenamiento, estuviera abocada al fracaso.

Los objetivos perseguidos con la prohibición del art. 10.1º LTRHA se verían incluso rebajados si la adopción se constituyera en país ajeno al Convenio de La

Haya. Por una parte, frente a la exigencia clave de esta Instrucción 5 de octubre 2010 (una resolución judicial), en la LAI ésta no es preceptiva para el reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero, pues se limita a exigir la “intervención de autoridad pública extranjera” (art. 26.1.1º). Entran pues en contradicción, resultando más garantista la solución propugnada por la Instrucción. Por otra parte, el objetivo de prevenir el tráfico mediante el establecimiento de una filiación por adopción es muy débil fuera del ámbito convencional. Distintos Informes de Naciones Unidas recuerdan una y otra vez como precisamente el tráfico ilícito internacional se desarrolla asimismo con el pretexto de servir a la adopción internacional (único supuesto de tráfico de menores que tendría una finalidad menos “ilícita” frente a la venta para la utilización como mano de obra o para el transplante de órganos).

VI. Conclusiones

¿Que la doctrina sentada por esta Instrucción de 5 de octubre de 2010 conduce a “atenuar” la prohibición del art. 10.1º LTRHA y puede fomentar el desplazamiento (masivo) de ciudadanos españoles a países con legislaciones permisivas? Es posible. Tendremos que aceptar que en un mundo con fronteras cada vez más permeables y en el contexto de sociedades pluralistas y abiertas, al Derecho internacional privado le incumbe entre otras la función de “gestionar la diversidad”. Y el impacto que provoca el reconocimiento de estas decisiones siempre será menor que permitir en España el establecimiento de la filiación por el contrato de gestación por sustitución. ¿Que admitir la maternidad subrogada y la filiación así constituida en el extranjero es una interpretación incoherente y habría que modificar la LTRHA en este punto? No parece que mantener la filiación así atribuida en el extranjero en unos casos justifique (el debate y) la reforma legislativa. En cambio, la reforma es insoslayable en lo relativo al acceso al Registro. En este punto, la legislación registral española vigente marca los límites del Derecho ante el desarrollo científico.

LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES Y LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA *EUROPEAN MODEL COMPANY ACT* (EMCA) *

Juan SÁNCHEZ–CALERO

Catedrático de Derecho mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Mónica FUENTES

Profesora contratada doctora
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Presentación: la EMCA. II. El *EMCA Group*. III. Una auténtica solución alternativa. IV. Los tipos sociales contemplados en la EMCA. V. Una única norma. VI. Referencia a algunas disposiciones generales. VII. El régimen jurídico del órgano de administración. 1. Estructura y organización del órgano de administración. Sistemas. 2. Deberes de los administradores y régimen del conflicto de intereses. 3. Régimen de responsabilidad de los administradores. VIII. Régimen jurídico de los grupos de sociedades.

RESUMEN: Este trabajo pretende exponer la iniciativa que desde hace unos años se viene desarrollando con respecto a la elaboración de la *European Model Company Act* (EMCA), inserta en la construcción del Derecho europeo de sociedades. Se trata de un proyecto, liderado por profesores universitarios de reconocido prestigio a lo largo de toda Europa, que pretende elaborar una suerte de Ley–modelo (siguiendo el paradigma de la *Model Business Corporation Act* norteamericana) sobre sociedades de capital que se pondrá a disposición de los Estados miembros. Los trabajos elaborados hasta el día de hoy permiten adelantar que el criterio seguido es el de optar por normas dispositivas, informativas y que introduzcan un amplio margen a la autorregulación. El método de trabajo seguido es el de Derecho comparado, a fin de que la EMCA tenga en mente las diferencias y similitudes de los ordenamientos europeos, que se ponen en relación con los problemas más recientes de la regulación societaria.

* Intervención el día 25 de marzo de 2011 en el V Seminario Internacional de Derecho Internacional Privado *Tendencias en la evolución del Derecho Internacional Privado* a celebrar los días 24 y 25 de marzo de 2011 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y en el Colegio Notarial de Madrid.

PALABRAS CLAVE: *European Model Company Act*, sociedades de capital, ley modelo, grupo de trabajo.

SUMMARY: *This paper aims to expose the initiative for a few years developed with regard to the elaboration of a European Model Company Act (EMCA), intended to be inserted in the construction of European company law. This is a project led by renowned academics from across Europe, which aims to develop a kind of law-model (following the paradigm of the U.S. Model Business Corporation Act) on corporations. For now, the several draft chapters already made, show the approach to be made: dispositive rules, information, and a wide range of self-regulation. The working method followed is that of comparative law, so that the EMCA keep in mind the differences and similarities of the European legal systems.*

KEYWORDS: *EUROPEAN MODEL COMPANY ACT – CORPORATIONS – MODEL ACT – WORK GROUP.*

I. Presentación: la EMCA

Al recibir la invitación para participar en este Seminario consideramos que era una buena oportunidad para exponer la iniciativa que desde hace unos años se viene desarrollando con respecto a la elaboración de la *European Model Company Act* (EMCA), inserta en la construcción del Derecho europeo de sociedades y cuyos aspectos principales queremos presentar, aunque sea de una manera telegráfica, en el marco de este Seminario.

La EMCA se sitúa en un determinado momento histórico de la construcción del Derecho europeo de sociedades que reclamaba soluciones alternativas a la mera continuación de la armonización basada preferentemente en Directivas que han puesto de manifiesto algunas lagunas en la armonización de los ordenamientos societarios estatales y a las que se ha reprochado que hayan terminado convirtiendo las diferencias existentes en los ordenamientos estatales en un instrumento contrario al ánimo de armonización. En estos últimos años se hizo evidente que el proceso de armonización y las lagunas que lo acompañaban abonaban de una manera cada vez más explícita un claro proteccionismo a favor de las empresas nacionales respectivas.

Esa situación animó a la Comisión Europea a replantearse la estrategia futura y así en su Comunicación de 2003 sobre la modernización del Derecho de sociedades¹ y en la posterior de 2007 sobre la simplificación del entorno empresarial², comenzó a apuntar la necesidad de buscar nuevas vías de armonización, así como la oportunidad de simplificar las normas ya entonces existentes.

¹ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea Un plan para avanzar, Bruselas, 21 de mayo de 2003 [COM (2003) 284 final].

² Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión, relativa a la simplificación del entorno empresarial en los ámbitos del Derecho de sociedades, la contabilidad y la auditoría, Bruselas, 10 de julio de 2007 [COM (2007) 394 final].

En la segunda de las Comunicaciones señaladas, la Comisión planteaba la esencial pregunta acerca de “¿cuánta regulación necesita Europa en el ámbito del Derecho de sociedades?” y respondía afirmando la exigencia de respuestas flexibles que impidieran que un marco europeo armonizado y rígido pudiera terminar convirtiéndose en “un freno a la innovación más que una ventaja para el mercado interior”³. Es en ese entorno en dónde aparece el impulso a la EMCA, que se convierte en un planteamiento alternativo al desarrollado hasta entonces.

II. El EMCA Group

La elaboración de la EMCA es un trabajo asumido por un Grupo de profesores universitarios pertenecientes a distintos Estados europeos⁴. Se constituyó en septiembre de 2007 con ocasión de una reunión celebrada en la Universidad de Aarhus (*Aarhus School of Business*, que es la institución que se encarga del secretariado y la coordinación del Grupo). Desde entonces, se han producido distintas reuniones periódicas que han permitido avanzar en la elaboración de la EMCA. El estado y seguimiento de los trabajos pueden seguirse a través de la página *web*⁵ creada al efecto y ya son diversas las publicaciones que permiten una mejor explicación del proyecto⁶. Algunas de esas explicaciones se corresponden con iniciativas precedentes dentro de nuestra Facultad⁷.

Aunque el Grupo cuenta con el apoyo de la Comisión Europea, se trata de una iniciativa independiente, tanto con respecto a los Estados miembros y a las autoridades europeas, como con relación a cualquier organización empresarial. El plan de trabajo contempla que, tras cinco años, pueda presentarse una primera versión de la EMCA en el año 2012.

³ Comunicación [COM (2007) 394 final], p. 4.

⁴ Integrantes del Grupo: Paul Krüger Andersen (Dinamarca); José Engrácia Antunes (Portugal); Theodor Baums (Alemania); Blanaid Clarke (Irlanda); Waltschin Daskalov (Bulgaria); Paul Davies (Inglaterra); Guido Ferrarini (Italia); Susanne Kalss (Austria); András Kisfaludi (Hungría); Harm-Jean de Kluiver (Países Bajos); Isabelle Urbain-Parleani (Francia); María Patakyova (Eslovaquia); Evangelus Parakis (Grecia); Jarmila Parkoná (República Checa); André Prüm (Luxemburgo); Juan Sánchez-Calero (España); Matti Sillanpää (Finlandia); Rolf Skog (Suecia); Stanislaw Soltysinski (Polonia); Andres Vutt (Estonia); Hans de Wulf (Bélgica); Pierre-Herni Conac (Luxemburgo); Ronald Gilson (Estados Unidos); Isabelle Corbisier (Luxemburgo); Rolf Deteval (Suecia); Joachim Henricht (Alemania); Karsten Engsig Sorensen (Dinamarca) y Evelyne Beatrix Cleff (Dinamarca).

⁵ www.asb.dk/EMCA

⁶ Vid. el más reciente artículo de P. Krüger Andersen, “The European Model Company Act (EMCA) – a New Way Forward”, en U. Bernitz y W.-G. Ringe (eds.), *Company Law and Economic Protectionism – New Challenges to European Integration*, Oxford, 2010, en especial, la referencia bibliográfica que aparece en la p. 310.

⁷ Vid. el artículo de T. Baums “The Development of Company Law in Europe: From Centralized Harmonization to the European Model Company Act (EMCA)”, de próxima publicación en la *RdS*.

III. Una auténtica solución alternativa

En la mente de todos está el recorrido que el Derecho de sociedades presenta a lo largo de estos decenios y en relación con la construcción de un mercado interior. Ese proceso ha sido diseccionado y explicado de forma ilustrativa, exponiendo tanto el enorme alcance que se ha producido en distintos aspectos, como la pervivencia de problemas que ninguna de las vías utilizadas hasta ahora ha conseguido superar.

En su “plan de acción”, la Comisión Europea reclamaba un cambio de criterio que abandonase la pretensión de una armonización de las normas estatales respectivas y que, en su lugar, aceptara como orientaciones básicas de la futura “regulación” la de permitir una aplicación flexible a partir de la firme determinación de unos principios comunes⁸.

No es extraño que ante ese nuevo objetivo de una regulación más flexible y simplificada, se prestara atención al precedente que constituye en la práctica americana la *Model Business Corporation Act* (MBCA), impulsada por la *American Bar Association*, que desde su inicial promulgación ha sido objeto de una actualización constante y que, sobre todo, ha acreditado una sobresaliente aceptación por una mayoría de Estados norteamericanos y que, en definitiva, se ha convertido en una referencia compartida.

La EMCA se presenta así como una ley-modelo, pero este término debe ser puesto en relación con el contenido de la EMCA para una mejor ilustración del proyecto. Porque la EMCA no pretende limitarse a una mera enunciación de principios generales del Derecho europeo de sociedades (*v.gr.*, igualdad de trato, protección de minorías y terceros, etc.), sino que va más lejos. El modelo debe incluir el texto íntegro de una ley de sociedades que se pondrá a disposición de los Estados miembros.

La redacción de la EMCA se aborda desde una consideración de los criterios que animan el objetivo común de una mejor legislación (*better regulation*) y la opción por normas dispositivas, informativas y que introduzcan un amplio margen a la autorregulación.

Los presupuestos metodológicos seguidos en la elaboración de la EMCA se orientan al respeto de los criterios señalados. Así, el método comparativo debe servir para que la EMCA tenga en mente las diferencias y similitudes de los ordenamientos europeos, que se ponen en relación con los problemas más recientes de la regulación societaria. En segundo lugar, la EMCA se ve animada por la idea de incorporar el “cambio de paradigma” que contempla en el Dere-

⁸ T. Baums y P. Krüger Andersen, “The European Model Company Law Act Project”, *European Corporate Governance Institute*, Law Working Paper n° 097/2008 (Marzo, 2008), p. 5.

cho europeo de sociedades, que superando la concepción que lo limitaba a la exclusiva protección de los accionistas y los acreedores, tome en cuenta también el principio u objetivo de eficiencia económica. Para ello se parte de la teoría principal/agente y se proyecta sobre la organización de la sociedad, prestando especial atención a los problemas ya conocidos que plantea la relación entre los accionistas y los administradores (por ejemplo, en todo lo referido a la retribución de los segundos). La EMCA ha tenido presentes las distintas teorías económicas al diseñar sus reglas a partir de aquellas. En esa labor influye de manera especial el escenario que depara la actual crisis financiera que aconseja revisar con un espíritu crítico las reglas básicas en materia de capital y contabilidad y las teorías económicas que las sustituyan.

IV. Los tipos sociales contemplados en la EMCA

La EMCA toma en consideración simultánea a las sociedades de capital de distinta dimensión. Esta idea se concreta en la previsión que establece que la EMCA se aplicará a todo tipo de sociedades cuyo régimen incorpore el principio conforme al cual sus socios/accionistas no responderán personalmente de las deudas sociales. Trasladado a la terminología más extendida, se trata de abarcar tanto las sociedades privadas como las sociedades públicas (como mera traducción de la dualidad *private/public*), lo que en una aproximación inicial comprendería tanto las sociedades limitadas como las anónimas (cotizadas o no).

Es posible afirmar que en buena medida, el criterio de aplicación de la EMCA se corresponde con el adoptado por nuestra Ley de Sociedades de Capital, de manera que las disposiciones de la EMCA, salvo que se indique otra cosa, serán válidas para cualquier tipo societario (limitada o anónima), sin perjuicio de lo cual podrán incluirse disposiciones particulares diseñadas para cada uno de esos tipos. Se trata de hacer efectivo el objetivo de una real flexibilidad normativa.

Es esa misma flexibilidad la que lleva a no descartar que con respecto a cualquiera de las formas sociales contempladas en la EMCA, pueden existir soluciones particulares basadas, por ejemplo, en el número de accionistas o en la distinta forma de organizar la administración de la sociedad.

V. Una única norma

La EMCA ha optado por reconducir a una misma regulación los distintos tipos de sociedad. Frente a la opción que en muchos ordenamientos estatales da lugar a que cada tipo cuente con una ley especial, la EMCA constituye una solución uniforme para las sociedades a las que resultará aplicable, es decir, las sociedades privadas o públicas (limitada o anónima), incluidas entre estas últimas las que cotizan en Bolsa.

Como explica su introducción, la estructura concreta de la EMCA comienza en cada capítulo por las disposiciones aplicables a todas las sociedades, destacando a continuación las aplicables especialmente a las sociedades limitadas y dejando para el final en cada capítulo las disposiciones correspondientes a las sociedades anónimas.

VI. Referencia a algunas disposiciones generales

La EMCA formula en su capítulo 1 algunas definiciones y, en lo que tiene mayor interés, determinados “*principios generales*”. Sin perjuicio de volver sobre alguno de ellos con mayor detalle, parece oportuna una indicación del sentido de determinados principios:

i) La EMCA se caracteriza por tener ánimo de lucro (art. 6.1º), si bien admite que los estatutos descarten esa circunstancia. El fundamento de esta posición enlaza con la idea de que la obtención de un beneficio es el objetivo prioritario de toda sociedad⁹. Se trata de una declaración que no excluye cualquier actividad encuadrable en el concepto de la responsabilidad social corporativa en los términos en los que ésta se describe en las iniciativas internacionales que han alcanzado un mayor desarrollo.

ii) La igualdad es un principio que se proclama tanto con respecto a las acciones como a los accionistas. En cuanto a las primeras, el art. 8 declara que todas las acciones incluirán un igual contenido de derechos a favor de su titular, si bien aquí también se deja a la libertad estatutaria o a la que se concrete en el correspondiente acuerdo de emisión la posibilidad de romper ese igual contenido. De esta manera, la igualdad de las acciones enlaza con algunas ideas esenciales del debate societario más reciente, como son la proporcionalidad entre el riesgo que asume el accionista y el poder de control o la idea de una acción un voto. La EMCA ha optado por respetar la notable disparidad que presentan las legislaciones estatales a la hora de aceptar distintas clases de acciones en una sociedad, dejando que sean los accionistas los que hagan uso de esa posibilidad a través de los estatutos o del acuerdo de emisión.

En cuanto a la igualdad de trato de los accionistas, se proclama en términos generales por el art. 10, por considerar que es una regla esencial para la tutela de la minoría. Pero la EMCA contiene distintas previsiones especiales que ponen de manifiesto que no nos encontramos ante un principio absoluto, sino que admite justificadas excepciones de un trato desigual allí donde los accionistas puedan encontrarse en condiciones diferentes.

⁹ Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde, “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, Bruselas 18 de julio de 2001 [COM (2001) 366 final].

iii) La EMCA proclama el principio de la primacía de los accionistas. Lo hace a partir de la previa proclamación del principio mayoritario que rige la adopción de acuerdos por la junta general, a través de la que los accionistas imponen su primacía. En relación con ello, el art. 12.1º confiere a los accionistas el supremo poder de decisión (*"Shareholders are the supreme decision makers in companies"*). Con ello se quiere expresar que, con independencia del reconocimiento de competencias a favor del consejo de administración, la decisión final corresponde a los accionistas. Se produce así una novedad con respecto al Derecho europeo de sociedades que hasta ahora no había formulado aquella primacía de una manera explícita, lo que sin duda ha abonado un debate persistente a la hora de defender que en ciertos asuntos la primacía debe reconocerse a favor de los administradores, lo que la EMCA no comparte.

VII. El régimen jurídico del órgano de administración

Los capítulos octavo, noveno y décimo de la EMCA contienen el régimen jurídico del órgano de administración de la sociedad. Se encargan, respectivamente, de determinar su estructura y funcionamiento, sus deberes y régimen de responsabilidad. Aunque son múltiples las cuestiones de interés que el régimen en ellos provisto suscitan, debido al carácter de esta intervención no podremos sino incidir, únicamente, en las particularidades más relevantes y, muy especialmente, en aquellas que se desvían sustancialmente del régimen jurídico español vigente.

1. Estructura y organización del órgano de administración. Sistemas.

A nivel comunitario no existen normas vinculantes sobre la estructura de la administración de las sociedades anónimas (menos aún de las limitadas, respecto de las que, como se sabe, no existen normas comunitarias armonizadoras). No obstante, en los EEMM de la UE existen esencialmente dos formas de estructurar este órgano: el sistema monista y el dualista (si bien, en algunos países se han adoptado sistemas de administración que podrían calificarse de "intermedios").

La EMCA, en su afán por tener la mayor acogida posible, ha dejado abierta la posibilidad, a la hora de estructurar el órgano de administración, de optar por cualquiera de aquellos sistemas. Así, en el Capítulo 8 (art. 1), otorga la facultad de elegir entre el denominado sistema monista¹⁰, el sistema dualista¹¹ o el que

¹⁰ Por ejemplo, Reino Unido siempre ha empleado un sistema monista, en el que usualmente el Consejo se compone de consejeros ejecutivos y no ejecutivos (supervisando estos últimos la labor de aquéllos), de forma que la división entre ejecución y supervisión se crea dentro del propio sistema monista.

¹¹ Alemania, por su parte, ha sido siempre el ejemplo típico de sistema dualista (vigente, como se sabe, para las sociedades anónimas).

denominan “intermedio”¹² (*system in between*), sin perjuicio de las reglas particularmente previstas para las sociedades cotizadas.

La *ratio legis* de la flexibilidad que otorga este precepto no sólo subyace en el intento de que la EMCA tenga una acogida exitosa en los países europeos (en los que prevalece alguno de esos tres sistemas o, incluso, varios de ellos de forma simultánea) sino que también obedece a la idea de ofrecer un marco lo suficientemente flexible que permita atender las muy diferentes necesidades de sociedades anónimas y limitadas, así como al hecho de que no ha quedado demostrado que un sistema sea mejor que otro.

Además de la libertad de elección de la estructura organizativa, la EMCA contiene algunas otras disposiciones en torno a la organización del órgano de administración que cabe resaltar brevemente:

i) Se exige (art. 4) a las sociedades cotizadas que opten por un sistema monista, que observen una división entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos (siendo esta distinción facultativa en las SA y SL no cotizadas), y que, en tal caso, sean mayoría los miembros de carácter no ejecutivo. Con ello, además de seguirse la Recomendación de la Comisión 2005/162/CE¹³, se ha tratado de recoger la propuesta ya “clásica” de los códigos de buen gobierno existentes en Europa en torno a la necesidad y conveniencia de la separación de funciones entre los distintos consejeros.

ii) En relación –también en las sociedades cotizadas– con la figura de los consejeros (no ejecutivos) independientes, se incorpora la exigencia (art. 5) de que el número de éstos alcance, al menos, la mitad (yendo así más allá de la propia Recomendación, que decía con carácter vago que exista un “equilibrio suficiente”)¹⁴.

¹² Luego están los denominados países con un sistema “intermedio”, como es el caso del danés (donde por ejemplo, el órgano de control no es sólo responsable de supervisar al órgano de dirección, sino que también asume decisiones de gestión del día a día de la sociedad caso de ser necesario) y el italiano.

¹³ Nos referimos a la Recomendación de la Comisión de 15 de febrero de 2005, relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa. Concretamente, la Recomendación Tercera advierte: “Los órganos de administración, gestión o supervisión deben *establecer un equilibrio total apropiado de administradores ejecutivos/gerentes y no ejecutivos/supervisores* para que ninguna persona o pequeño grupo de personas domine la toma de decisiones por parte de estos órganos (la cursiva es nuestra)”. En ella no se hacía mención a que los no ejecutivos fuesen mayoría, pero sí se hablaba de “equilibrio apropiado”.

¹⁴ En esto la Ley ha seguido la citada Recomendación, cuyo precepto 4 expresamente advertía “Para el consejo de administración o de supervisión de las empresas, debe elegirse un número suficiente de administradores no ejecutivos o supervisores que garantice un tratamiento apropiado de los conflictos graves de intereses que impliquen a los administradores”. También el *UK Combined Code* y otros, como el danés.

iii) En relación con el nombramiento de los administradores, cabe destacar, por un lado, el hecho de que sólo se permite acceder a tal condición a las personas físicas (art. 21), excluyéndose de forma expresa a las personas jurídicas (además de a los menores, quebrados y sometidos a tutela)¹⁵.

iv) Respecto a la toma de acuerdos por parte del órgano de administración, cabe subrayar la incorporación (art. 20) de una disposición –traída también de los códigos de buen gobierno– por la cual, determinadas decisiones de específica importancia no podrán ser adoptadas (salvo pena de nulidad) si no están presentes todos los miembros del órgano (exigiéndose por tanto un quórum de constitución del 100%).

v) Finalmente, en cuanto se refiere al siempre candente tema de la remuneración de los administradores, la EMCA vuelve a inspirarse en el derecho comunitario (especialmente, en la Recomendación de la Comisión de 30 de abril de 2009)¹⁶. En concreto, lo que propone la EMCA (art. 25) es atribuir al órgano de socios –recordemos el principio de primacía del accionista y del carácter soberano de la Junta– un papel preponderante a la hora de decidir sobre esta remuneración (“*shall resolve*”, dice la norma), estableciendo expresamente que las cantidades que se aprueben nunca podrán superar lo que podría considerarse una cifra “*justifiable*” para la sociedad, la matriz y la situación financiera del grupo, en su caso. A ello añaden que la cuantía de la remuneración del administrador deberá estar fundada en su rendimiento (*performance*). La preocupación por alcanzar lo que pueda considerarse una remuneración “justa” y fundada en el rendimiento ha alcanzado incluso el ámbito del concurso: la EMCA ha previsto que si la compañía entra en concurso, los administradores deberán devolver la parte variable de la remuneración que han recibido durante los últimos 5 años antes de que la compañía entrara en liquidación (siempre, eso sí, que la compañía fuese ya insolvente cuando la remuneración variable fue fijada).

2. Deberes de los administradores y régimen del conflicto de intereses.

Entre las múltiples cuestiones de interés que presenta el capítulo 9, nos parece especialmente destacable el contenido que se otorga al deber de lealtad del administrador y a la configuración de la noción de interés social que de él se des-

¹⁵ Se trata ésta de una disposición que se separa de la actual regulación contenida en nuestra LSC (art. 212.1, que expresamente admite tal condición para las personas jurídicas).

¹⁶ Se trata de la Recomendación de 30 de abril de 2009 sobre remuneración de consejeros en sociedades cotizadas (si bien, la EMCA predica su régimen respecto a todas las anónimas o limitadas en general) que complementa a las Recomendaciones 2004/913/CE y 2005/162/CE en lo que atañe al sistema de remuneración de los consejeros de las empresas que cotizan en bolsa.

prende, claramente influenciado por la Responsabilidad Social Corporativa. Varios preceptos ponen de manifiesto esta influencia:

i) Por un lado, cuando la EMCA habla de los “deberes generales” de los administradores (art. 32) puntualizando que aquéllos no se deben únicamente frente a la sociedad, sino también frente a todos los *stakeholders* (grupos de intereses).

ii) Por otro lado, en la configuración del deber de lealtad (art. 35) se observa una clara influencia de las concepciones más institucionalistas del interés social; tan es así, que se impone a los administradores el deber de actuar persiguiendo el éxito de la compañía en beneficio de sus miembros como un todo, y teniendo en consideración (entre otros) una serie de factores como los intereses de los trabajadores de la sociedad y el impacto que las operaciones de la compañía tengan en el medio ambiente (llegándose así a lo que la doctrina califica de cláusula “pluralista” del interés social).

iii) Por supuesto, todo ello lleva aparejado el sometimiento del administrador a un estricto régimen de conflicto de intereses de clara inspiración —una vez más— británica¹⁷, exigiéndose (art. 37), al abordar el régimen de las llamadas *corporate opportunities*, un consentimiento del consejo (*rectius*, de los miembros del consejo que no estén incurso en conflicto de intereses) para poder tomar parte en cualquier tipo de operación que pudiera redundar en un beneficio propio o de un tercero. Asimismo, en esta misma línea de evitar los conflictos de intereses, se exige a los administradores, por un lado, que para la realización de operaciones o contratos de especial importancia —en los que los administradores pueden tener un claro interés personal— obtengan una autorización expresa de los accionistas¹⁸; y por otro lado, se les prohíbe (art. 42) terminantemente aceptar *benefits* (ventajas, prestaciones) de cualquier tercero, si ésta le es concedida en función de su cargo¹⁹.

3. Régimen de responsabilidad de los administradores

Por último, la EMCA también construye un interesante régimen de responsabilidad para los administradores del que, entre otras muchas particularidades (diferenciadoras cuando lo comparamos con nuestro régimen vigente), cabe destacar las dos siguientes:

¹⁷ Inspirada en la CA 2006, sec. 175 (2).

¹⁸ De inspiración también británica: *vid.* UK CA Sec. 188–214. Los supuestos a los que la norma hace referencia son: (1) la contratación de administradores (de larga duración), (2) las operaciones que afecten a activos sustanciales, (3) los préstamos o cuasi-préstamos, y (4) operaciones crediticias.

¹⁹ Se trata ésta de una norma que en algunos países, como Dinamarca, constituye un delito.

i) Se introduce de forma expresa –en la línea de muchos países europeos– la denominada *business judgment rule* (art. 43)²⁰, de tal forma que cuando un administrador tome una decisión empresarial de buena fe, cumplirá sus obligaciones (y por lo tanto, no le será exigible responsabilidad alguna, caso de ocasionarse a la postre un daño a la sociedad) siempre que: (i) no tuviera interés alguno en la decisión, (ii) se hubiese informado adecuadamente antes de adoptarla a fin en el contexto de las circunstancias específicas que se diesen, y (ii) hubiese creído –razonablemente– que su decisión lo era en el mejor interés de la compañía. De esta forma, la adopción de cualquier decisión empresarial tomada de buena fe, adecuadamente informado y sin incurrir en conflicto de intereses, exonera al administrador de cualquier responsabilidad por daños que hubiera podido derivarse de su decisión.

ii) Se incorpora (art. 43), también en la línea de otros ordenamientos europeos –v.gr., el alemán–, como supuesto de exoneración de la responsabilidad del administrador²¹, el caso de que el acto ejecutado por él (del que haya derivado un daño para la sociedad) sea resultado de un acuerdo adoptado por la Junta de socios (siempre que tal acuerdo no vulnerase la Ley o los estatutos, caso en el que la causa de exoneración no operaría).

Una cuestión importante sobre la que el grupo de trabajo todavía no ha adoptado una postura firme es la de introducir una referencia (en este contexto del régimen de responsabilidad) a los denominados “administradores ocultos” (*shadow directors*).

VIII. Régimen jurídico de los grupos de sociedades

El capítulo 16, dedicado a los grupos de sociedades, resulta ser uno de los más interesantes, cuando menos desde la perspectiva española. Como es sabido, nuestro de un ordenamiento carece de un régimen (cuando menos global y sistematizado, como el propuesto en la EMCA) que aborde la problemática jurídica de este fenómeno. De esta forma, este capítulo resulta de especial interés y utilidad por cuanto representa una propuesta de *lege ferenda* a considerar de forma conjunta con el –imprescindible– trabajo que ya realizó la Comisión General de Codificación en su propuesta de Código de Sociedades de 2002, donde, como se sabe, sí se contenía una propuesta sistematizada de régimen jurídico–societario de los grupos.

²⁰ Cuya construcción y vigencia en nuestro ordenamiento, a pesar del silencio de la LSC, ha elaborado y defendido nuestra mejor doctrina.

²¹ La norma se refiere a “administrador” (director) de forma genérica, de tal modo que en los sistemas dualistas resulta predicable tanto de los miembros del órgano de dirección como del de supervisión.

Al abordar esta cuestión, la EMCA se marca como principal objetivo adoptar una serie de normas que no se basen únicamente –o principalmente– en una protección férrea de las filiales, sus accionistas y acreedores, sino que también faciliten y flexibilicen la formación de los grupos, así como su mejor organización y funcionamiento. Por ello, el capítulo proyectado se centra en el “corazón” de la realidad del grupo: su gestión y funcionamiento como empresa multisocietaria o policorporativa, centrándose en la empresa del grupo como entidad única que persigue su propio interés empresarial (el denominado “interés del grupo”).

Prueba de ello es la especial atención que se presta a la sociedad matriz, abandonando así la visión tradicional del Derecho de grupos (*v. gr.*, los ordenamientos alemán y portugués), centrada únicamente en la articulación de preceptos tuitivos de las sociedades filiales o dependientes.

Entre los numerosos aspectos a destacar, quizá los más relevantes sean los que a continuación se señalan:

i) Se parte (art. 1) de una definición del fenómeno por la cual se considera grupo de sociedades al formado por una matriz y todas sus filiales (nacionales o extranjeras). Y matriz se considerará aquella sociedad que pueda tener un *control real* sobre las decisiones financieras y operativas de sus filiales, pudiendo ser un poder “derecho” o “de hecho”.

Se opta así claramente por un concepto de grupo que se fundamenta en el elemento del control (en consonancia, una vez más, con el derecho comunitario) que excluye a los denominados grupos paritarios o por coordinación de su propuesta reguladora.

ii) El nacimiento de una relación de control lleva aparejada una consecuencia fundamental: el nacimiento de obligaciones de información dentro del grupo. Y es que, tras la instauración (o desaparición, en su caso) de dicho control surgirá, para el órgano de administración de la sociedad matriz una obligación de informar (por escrito) a sus homólogos en las filiales. A su vez, a partir de este momento, surgirán también obligaciones de información por parte de la filial a la matriz (concretamente, acerca de las acciones y derechos de voto que pudiera tener en la matriz y en otras sociedades; art. 8).

iii) A fin de mejorar y facilitar el funcionamiento del grupo, se propone que:

a) La matriz tenga un *derecho* a impartir instrucciones a la filial (a su órgano de administración) legalmente reconocido (art. 9), sin que por ello tenga automáticamente que asumir una obligación o carga especial sobre sus filiales (como ocurre en el ordenamiento alemán, donde tiene que compensar las pérdidas anualmente; régimen que, como se sabe, ha resultado ser un fracaso). Se trata en definitiva, de reconocer un derecho (y deber) de “dirección del grupo” en interés

del mismo. Para ello la EMCA propone introducir la doctrina francesa *Rozenblum*, o la teoría de las “ventajas compensatorias” (construida en Italia y España), en la que se permite ejercer dicho poder de dirección del grupo en aras del interés global siempre que se cumplan ciertas condiciones (art. 23)²².

b) Las operaciones “intra-grupo” deberían facilitarse siempre que estuviesen sometidas a determinadas reglas: por ejemplo, entre una matriz y su filial participada al 100% (o entre dos filiales de la misma matriz participadas también al 100%) se exime de la necesidad de aprobación de la operación por parte del accionista. Asimismo, quedarían aprobados por ley los préstamos y garantías otorgados entre sociedades del grupo (norma inspirada en la sec. 208 CA británica); eso sí, imponiéndose a los órganos de administración respectivos la carga de informar adecuadamente sobre estas operaciones (art. 15).

c) El reconocimiento a la sociedad matriz de un derecho de compra (*squeeze-out*) de los accionistas minoritarios (cuando aquella tenga más del 90% de los derechos de voto en una filial; art. 11) es otra de las propuestas de la EMCA. El precio deberá definirlo un experto independiente designado por el tribunal o registro mercantil correspondiente.

iv) En cuanto a la articulación de medidas tuitivas de protección de accionistas minoritarios y acreedores al nivel de la filial, la EMCA propone garantizar algunos derechos:

a) Para los accionistas minoritarios, el reconocimiento de un derecho de separación (*sell-out rights* o, como se denominan en USA, *appraisal rights*), para el caso de que más del 90% de los derechos de voto estén en manos de un accionista (art. 22).

b) Como medida tuitiva de los acreedores se propone introducir una medida pre-concursal inspirada en la institución británica del *wrongful trading* (art. 24)²³, que obliga a la matriz, cuando la situación de la filial se ve abocada en un futuro próximo a la apertura de un procedimiento concursal, bien a proceder a su reestructuración, bien a su liquidación ordenada.

²² “The board of directors of a subsidiary company may comply with an instruction given by its parent company which is detrimental to the subsidiary own interest insofar as such an instruction promotes the interest of the group; and the prejudice or loss caused to the subsidiary might be set off by the benefits or gains derived from its integration in the perimeter of a group, in a short-term or long-term perspective. The parent company may not give instructions that are likely to affect the survival of the subsidiary, namely by depriving it from the necessary liquidity”.

²³ “Whenever a subsidiary company, which has been consistently managed according to instructions given by its parent in the interest of the group, has no reasonable prospect of, by means of its own resources, avoiding a winding-up (crisis point), the parent company is obliged without delay to effect a fundamental restructuring of the subsidiary or to initiate its winding-up procedure”.

v) La EMCA, como decíamos, también observa la realidad del grupo desde la perspectiva de la sociedad matriz, y en consecuencia propone proteger también a sus socios de la siguiente manera:

a) Consagrando determinados mecanismos que persigan mejorar el derecho de información de los accionistas de la matriz sobre los asuntos de las filiales (art. 17).

b) Reconociendo a la Junta general de la sociedad matriz una competencia para aprobar determinadas decisiones de sus filiales que pueden tener especial repercusión al nivel de la sociedad matriz (art. 19). Con ello se introduce la doctrina *Holzmüller* en el texto articulado de la EMCA.

LOS APPRI EN LA UNIÓN EUROPEA POST-LISBOA *

Iñigo IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA

Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público
Euskal Herriko Unibertsitatea / Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. Evolución del Derecho de las inversiones extranjeras en la Unión Europea. 1. Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones en la UE. 2. Normativa de la UE sobre inversiones intra y extracomunitarias: A) Situación anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa; B) Nuevo reparto competencial en materia de inversiones extranjeras directas: la aportación del Tratado de Lisboa. II. Roces entre los APPRI y el Derecho de la UE y sus consecuencias. 1. El caso de los APPRI extra-UE: A) Incompatibilidad entre los APPRI extra-UE y el Derecho de la UE; B) Soluciones y futuro para los APPRI extra-UE. 2. Análisis desde la perspectiva de los APPRI intra-UE: A) La realidad de los APPRI intra-UE; B) Tratados de la UE y los Tratados bilaterales de inversión: ¿Tratados sucesivos sobre la misma materia?; C) APPRI intra-UE desde la óptica del Derecho de la UE; D) ¿Existen incompatibilidades entre los APPRI intra-UE y el Derecho de la UE?. IV. Consideraciones finales con la vista puesta en el futuro.

RESUMEN: En la Unión Europea, el debate sobre el futuro de los Tratados bilaterales de inversión (APPRI intra-UE y extra-UE) está más vivo que nunca. El Tratado de Lisboa ha incluido la materia de las inversiones extranjeras directas dentro de la Política Comercial Común, afirmando la competencia exclusiva de la Unión para celebrar Tratados en esta materia con terceros Estados. En este nuevo escenario, la UE está dando los primeros pasos dirigidos al diseño de una política de inversiones europea, que vendrá paulatinamente a sustituir la red de APPRI extra-UE todavía en vigor. Por otra parte, los APPRI intra-UE plantean una problemática diferenciada. La coexistencia de estos APPRI y el Derecho de la UE suscita interrogantes de difícil respuesta, tanto desde la perspectiva del Derecho internacional como desde la óptica del Derecho de la UE. En definitiva, queda en suspenso la siguiente pregunta: ¿Será la UE en un futuro no muy lejano un espacio sin APPRI?

PALABRAS CLAVE: APPRI INTRA-UE – APPRI EXTRA-UE – DERECHO DE LA UE – INVERSIÓN EXTRANJERA – TRATADO DE LISBOA.

ABSTRACT: *In the European Union, the debate on the future of Bilateral Investment Treaties (intra-EU and extra-EU BITs) is more alive than ever. The Lisbon Treaty has included the subject of*

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación (referencia IT496–10), financiado por el Gobierno Vasco y denominado: “Instrumentos y técnicas de protección de intereses y derechos de personas físicas y jurídicas mediante el derecho internacional público y privado”.

foreign direct investment within the Common Commercial Policy, stating the exclusive competence of the Union to conclude treaties in this field with third countries. In this new scenario, the EU is taking the first steps to design a common investment policy, which will gradually replace the network of extra-EU BIT still in force. On the other hand, intra-EU BITs require differentiated analysis. The coexistence of these BIT and EU law raises questions difficult to answer, both from the perspective of international law and from the perspective of EU law. In short, the following question is made: Will the EU be an area without BITs in the near future?

KEYWORDS: INTRA-EU BIT – EXTRA-EU BIT – EU LAW – FOREIGN INVESTMENT – LISBON TREATY.

I. Evolución del Derecho de las inversiones extranjeras en la Unión Europea

1. Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones en la UE

1. El actual Derecho de las inversiones extranjeras a nivel global se articula, principalmente y en ausencia de un Tratado multilateral, en torno a los Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) de carácter bilateral¹. La Unión Europea no es un espacio ajeno a esta realidad; al contrario, desde que Alemania celebrara con Pakistán el primero de los APPRI modernos, que surgían como alternativa a la protección prevista en los Tratados de Amistad, de Comercio y de Navegación², los Estados miembros han llegado a concluir, en total, más de 1.400 Acuerdos de este género. Han sido, por tanto, los mismos Estados miembros quienes, al margen de las normas de la UE y sin aparente oposición por parte de las instituciones comunitarias, han diseñado sus propias políticas de inversión mediante la celebración de Tratados bilaterales.

Los APPRI celebrados por los Estados miembros generalmente incorporan un contenido similar; éste puede resumirse en los siguientes elementos esenciales: prevén un concepto amplio de “inversión” que abarca “todo tipo de activos” y una lista indicativa bastante detallada, pero de carácter abierto, que recoge la referencia a las principales actividades económicas que se consideran inversión en el marco de cada Acuerdo³; normalmente, se considerará “inversor” aquella

¹ La realidad es, ciertamente, más compleja; se deben tener en cuenta, entre otros, Tratados internacionales plurilaterales y/o sectoriales tan relevantes como el TLCAN o el Tratado de la Carta de la Energía, o regulaciones como los Acuerdos de Marraquech, que afectan de forma parcial a la materia de las inversiones internacionales. No obstante, el protagonismo de los Tratados bilaterales como instrumentos internacionales para la promoción y protección de las inversiones extranjeras es central e inegable en la actualidad.

² Los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación constituyen el precedente de los APPRI actuales; estos Tratados regulaban de forma desigual, junto a las materias como la militar, la navegación fluvial o el comercio, la protección de las inversiones extranjeras; *Vid.* K.J. Vandeveld, *United States Investment Treaties Policy and Practice*, Boston, 1992, pp. 14–19; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2ª ed., Cambridge, 2004, pp. 209–211.

³ Respecto al concepto de inversión previsto en los APPRI *vid.*, en general: F. Yala, “La notion d’investissement dans la jurisprudence du CIRDI: actualité d’un critère de compétence controversé (les affaires *Salini*, *SGS* et *Mihaly*)”, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement* (C.

persona física que tenga la nacionalidad de una de las partes contratantes y la sociedad que haya sido constituida conforme a las leyes de una de las partes contratantes y, en su caso, tenga su domicilio social en aquél; los APPRI prevén un haz de normas sustantivas de protección de las inversiones⁴ donde se incluyen la obligación de prestar un trato justo y equitativo, el deber de plena protección y seguridad, la prohibición de la discriminación, el compromiso de asegurar el estándar del trato nacional y el de nación más favorecida (NMF), la regulación de la expropiación, nacionalización y de las medidas de efecto equivalente a la expropiación y, finalmente, el respeto de los compromisos particulares adoptados con el inversor (cláusulas *umbrella*); los APPRI suelen prever, también, una cláusula que reconoce el derecho de los inversores a la libre transferencia de los beneficios y rentas derivados de la inversión; por último, una cláusula de especial importancia es la que regula el sistema de arreglo de diferencias entre uno de los Estados contratantes y los inversores de la otra parte contratante. Estas disposiciones de arreglo de controversias suelen dejar en manos del inversor la elección de acudir a los tribunales internos del Estado parte en la diferencia o a arbitraje; dentro de la opción del arbitraje, es corriente que se prevean distintas alternativas, bien arbitrajes institucionales –señaladamente el arbitraje CIADI, de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI o del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo o arbitraje *ad hoc* conforme a las reglas de arbitraje de la CNUDMI.

2. Durante largo tiempo, el Derecho de la UE ha convivido pacíficamente con la realidad de los APPRI de los Estados miembros. Las instituciones comunitarias parecían reconocer de forma natural la competencia de los Estados miembros para celebrar Tratados bilaterales de inversión. Una de las expresiones más claras de este reconocimiento lo encontramos en los Acuerdos de Asociación celebrados por la Comunidad Europea (CE) y los Estados miembros con terceros

Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 281–306; N. Rubins, “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Arbitration”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects*, (N. Horn, ed.), La Haya, 2004, pp. 283–324; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d’autres États*, Dijon, 2004, pp. 43–104; J.P. Lavie, *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*, Ginebra, 1985, pp. 11–51.

⁴ Interesa destacar que en los APPRI celebrados por los Estados europeos –al contrario de lo que sucede en los APPRI norteamericanos– las normas sustantivas de protección se aplican una vez la inversión ha sido admitida y establecida en el Estado de destino; esto es, estas normas no se aplican en la fase de admisión de las inversiones. Sobre la cuestión de la admisión o entrada de las inversiones extranjeras en los distintos Acuerdos *vid.*, en general, I.F.I. Shihata, “Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 9, n° 1, 1994, pp. 54 ss; P. Juillard, “Freedom of Establishment, Freedom of Capital Movements, and Freedom of Investment”, *ibid.*, vol. 15, n° 2, 2000, pp. 322–339.

Estados y organizaciones internacionales⁵. Por ejemplo, en el Acuerdo Euromediterráneo celebrado con la República Argelina Democrática y Popular, se insta a “la implantación de un marco jurídico que favorezca la inversión, en su caso, *mediante la celebración entre Argelia y los Estados miembros de acuerdos de protección de la inversión (...)*”⁶. En la misma línea se expresan el Acuerdo euromediterráneo concluido con Egipto⁷, el Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y la República Libanesa⁸, el Acuerdo de Asociación económica, concertación política y cooperación firmado con los Estados Unidos Mexicanos⁹, el Acuerdo Marco Interregional concluido entre la Comunidad Europea y Mercosur¹⁰, el Acuerdo de diálogo político y cooperación celebrado entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, por otra¹¹, y el Acuerdo de diálogo político y cooperación concluido con la Comunidad Andina y sus países miembros¹².

Todos estos Acuerdos reconocen, de alguna u otra forma, la facultad de los Estados miembros de celebrar Acuerdos bilaterales en materia de inversiones extranjeras con terceros Estados, con el contenido a grandes trazos descrito anteriormente. Al parecer, la Comunidad Europea no se planteó la hipótesis de los posibles roces que podían darse entre los APPRI y la normativa comunitaria; o si se planteó, no quiso enredarse en un tema complejo que ha pasado, sorprendentemente, bastante desapercibido en la doctrina hasta tiempos recientes.

3. Realmente, resulta bastante sorprendente el poco interés que ha despertado la existencia de los APPRI en el marco del proceso de integración europea. El Derecho de la UE, tal y como se verá más adelante, ha regulado y regula aspectos que afectan al tema de las inversiones extranjeras. Esta circunstancia puede dar lugar a fricciones entre ambos cuerpos normativos y conducir a plantear posibles incompatibilidades que necesitan de una respuesta y una solución fun-

⁵ Sobre la actividad convencional de la UE y los Estados miembros con terceros Estados, *vid.* J. Karl, “The Competence for Foreign Direct Investment. New Powers for the European Union?”, *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, n° 3, 2004, pp. 416–418.

⁶ Art. 54 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra; (énfasis añadido).

⁷ Art. 46 del Acuerdo.

⁸ Art. 47.1º.e).

⁹ Art. 15 del Acuerdo de Asociación. Este Acuerdo persigue el objetivo de construir un entorno jurídico favorable para la inversión mediante el establecimiento de “condiciones atractivas y estables” para las inversiones y, cuando sea necesario, a través de la celebración de acuerdos de promoción y protección de las inversión entre los Estados miembros y México.

¹⁰ Art. 12.

¹¹ Art. 31.

¹² Art. 31.

dada en principios de Derecho. El innegable protagonismo de los APPRI y los métodos de resolución de diferencias previstos en los mismos –de forma particular el mecanismo del arbitraje de inversión en sus distintas versiones– en los Estados miembros puede verse afectada por las incompatibilidades que puedan evidenciarse en relación con el Derecho de la Unión.

No obstante, esta aparente falta de interés por parte de las instituciones de la UE y de la doctrina parece haber llegado a su fin. Hechos bastante recientes han renovado el interés por esta problemática: tres sentencias del TJUE sobre la incompatibilidad de ciertas cláusulas de los APPRI con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE); varias decisiones arbitrales que deciden sobre su jurisdicción en el marco de APPRI celebrados entre dos Estados miembros; el nuevo reparto competencial establecido en el Tratado de Lisboa, incorporando la materia de las inversiones extranjeras directas dentro de la Política Comercial Común (PCC); y por último, una Comunicación de la Comisión y una Propuesta de Reglamento que esbozan el futuro de la política de inversiones extranjeras directas de la UE.

4. En la actualidad, los Estados miembros son parte en más de mil APPRI. La mayoría de los APPRI vinculan a un Estado miembro con un tercer Estado (APPRI extra-UE). No obstante, no es una problemática menor la que plantean los cerca de 190 APPRI celebrados entre dos Estados miembros (APPRI intra-UE). La perspectiva para el análisis de la relación y convivencia de los APPRI y el Derecho de UE debe distinguir los APPRI intra-UE y los extra-UE. Son dos realidades distintas que, si bien presentan ámbitos comunes, exigen un estudio diferenciado, especialmente en relación con las consecuencias que derivan de las posibles incompatibilidades que puedan existir entre el régimen de los APPRI y el Derecho de la UE. En todo caso, el encaje de los APPRI, tanto de los internos como los externos, en la UE suscita numerosos interrogantes. La inseguridad jurídica en este ámbito es, a día de hoy, grande y debe ir poco a poco remediándose. La finalidad de este trabajo es proporcionar una visión general de los principales problemas jurídicos –ciertamente complejos– que rodean la relación de los APPRI y el Derecho de la UE y poner de manifiesto los pasos y avances que se están dando en la Unión en el ámbito de las inversiones extranjeras.

2. Normativa de la UE sobre inversiones intra y extracomunitarias

A) Situación anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa

5. Antes de la entrada en vigor del Tratado Lisboa el tema de las inversiones extranjeras ha sido objeto de regulación comunitaria, aunque desde un enfoque distinto al de los Tratados bilaterales de inversión. La competencia de la CE en el este ámbito material ha tenido su reflejo en varias disposiciones del TCE, sin

guardar una unidad en la regulación, como es el caso de los APPRI¹³.

La CE tenía competencia compartida respecto al régimen de capital y pagos regulado entre los arts. 56 y 60 TCE –arts. 63 ss TFUE–. Estas disposiciones instauraban el principio de libertad de circulación, en virtud del cual, quedaban prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales y pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países¹⁴. La libertad de establecimiento regulada entre los arts. 43 y 48 TCE (arts. 49–55 TFUE) también afectaba de forma directa a los inversores nacionales de los Estados miembros que pretendían invertir en el territorio de otros Estados miembros. Por su parte, conforme a las disposiciones 131–134 TCE referentes a la PCC, la CE gozaba de competencia exclusiva *ad extra* en materia de comercio de servicios, que abarca, también, la tercera modalidad de prestación de servicios del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS) y que se realiza mediante la implantación del servidor en el Estado donde se va a prestar el servicio¹⁵. Por último, la posibilidad de extender el alcance de la competencia de la CE mediante la aplicación de la teoría de las competencias implícitas desarrollada en los Dictámenes del TJCE 1/76, 1/94 y 1/03 y las sentencias conocidas como “cielo abierto”, no ha tenido mayor relevancia en este ámbito¹⁶.

6. Todas estas normas del TCE han coexistido durante años con los APPRI de los Estados miembros. Esta aparente ausencia de roces entre ambas regulaciones puede explicarse a partir de la siguiente constatación: mientras que las normas de capitales y pagos y las reguladoras del derecho de establecimiento se ocupaban de aspectos relativos a la libre circulación de las inversiones, la vertiente de la protección no quedaba comprendida, en principio, dentro de la competencia

¹³ Para una visión general de la competencia de la Unión Europea en el ámbito de las inversiones extranjeras directas, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, *vid.* J. Karl, “The Competence for Foreign...”, *loc. cit.*, pp. 413–448; E. Teynier, “L'applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements entre États membres de l'Union européenne”, *Gazette du Palais*, n° 89, 2008.

¹⁴ *Vid.* J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho económico internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2010, pp. 381–384. Esta prohibición, al igual que hoy, presentaba un carácter inequívoco e incondicional y no requería de ninguna medida adicional de aplicación; sin embargo, ello no obstaba a que, tanto los Estados miembros como la CE, en los supuestos previstos en el TCE, pudieran adoptar medidas de salvaguardia o restrictivas respecto a tales movimientos.

¹⁵ La PCC no incluía como tal la materia de las inversiones extranjeras. Este hecho se deduce claramente del Dictamen 1/94 del TJ, emitido con ocasión de la firma del conjunto de acuerdos anejos al Acuerdo constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y por el Acta Final de la Ronda Uruguay. *Vid.* J. Karl, “The Competence for Foreign...”, *loc. cit.*, pp. 414–415. M. Burgstaller “The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States”, *International Investment Law and EU Law*, (eds. M. Bungenberg *et al.*), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, p. 58.

¹⁶ *Vid.* T. Eilmansberger, “Bilateral Investment Treaties and EU Law”, *Common Market L. Rev.*, n° 46, 2009, p. 391; el autor considera que era difícil delimitar el alcance de estas competencias implícitas en el ámbito de las inversiones extranjeras; pero resultaba evidente que esta competencia implícita no cubría todos los aspectos relevantes de las inversiones internacionales.

de la CE¹⁷. Si tenemos en cuenta que la mayoría de las normas de los APPRI europeos son normas de protección que se aplican una vez la inversión ha sido admitida y establecida en el país de destino, ello explica que la relación entre ambos regímenes no haya sido conflictiva.

Sin embargo, esta distinción entre los aspectos relacionados con la libertad de circulación y los de protección puede llegar a considerarse demasiado simple y no del todo exacta. De hecho, se ha dicho que el art. 57.2º TCE podía servir como fundamento jurídico suficiente para tratar, en el marco de acuerdos con proyección externa celebrados por la CE, aspectos atinentes a la fase posterior al establecimiento¹⁸. El documento *Minimum Platform on Investment for EU FTA*, de 2006, que tiene la finalidad, en el marco de los acuerdos de libre comercio, de servir como patrón a la UE para la negociación con terceros países de las normas sobre establecimiento, comercio de servicios y comercio electrónico, también podría conducir a un solapamiento entre los APPRI y los Tratados adoptados sobre la base de este modelo, al prever este último la aplicación del estándar de trato nacional en la fase post-establecimiento de las inversiones¹⁹.

Por otra parte, tampoco es cierto que los APPRI no regulen cuestiones relacionadas con la libertad de circulación; ello es evidente si atendemos a la cláusula relativa a las transferencias, muy habitual en los APPRI, en virtud de la cual los Estados parte garantizan a los inversores de la otra parte contratante la libre transferencia de todos los pagos relacionados con sus inversiones con origen o destino en su territorio. No obstante, el solapamiento de los APPRI y el TCE no debe llevar automáticamente a un escenario de conflicto o incompatibilidad, menos aún en ámbitos de competencia compartida entre la CE y los Estados miembros, si bien es cierto que, tal y como se dará cuenta más adelante, el TJUE ha apreciado incompatibilidad entre el régimen comunitario de capital y pagos y las cláusulas de transferencia de los APPRI extra-UE.

En definitiva, resultaba y resulta complejo determinar con exactitud el grado de solapamiento entre las normas de los APPRI y las normas del TCE; esta difi-

¹⁷ UNCTAD, *Investment Provisions in Economic Integration Agreements*, 2006, http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200510_en.pdf, p. 26; J. Karl, "The Competence for Foreign...", *loc. cit.*, p. 415.

¹⁸ En este sentido, es interesante la opinión de J. Díez-Hochleitner, "El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea", *Revista española de Derecho europeo*, enero-marzo 2010, p. 27. También, T. Eilmansberger, "Bilateral Investment Treaties...", *loc. cit.*, p. 391.

¹⁹ Documento no publicado. *Vid.* sobre el mismo: *Note for the attention of the 133 Committee* 381/06, 31.7.2006, Minimum platform on investment for EU FTAs –Provisions on establishment in template for a Title on "Establishment, trade in services and e-commerce", http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_ecom.pdf. Sin embargo, este solapamiento no es pleno, porque el propio *Minimum Platform* excluye de su ámbito de aplicación la cuestión de la expropiación y la de los mecanismos de solución de diferencias entre Estados e inversores. *Vid.* T. Eilmansberger, "Bilateral Investment Treaties...", *loc. cit.*, p. 393.

cultad es consecuencia, en parte, de las distintas formas de afrontar la regulación de las inversiones intra y extracomunitarias. Al contrario de lo que sucede en los APPRI, el TCE incorpora una regulación diseminada y no emplea disposiciones y estándares de tratamiento equivalentes a las que son habituales en los APPRI, lo que dificulta la comparación entre ambos sistemas y la precisión del alcance de sus normas.

B) Nuevo reparto competencial en materia de inversiones extranjeras directas: la aportación del Tratado de Lisboa

7. El Tratado de Lisboa ha supuesto un cambio radical en el reparto competencial existente entre la UE y los Estados miembros en el ámbito de las inversiones extranjeras. La materia de las inversiones extranjeras directas ha pasado a formar parte de la PCC²⁰. De acuerdo con el art. 206 TFUE “mediante el establecimiento de una unión aduanera (...) la Unión contribuirá, en el interés común, al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a las inversiones extranjeras directas, así como a la reducción de las barreras arancelarias y de otro tipo”. La inclusión de las inversiones extranjeras directas dentro de la PCC implica que la UE, en virtud del art. 3.1º.e) del TFUE, posee competencia exclusiva en esta materia en su dimensión *ad extra*. Es decir, a partir de Lisboa, la competencia para celebrar Tratados internacionales con terceros Estados que tengan por objeto la materia de las inversiones extranjeras directas pertenece a la Unión. Esta nueva competencia afecta muy directamente a la facultad de los Estados miembros para celebrar APPRI con terceros Estados. Ahora bien, esta competencia, en principio, sólo afectaría a los APPRI extra-UE y no así al reparto competencial en su dimensión interna, que, con leves modificaciones, mantiene la situación anterior²¹. Esto es así, porque, tal y como se ha afirmado, la competencia externa puede existir sin una competencia interna paralela²².

Con esta nueva regulación la UE ve claramente reforzada su posición como agente negociador de los Acuerdos de inversión con terceros Estados. Tal y como se pone de manifiesto en la Comunicación de la Comisión Europea, de 7 de julio de 2010, hacia una política global europea en materia de inversión interna-

²⁰ Vid. sobre la cuestión, M. Burgenberg, “The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics”, *International Investment Law and EU Law*, (eds. M. Burgenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 29–42; *id.*, “Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon”, *European Yearb. Int’l Economic L.*, 2010, pp. 123–151. T. Eilmansberger, “Bilateral Investment Treaties...”, *loc. cit.*, pp. 394 ss.

²¹ M. Burgstaller, “The Future of Bilateral...”, *loc. cit.*, p. 57, pone de relieve que el Tratado de Lisboa también modifica el art. 60.1 del TCE, suprimiendo la referencia a los terceros Estados, lo que, en su opinión, puede tener como resultado que los APPRI intra-UE queden bajo un mayor escrutinio de la Comisión, siguiendo la jurisprudencia del TJ.

²² *Ibid.*, pp. 65–66.

cional²³, mediante esta nueva competencia, la Unión, consciente de la importancia de los flujos de inversión internacionales y de la condición de la UE como principal destino y origen de éstos, pretende desarrollar una política europea de inversiones que sirva para mejorar la competitividad de las empresas europeas²⁴. La competencia exclusiva de la Unión se encontraría justificada por la necesidad de crear contextos estables, sanos y predecibles para las operaciones de inversión²⁵. A pesar de reconocerse el papel fundamental que han jugado los APPRI en la política de inversiones de los Estados miembros –elementos centrales para la seguridad jurídica en el sector e instrumentos eficaces para promover y atraer inversiones–, la Comisión no ve adecuado que la protección de las inversiones europeas dependa del hecho de que el Estado de la nacionalidad del inversor haya o no celebrado un APPRI con el Estado receptor de la inversión. A su modo de ver, esta circunstancia sitúa a las empresas europeas en situación de desigualdad e impide asegurar mismos niveles de seguridad²⁶.

8. Dada la relevancia de la aportación del Tratado de Lisboa y ante la ausencia de más indicaciones en el art. 206 TFUE, es necesario hacer un esfuerzo dirigido a trazar los contornos precisos de esta competencia exclusiva de la UE, con el fin de determinar si ésta alcanza a todas las cuestiones tradicionalmente incluidas en los APPRI extra-UE. Esto es, cabe preguntarse si el concepto de inversión de los APPRI es el mismo concepto del art. 206, que limita su referencia a las inversiones extranjeras “directas”; si esta nueva competencia alcanza a aspectos relacionados con la protección de las inversiones, como el trato justo y equitativo o la expropiación; o si debe entenderse que abarca la cuestión del arreglo de diferencias inversor-Estado. Esta precisión es importante porque, según a que conclusión que se llegue, los Estados miembros mantendrán un mayor o menor ámbito de competencia *ad extra*, la relevancia de la acción exterior de la UE será distinta y de ello dependerá, también, que los futuros APPRI sean Acuerdos concluidos por la UE o Acuerdos mixtos.

La Comisión Europea ha querido dar una rápida respuesta a la inseguridad jurídica derivada de la indeterminación del alcance de la competencia del art. 206 del TFUE, mediante la presentación de la mencionada Comunicación. La Comisión entiende que la política común de inversiones extranjeras debe abarcar to-

²³ COM(2010)343 final. La Comisión reconoce que esta medida –junto con la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países– es un primer paso en el desarrollo de una política europea en materia de inversiones extranjeras, que será progresivo y contará con objetivos claros (p. 1 de la Comunicación). *Vid.* en general, B. Poulain, y M. Raux, “Actualité du droit européen des investissements internationaux”, *Rev. gén. dr. int. pub.*, 2011, pp. 113 ss.

²⁴ COM(2010)343 final, pp. 3 y 6.

²⁵ *Ibid.*, p. 4.

²⁶ *Ibid.*, p. 5.

das las fases de la inversión, desde la admisión hasta el retiro, y todas las vertientes de la regulación, esto es, la liberalización y la protección²⁷. Como se observa, la Comisión hace una interpretación extensiva del art. 206 TFUE. El objetivo final sería sustituir los APPRI extra-UE existentes por Tratados internacionales concluidos entre la UE y terceros Estados²⁸.

Respecto a los tipos de inversión que cubriría la política común europea, la Comisión insta a que ésta no se limite a las inversiones “directas”. En su opinión, también debería abarcar todas las operaciones relacionadas con la inversión y las inversiones de cartera²⁹. Ahora bien, el art. 206 TFUE es claro al limitar su alcance a las inversiones extranjeras “directas” donde, en principio, no deberían incluirse las de cartera³⁰. A pesar de ello, la Comisión entiende que la coherencia con el capítulo sobre capital y pagos del TFUE justifica la extensión de la política común europea a las inversiones de cartera. Fundamentándose en el art. 3.2º TFUE³¹, afirma que “en la medida en que los acuerdos internacionales sobre inversiones afecten al ámbito de aplicación de las normas comunes establecidas en el capítulo del Tratado sobre capital y pagos, la Unión tendría la competencia exclusiva para celebrar acuerdos en este ámbito”³².

Cuando el art. 206 TFUE dice que la Unión contribuirá a la supresión progresiva de las restricciones a las inversiones extranjeras directas, puede interpretarse que únicamente se refiere a aspectos relacionados con la liberalización de las inversiones, dejando fuera de su ámbito competencial los aspectos relativos a la protección³³. No obstante, según la doctrina mayoritaria y la Comisión ésta no

²⁷ *Ibid.*, pp. 5–6.

²⁸ Además, la Comunicación incluye una agenda de negociación, donde se incluyen los criterios de selección y prioridades de la UE. *Vid.* COM(2010)343 final, pp. 6–8.

²⁹ *Ibid.*, pp. 8–9.

³⁰ La imposibilidad de incluir las inversiones de cartera en el concepto de inversión extranjeras directa se desprendería, entre otras razones, de la opinión de la doctrina, la Directiva 83/161/CEE del Consejo sobre movimientos de capital (anexo I), y de la interpretación que de esta Directiva ha realizado el TJUE en asunto *Comisión c. España* (C-463/00), de 13 de mayo de 2003 (apdo 53). *Vid.* J. Díez-Hochleitner, “El incierto futuro de los acuerdos bilaterales...”, *loc. cit.*, p. 30–31. En el mismo sentido, T. Eilmansberger, “Bilateral Investment Treaties...”, *loc. cit.*, pp. 394–396; M. Bungenberg, “The Division of Competences...”, *loc. cit.*, p. 41. La limitación del concepto de inversión directa también es puesta de relieve por M. Burgstaller “The Future of Bilateral...”, *loc. cit.*, pp. 62–63.

³¹ El art. 3.2º TFUE dispone que “(l)a Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas”.

³² COM(2010)343 final, pp. 8–9.

³³ *Vid.* al respecto, A. Reinisch “The Division of Powers Between the EU and Its Member States “After Lisbon”, *International Investment Law and EU Law*, (Eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 50–52. La dificultad de delimitar el alcance de la competencia del art. 206 también es puesta de relieve por M. Bungenberg, “Going Global? The EU...”, *loc. cit.*, pp. 143–144, quien considera que un interpretación minimalista de este artículo podría llevar a interpretar que la

parece ser la interpretación correcta del art. 206, aunque también resulta dudoso si de alcanzar cuestiones de protección, ésta pudiera llegar a cubrir todas las disposiciones normalmente previstas en los APPRI³⁴. La Comisión, por su parte, en su Comunicación, sostiene que esta competencia permitirá a la UE adoptar normas destinadas a la protección de las inversiones, donde se incluirían la norma de trato justo y equitativo, la de plena protección y seguridad, la cláusula de NMF, la de trato nacional, la cláusula *umbrella*, la prohibición de discriminación, la libre transferencia de fondos de capital y pagos, incluso, la disposición relativa a la expropiación³⁵.

Un elemento fundamental de los APPRI (y de los futuros Tratados de inversión celebrados por la UE) es el mecanismo de arreglo de controversias entre Estados e inversores, donde destaca sobremanera el arbitraje de inversión. La Comisión considera que el arbitraje cumple un papel muy importante como garante de la aplicación y cumplimiento de los acuerdos internacionales³⁶. Esta circunstancia le lleva a afirmar que “(l)a relación entre el inversor y el Estado es una característica tan consolidada de los acuerdos de inversión que la ausencia de dicho mecanismo disuadiría a los inversores y haría perder atractivo a una economía con respecto a otras”³⁷. Por tal motivo los futuros Acuerdos de la UE deberían recoger un mecanismo de resolución de diferencias entre el inversor y el Estado. No obstante, la Comisión es consciente de las dificultades que puede plantear la inclusión del arbitraje de inversión en los Tratados concluidos por la

mismo sólo cubre aspectos relacionados con liberalización de las inversiones, esto es, relativos al acceso de mercado y las restricciones aplicables en la fase anterior a la entrada. No obstante, señala que “*given that the decision to make a long-term investment aslo crucially depends on the stability of the legal environment in the host State, and more generally on the degree of protection the investment will enjoy in the médium or long term, such a narrow interpretation is not compelling*”. Vid. también, el trabajo del mismo autor, “The Division of Competences...”, *loc. cit.*, pp. 35–37.

³⁴ Vid las reflexiones de J. Díez-Hochleitner, “El incierto futuro de los acuerdos bilaterales...”, *loc. cit.*, pp. 31–33, argumenta que la nueva redacción de los arts. 206 y 207 no permite abarcar todos los aspectos de la protección de las inversiones una vez establecidas en los Estados de destino, como es el caso de la expropiación. B. Poulain, y M. Raux, “Actualité du droit européen...”, *loc. cit.*, p. 118, ponen de relieve que el fundamento jurídico de estos artículos no es tan sólido como le gustaría a la Comisión.

³⁵ COM(2010)343 final, pp. 9–10. Según M. Burgenberg, “The Division of Competences...”, *loc. cit.*, pp. 36–37, el art. 206 TFUE también incluiría la determinación de las condiciones bajo las cuales puede tener lugar la expropiación. Para llegar a esta conclusión el autor sostiene que el art. 345 TFUE, según el cual “los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”, debe interpretarse, en la línea del TJUE, de forma restrictiva, no pudiéndose considerar que las condiciones de expropiación caigan dentro de su alcance.

³⁶ Respecto al arbitraje de inversión y la posición de la Comisión *vid.* las interesantes reflexiones de B. Poulain, y M. Raux, “Actualité du droit européen...”, *loc. cit.*, pp. 121–122

³⁷ COM(2010)343 final, p. 10.

UE. Por ejemplo, el Convenio de Washington, por el que se instituye el CIADI, solo está abierto a la firma de los Estados³⁸.

Para finalizar, en lo que respecta al alcance de esta nueva competencia de la Unión, es interesante observar la intención de la Comisión de extender, en los futuros Acuerdos de inversión, la aplicación de los estándares de trato nacional y de NMF a la fase de admisión o pre-acceso de la inversión. Ello supone una novedad en la práctica de los Estados miembros; los APPRI europeos, han dejado tradicionalmente en manos de las legislaciones internas de los Estados la regulación de la fase de la admisión. Para la Comisión este aspecto de los APPRI europeos supone una carencia que ha de ser corregida, porque implica una desventaja respecto a las inversiones cubiertas por APPRI (especialmente norteamericanos) que sí regulan la fase de la admisión³⁹.

II. Roces entre los APPRI y el Derecho de la UE y sus consecuencias

1. El caso de los APPRI extra-UE

A) Incompatibilidad entre los APPRI extra-UE y el Derecho de la UE

9. A partir del Tratado de Lisboa, la competencia para celebrar APPRI extra-UE pertenece a la Unión⁴⁰. Sin embargo, existen más de mil APPRI vigentes que vinculan a Estados miembros con terceros Estados. Los APPRI existentes y los Tratados de la UE pueden presentar roces, incluso, incompatibilidades, en la medida en que las obligaciones impuestas por el Derecho de la UE no puedan ser observadas si se pretende a la vez dar cumplimiento a lo dispuesto en los APPRI. El riesgo de incompatibilidad no es un problema hipotético, sino que ha sido constatado por el TJ en los asuntos C-205/06 (*Comisión / Austria*), C-249/06 (*Comisión / Suecia*) y C-118/07 (*Comisión / Finlandia*) y, en cierta medida, también ha sido reconocido por la Comisión Europea y los países del este de

³⁸ Art. 67 del Convenio de Washington. COM(2010)343 final, pp. 10–11. La Comisión, defiende que estos mecanismos deben ser de calidad. Para ello, los principales retos serían: mejorar la transparencia (abriendo los procedimientos a la participación de los *amicus curiae*, publicando las decisiones de los árbitros y dando apertura a las audiencias) y aumentar la coherencia y la previsibilidad mediante la atomización de las controversias y las interpretaciones, para lo cual podría recurrirse a árbitros cuasi-permanentes o estableciendo mecanismos de apelación en el marco de Acuerdos de inversión concretos. *Vid.* M. Bungenberg, “Going Global? The EU...”, *loc. cit.*, p. 149

³⁹ En este sentido se pronunciaba, también, M. Bungenberg, *ibid.*, pp. 142–143, para quien esta nueva configuración de la PCC podría servir al objetivo de reducir las diferencias que existen entre los Acuerdos bilaterales de los países europeos y los Acuerdos que siguen un modelo más liberal y, por consiguiente, más favorable a los flujos de inversión.

⁴⁰ Esta afirmación ha de entenderse con las lógicas reservas derivadas, tal y como se ha visto, de la incertidumbre relativa al alcance preciso de esta competencia, y que puede llevar a plantearse que todos los Acuerdos futuros celebrados por la UE en esta materia deban ser Acuerdos mixtos.

Europa que eran candidatos para el acceso a la UE, en 2003, en el *Understanding Concerning Certain U.S. Bilateral Investment Treaties*, firmado con los EE UU.

10. Una supuesta incompatibilidad entre los APPRI extra-UE y el TCE llevó a la Comisión, durante el año 2004, a iniciar procedimientos de incumplimiento contra Austria, Suecia y Finlandia. Las consideraciones de la Comisión no fueron acogidas por los Estados mencionados, por lo que, una vez finalizada la fase administrativa, la Comisión acudió ante TJ, dando inicio a la fase judicial⁴¹. Es la primera vez que se plantea ante el TJ la posibilidad de que un gran número de APPRI pueda entrar en conflicto con el Derecho de la UE y, por tanto, es de subrayar la importancia de estas tres sentencias, emitidas en 2009⁴²; todas ellas tratan una misma problemática y resuelven empleando una argumentación similar⁴³.

Los tres procedimientos de incumplimiento hacen referencia a varios APPRI que Austria, Suecia y Finlandia celebraron con terceros Estados antes de su acceso a la UE. La Comisión entiende que estos Acuerdos bilaterales son incompatibles con el TCE; concretamente, sostiene que las disposiciones de los APPRI relativas a la libre transferencia de los pagos derivados de la inversión son contrarias a los arts. 57.2º, 59 y 60.1º TCE (64.2º y 3º, 66 y 215.1º TFUE). El art. 56 del TCE (art. 63 TFUE) establece la prohibición de las restricciones a los movimientos de capital y pagos entre Estados miembros y terceros Estados; los APPRI serían compatibles con esta disposición al establecer un régimen basado en la libertad de transferencia. Ahora bien, los tres artículos del TCE citados reconocen la facultad del Consejo para adoptar medidas restrictivas y de salvaguardia respecto a tales movimientos de capital y pagos. En opinión de la Comisión, los APPRI no permiten a Suecia, Austria y Finlandia aplicar las restricciones que el Consejo pudiera adoptar conforme a los arts. 57.2º, 59 y 60.1º TCE y, por tanto, sostiene que existe incompatibilidad entre ambos regímenes. Teniendo en cuenta que el art. 307.2º TCE (art. 351.2º TFUE) impone a los Estados miem-

⁴¹ Vid. J. Díez-Hochleitner, "El incierto futuro de los acuerdos bilaterales...", *loc. cit.*, p. 8.

⁴² *Ibid.*, p. 9

⁴³ Las sentencias en los asuntos C-205/06 (*Comisión / Austria*) y C-249/06 (*Comisión / Suecia*), de 3 de marzo de 2009, y la sentencia en el caso C-118/07 (*Comisión / Finlandia*), de 19 de noviembre de 2009. Vid al respecto, N. Lavranos, "European Court of Justice—infringement of Article 307—failure of member states to adopt appropriate measures to eliminate incompatibilities between the Treaty Establishing the European Community and bilateral investment treaties entered into with third countries prior to accession to the European Union", *Am. J. Int'l L.*, vol. 103, 2009, pp. 716–722; J. Díez-Hochleitner, "El incierto futuro de los acuerdos bilaterales...", *loc. cit.*, pp. 10–22; T. Eilmansberger, "Bilateral Investment Treaties...", *loc. cit.*, pp. 408 ss; M. Burgstaller "The Future of Bilateral...", *loc. cit.*, p. 58–61; A.A. Ghouri, "Resolving Incompatibilities of Bilateral Investment Treaties of the EU Member States with the EC Treaty: Individual and Collective Options", *European Law Journal*, vol. 16, nº 6, 2010, pp. 809–811; M. Potestà, "Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, nº 2, 2009, pp. 238 ss.

bro la obligación de recurrir a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades entre el TCE y los Tratados concluidos por ellos con anterioridad a la fecha de su adhesión, para la Comisión, la inacción de estos tres Estados en aras a remediar tal incompatibilidad supone el incumplimiento de la obligación prevista en el art. 307.2º TCE.

Austria, Suecia y Finlandia –con el apoyo de Estados como Alemania, Lituania y Hungría– sostuvieron que los APPRI en cuestión no afectaban negativamente a la facultad del Consejo de limitar el movimiento de capitales y pagos conforme al TCE. Además, argumentaban que no podía hablarse de infracción del art. 307.2º TCE, mientras no se probase que conforme a los APPRI no tenían capacidad de ejecutar las medidas restrictivas establecidas por el Consejo. Además, en su opinión, tal prueba solo resulta posible cuando el Consejo haya efectivamente adoptado medidas restrictivas; es decir, cuando haya sido ejercida la competencia atribuida por el TCE, circunstancia que no había sucedido en aquel momento. Sostienen, por tanto, que mientras no se adopte ninguna restricción sobre la base del TCE, el incumplimiento es meramente hipotético y no real⁴⁴.

El TJ no acepta los argumentos de los Estados miembros demandados. Al contrario, en la misma línea que la Comisión, cree que es necesario garantizar el “efecto útil” de los arts. 57.2º, 59 y 60.1º TCE. Para ello, se debe asegurar que, si el Consejo adopta restricciones sobre la base de los mismos, estas restricciones puedan ser aplicadas “inmediatamente” a los Estados afectados, Estados que pueden estar vinculados mediante APPRI con Austria, Suecia o Finlandia. El Tribunal de Justicia aprecia que tanto los APPRI como el Derecho internacional, no contienen disposiciones ni mecanismos que permitan a los Estados miembros ejercer sus derechos y observar sus obligaciones conforme al TCE. El Tribunal de Justicia, finalmente, resuelve que los tres Estados han incumplido las obligaciones del art. 307.2º TCE, porque no han recurrido a los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades relativas a las disposiciones en materia de transferencia de capitales contenidas en los APPRI en cuestión⁴⁵.

⁴⁴ Por ejemplo, Austria afirmaba que “mientras el Consejo no adopte ninguna restricción no se plantea la cuestión de la compatibilidad de los convenios de que se trata con una disposición del Tratado que no ha sido objeto de aplicación”, y que “el incumplimiento invocado por la Comisión es meramente hipotético”. STJCE C-205/06 (*Comisión / Austria*), párrs. 18 y 19.

⁴⁵ El Abogado General M. Poiares Maduro, en los asuntos C-205/06 (*Comisión / Austria*) y C-249/06 (*Comisión / Suecia*), respalda la conclusión del TJ al considerar que sí existe incumplimiento, pero haciendo uso de una argumentación distinta a la del Tribunal. Según la interesante reflexión del Abogado General, el incumplimiento de la obligación del art. 307 no puede fundarse exclusivamente en lo dispuesto en los arts. 57.2º, 59 y 60.1º TCE. En su opinión, para que estos artículos puedan tener como resultado la incompatibilidad con arreglo al art. 307 TCE, deben implicar una obligación para los Estados miembros. No obstante, cree que del tenor literal de los mismos es difícil inferir la existencia de ninguna obligación; al contrario, a su modo de ver estos artículos “simplemente habilitan a la Comunidad para actuar”. Tratándose de una materia de competencia compartida, hasta que la CE no actúe, los

11. A pesar de que los procedimientos de incumplimiento iniciados por la Comisión se limitaran a la incompatibilidad derivada de las disposiciones de los APPRI relativas a la transferencia de capitales y pagos, los APPRI extra-UE pueden presentar más puntos de fricción con el Derecho de la UE. Prueba de ello es el *Understanding Concerning Certain U.S. Bilateral Investment Treaties*, firmado en septiembre de 2003, por los EE UU, la Comisión Europea y los Estados del este de Europa que iban a integrarse en la Unión⁴⁶. El *Understanding* es un acuerdo de carácter político que refleja las intenciones de las Partes; no se trata, por tanto, de un acuerdo vinculante bajo el Derecho internacional⁴⁷.

Este instrumento pretende establecer las directrices y los pasos a seguir para la interpretación y, en su caso, modificación de los APPRI que vinculan a estos Estados candidatos y los EE UU de América, con el fin último de buscar la compatibilidad entre las obligaciones de los APPRI y las obligaciones derivadas de la condición de Estado miembro, esto es, de la aplicación del acervo comunitario. Sin entrar en un análisis pormenorizado del *Understanding*, es interesante destacar la opinión de las partes firmantes, según la cual, potencialmente podrían plantearse incompatibilidades en relación con las siguientes disposiciones: en primer lugar, entre las disposiciones de los APPRI relativos a la transferencia y la facultad del Consejo de restringir el movimiento de capitales conforme a los arts. 59 y 60 TCE, en relación con la obligación de los Estados miembros de recurrir a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades entre los Tratados de la CE y los Tratados que éstos hayan celebrado con terceros Estados antes de su adhesión (art. 307.2º TCE – actual art. 351.2º TFUE). En segundo lugar, los requisitos de desempeño que en ciertos sectores pudiera imponer la UE –como exigir el uso de bienes producidos o servicios prestados en la

Estados miembros son libres de regular el movimiento de capitales provenientes de y con destino a terceros Estados. Para el Abogado General, la violación del art. 307.2º en relación con los arts. 57.2º, 59 y 60.1º TCE, deriva del art. 10 TCE (art. 4.3º TUE) que establece el principio de cooperación leal. Según esta disposición los Estados deben abstenerse de adoptar toda medida que frustre la realización de los fines y objetivos del Tratado. Haciendo un paralelismo con otro ámbito donde se ha aplicado el deber de cooperación leal –las obligaciones de los Estados miembros durante el período de adaptación del Derecho interno a las Directivas– sostiene que los Estados miembros “están obligados a abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva”. En esta línea, afirma que “los Estados miembros no pueden poner en peligro un objetivo comunitario, ni siquiera un objetivo potencial”. Para el Abogado General, la obligación de cooperación leal del art. 10 TCE “puede (...) servir de base para la aplicación del art. 307 CE”. En sus conclusiones finalizaba proponiendo al Tribunal de Justicia “declare que Austria y Suecia han incumplido las obligaciones que les incumben en virtud del art. 307 CE, al no recurrir a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades entre los convenios bilaterales anteriores a la adhesión y el art. 10 CE en combinación con los arts. 57 CE, ap. 2, 59 CE y 60 CE, ap. 1º”. *Vid.* J. Díez-Hochleitner, “El incierto futuro de los acuerdos bilaterales...”, *loc. cit.*, pp. 12–15.

⁴⁶ Disponible en <http://www.state.gov/s/l/2003/44366.htm>.

⁴⁷ Concluding Provisions, nº1.

UE en el sector de la agricultura o en el sector audiovisual— podrían ir en contra del régimen de los requisitos de desempeño previsto en los APPRI de los EE UU y los Estados del este de Europa. En tercer y último lugar, las medidas que pudiera adoptar la UE en sectores sensibles como el de la agricultura, el audiovisual, la pesca, los hidrocarburos o el transporte, entre otros, y que crearan obligaciones a los Estados miembros podrían entrar en conflicto con la obligación de no discriminación, trato nacional y/o de NMF de los APPRI.

Por tanto, las obligaciones de los APPRI extra-UE pueden entrar en conflicto con más de una obligación que el acervo comunitario impone o pueda imponer a los Estados miembros, lo que exige un esfuerzo dirigido a dar solución a estas situaciones.

B) Soluciones y futuro para los APPRI extra-UE

12. La relación entre los APPRI y los Tratados de la UE no deja de ser una relación entre dos Tratados internacionales y, por tanto, regida por el Derecho de los Tratados. Si se buscara una respuesta al solapamiento y posible conflicto entre los APPRI extra-UE y los Tratados de la UE, se debería aplicar lo dispuesto en el art. 30.4º.b) del Convenio de Viena de 1969. Según este artículo, cuando las partes en un tratado anterior (el APPRI) no sean todas ellas parte en el Tratado posterior (los Tratados de la UE), “las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes”. Esta misma regla ha sido incorporada en el TFUE en su art. 351 (anterior art. 307 TCE)⁴⁸. Según esta cláusula de subordinación, las disposiciones de los Tratados de la UE “no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra”⁴⁹. Por tanto, el hecho de que un Estado parte en un APPRI haya adquirido obligaciones en virtud de los Tratados de la UE no afecta a los derechos y obligaciones que pudiera tener conforme al APPRI en relación con un tercer Estado. La vigencia del APPRI extra-UE no queda afectada porque uno de los Estados parte posteriormente haya adquirido la condición de Estado miembro de la UE. El ap. 1º del art. 351 TFUE ha sido recientemente argüido por el Abogado General Jääskinen —en un caso que todavía no cuenta con sentencia— para justifi-

⁴⁸ P. Manzini, “The priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law”, *European J. Int'l L.*, vol. 12, 2001, nº 4, pp. 785–786, señala que el mismo TJ ha reconocido que el art. 351.1º debe entenderse de conformidad con el art. 30 Convenio de Viena. *Vid. J. Díez-Hochleitner*, “El incierto futuro de los acuerdos bilaterales...”, *loc. cit.*, pp. 19–20.

⁴⁹ Sobre el art. 307 TCE (actual 351 TFUE) *vid* en general, P. Manzini, “The Priority of Pre-Existing Treaties...”, *loc. cit.*, pp. 781–792.

car el mantenimiento de los derechos y obligaciones derivados de un contrato discriminatorio según el Derecho de la UE, sobre la base de un APPRI previo a la adhesión de Eslovaquia a la UE⁵⁰.

No obstante, tal y como se ha visto anteriormente, el apartado segundo del art. 351 (anterior art. 307 TCE) impone a los Estados miembros el deber de recurrir a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se observen entre los Tratados anteriores a la adhesión celebrados con terceros Estados y los Tratados de la UE⁵¹. Un buen ejemplo de lo que supone esta obligación lo encontramos en el *Understanding Concerning Certain U.S. Bilateral Investment Treaties*⁵². Ciertamente, ante el riesgo de conflictos entre los APPRI y el acervo comunitario, los Estados candidatos y los EE UU de América (con la participación de la Comisión) establecen pautas para, en unos casos, acordar una interpretación de las previsiones del APPRI que garantice su convivencia pacífica con las futuras obligaciones que pudiera imponer la legislación de la UE y, en otros casos, para poner en marcha una modificación de algunas disposiciones de los APPRI que asegure la compatibilidad entre ambos marcos normativos. Otra opción sería la inclusión en los APPRI de una cláusula REIO (cláusula de organizaciones de integración económica regional) que asegurase el cumplimiento de las obligaciones del Derecho de la UE, sin que la conducta pudiera interpretarse contraria al APPRI⁵³. Por último, el deber de recurrir a todos los medios apropiados del art. 351.2º TFUE puede implicar en última instancia, cuando los intentos de modificación o de acuerdo sobre interpretaciones auténticas no lleguen a buen puerto, la obligación del Estado miembro de denunciar el APPRI⁵⁴, aun-

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General, de 15 de marzo de 2011, en el asunto *Comisión Europea c. Eslovaquia*, as. C-264/09. La controversia versa sobre un contrato celebrado, en 1997, entre una empresa suiza (ATEL) y un operador de redes eléctricas de propiedad estatal, que preveía la construcción de una línea de transporte de electricidad desde Polonia a Eslovaquia, a cambio de un acceso prioritario durante un periodo de 16 años. En 2006, a los tres años del ingreso de Eslovaquia en la UE, la Comisión plantea que garantizar el acceso prioritario a la línea eléctrica a ATEL es contrario a las obligaciones que tiene Eslovaquia en virtud de los arts. 9.e) y 20.1º Directiva 2003/54, ya que supone un trato discriminatorio. El Abogado General, aprecia que conforme al Derecho de la UE el contrato es discriminatorio. Sin embargo, el art. 351 del TFUE permitiría a Eslovaquia mantener los derechos y obligaciones derivados del APPRI celebrado con Suiza antes de su acceso a la UE. En su opinión, si Eslovaquia tuviera obligaciones respecto a ATEL que no pudieran ser cumplidas si Eslovaquia aplicara la Directiva, podría esgrimir lo dispuesto en el art. 351 TFUE para justificar el trato discriminatorio.

⁵¹ M. Potestà, "Il caso Eastern Sugar: accordi bilaterali sugli investimenti, Unione europea e diritto comunitario", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2008, pp. 1065-1066.

⁵² *Ibid.*, pp. 1066 ss.

⁵³ M. Burgstaller "The Future of Bilateral...", *loc. cit.*, p. 61.

⁵⁴ *Vid.* en este sentido, la opinión del Abogado General M. Poiares Maduro, en las conclusiones presentadas el 10 de julio de 2008, en los asuntos C-205/06 y C-249/06, párrs. 68 y 70. Fundamentándose en la sentencia de 4 de julio de 2000, *Comisión c. Portugal* (C-62/98 Rec. p. I-5171), apartado 49, sostiene que el "TJ ya ha aclarado que pueden constituir tales medios, en particular, modificar y, si resulta necesario, denunciar los convenios. Los Estados miembros están obligados a alcanzar el resulta-

que en este caso, se han de tener en cuenta y respetar las habituales disposiciones de los APPRI que prevén su aplicación durante un periodo adicional de diez o quince años después de su terminación.

Ahora bien, el art. 351 TFUE solo hace referencia a los APPRI anteriores a la adhesión del Estado a la UE. ¿Qué sucede con los APPRI que hayan entrado en vigor después de la adhesión y que en su caso pudieran plantear conflictos con el Derecho de la UE? Si se tratara de APPRI que a su entrada en vigor fueran compatibles, pero que luego dejaran de serlo, serían de aplicación las reglas de los apartados uno y dos del art. 351 TFUE⁵⁵. Si se consideran incompatibles desde el momento de su entrada en vigor, la respuesta debe ser necesariamente otra. Los Tratados de la UE no dicen nada al respecto. El Derecho internacional tampoco permite afirmar la nulidad de los mismos⁵⁶. En estos casos, se estaría ante dos Tratados válidos y vigentes y el Estado obligado por ambos podría verse abocado a violar uno de ellos si el cumplimiento de uno no pudiera llevarse a cabo sin incumplir el otro. De todos modos, la problemática de estos APPRI tampoco difiere tanto de los celebrados antes de la adhesión a la UE. La solución vendría por medio de la modificación o, en su caso, la denuncia del APPRI, si bien este comportamiento no es exigido en el art. 351 TFUE⁵⁷. ¿Se podría inferir de alguna otra disposición de los Tratados, la obligación de modificar o, en su caso, denunciar los APPRI cuando contuvieran normas incompatibles con el Derecho de la UE? En este sentido, tal obligación podría incluirse dentro del deber de cooperación leal del art. 4.3º TUE, donde se dice que la Unión y los Estados miembros tienen la obligación de respetarse y asistirse mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados, lo que supone –junto al deber de cooperación activa– la obligación de abstenerse de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión (deber de abstención). Sería razonable pensar que un APPRI contrario a las disposiciones de los Tratados de la UE es una medida que pone en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.

13. El Tratado de Lisboa, al incluir la materia de las inversiones extranjeras directas dentro de la PCC y, por tanto, convertirla en competencia exclusiva de la Unión, ha revestido de urgencia la necesidad de resolver el futuro y los pro-

do, limitados únicamente por la legalidad de los medios”. Sin embargo, matiza que en su opinión la denuncia debería ser una *ultima ratio*.

⁵⁵ J. Díez-Hochleitner, “El incierto futuro de los acuerdos bilaterales...”, *loc. cit.*, p. 19.

⁵⁶ En la exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los Acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países, p. 1, se reconoce que los APPRI extra-UE, como actos de Derecho internacional público, siguen estando en vigor.

⁵⁷ Por otra parte, parece lógico que el TFUE no regule tales supuestos, porque la UE no tiene por qué contemplar que los Estados miembros celebren Tratados que sean incompatibles con el Derecho de la UE.

blemas que plantean los APPRI extra-UE. La inseguridad jurídica en el sector es grande, ya que no es fácil adivinar como afectará en el futuro esta competencia a los APPRI en vigor. La modificación de los APPRI, que podía ser una solución adecuada en el pasado, ha dejado de serlo para el futuro; menos aún para ese futuro donde está previsto que la red de Tratados bilaterales de inversión extra-UE sea sustituida por Acuerdos de inversión concluidos por la UE. La denuncia tampoco se presenta como una solución adecuada, aunque fuera respetuosa con la nueva competencia de la Unión. Por una parte, dejar a los inversores europeos sin la protección de los APPRI, mientras no exista un Tratado similar que lo sustituya (celebrado, en este caso, por la UE y el tercer Estado de que se trate), sería una pérdida inaceptable desde el punto de vista de los propios inversores. Por otra parte, la transición normativa puede resultar compleja, dado que los APPRI suelen prever su aplicación durante un periodo de tiempo adicional largo –10 o 15 años– una vez que hayan sido denunciados o se hayan dado por terminados. Conscientes de los problemas que plantea esta situación y lo deseable de abordarlos de forma coordinada en aras a preservar la seguridad jurídica, las instituciones europeas han pretendido dar una respuesta rápida en esta nueva etapa, mediante la presentación de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los Acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países⁵⁸.

La propuesta de Reglamento reconoce que garantizar la seguridad jurídica en el sector, sin perjudicar la protección que brindan los APPRI vigentes a los inversores europeos, es un objetivo fundamental en estos momentos. La política de inversiones de la UE se presenta como una política de evolución gradual que irá ganando terreno a medida que la UE vaya regulando la materia. Por tanto, se prevé el mantenimiento del *statu quo*, esto es, que los APPRI sigan estando en vigor, hasta que sean sustituidos progresivamente por futuros Acuerdos de la Unión sobre los mismos asuntos. La propuesta de Reglamento establece en qué condiciones y conforme a qué procedimiento estarán los Estados miembros autorizados a mantener en vigor, modificar o celebrar Tratados bilaterales de inversión con terceros Estados⁵⁹. Como se observa, la propuesta no se limita a asegurar la protección de los APPRI en vigor, sino que también abre la puerta a posibles modificaciones, incluso, a la celebración de nuevos Tratados bilaterales.

La propuesta de Reglamento, en su capítulo segundo, regula la autorización de mantener en vigor los APPRI. Los Estados miembros, para que sean autorizados, deben notificar a la Comisión los APPRI que deseen mantener en vigor. La Comisión tendrá la facultad de revisar los APPRI que hayan sido notificados

⁵⁸ COM(2010)344 final.

⁵⁹ *Vid.* B. Poulain y M. Raux, “Actualité du droit européen...”, *loc. cit.*, pp. 123–126.

con el fin de comprobar que: no vulneran el Derecho de la Unión o bien; no se solapan, total o parcialmente, con un acuerdo vigente entre la Unión y el mismo tercer país o, por último; no constituyen un obstáculo al desarrollo y la aplicación de las políticas de la Unión en materia de inversión, en particular la PCC. Además, la autorización podrá ser retirada siempre que concurra alguna de las circunstancias previstas en el Reglamento. La revisión de los APPRI vigentes puede servir al objetivo de adaptar éstos a los Tratados de la UE (de forma particular, al capítulo de capital y pagos del TFUE tal y como sentenciaría el TJ en los asuntos C-205/06, C-249/06 y C-118/07), así como adecuarlos a las competencias de la UE que permiten imponer en ciertos sectores requisitos de desempeño o adoptar medidas especiales.

El futuro Reglamento también prevé la posibilidad de que los Estados miembros entablen negociaciones con terceros Estados para modificar un APPRI existente o celebrar uno nuevo⁶⁰. Para ello, los Estados miembros deberán notificar por escrito a la Comisión su intención de entablar negociaciones a tales efectos y será la Comisión quien autorice la apertura de las negociaciones formales. La autorización será denegada cuando la Comisión llegue a la conclusión de que la apertura de tales negociaciones no sería conforme con el Derecho de la UE (al margen de las incompatibilidades derivadas del reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros), o bien, sería perjudicial para la consecución de los objetivos de negociaciones en curso o inminentes entre la Unión y el tercer país en cuestión, o bien, constituiría un obstáculo al desarrollo y la aplicación de las políticas de la Unión en materia de inversión (en particular la PCC). Estas mismas razones entrarán en juego cuando la Comisión deba autorizar la firma y celebración de un Acuerdo de inversiones. La Comisión, por tanto, adopta un papel activo y relevante, ya que a ella le corresponderá autorizar la apertura de las negociaciones, la firma y la celebración de los APPRI. No sólo eso, la autorización para entablar negociaciones puede comprender la petición al Estado miembro de incluir cualquier cláusula pertinente en las negociaciones; además, durante las negociaciones la Comisión deberá estar informada del avance y de los resultados de sus diferentes fases y podrá solicitar su participación en las mismas.

Junto a las autorizaciones de mantener, modificar y celebrar APPRIs, la propuesta de Reglamento, en sus disposiciones finales, regula la conducta de los Estados miembros por lo que respecta a los Acuerdos con un tercer país. Se establece un deber general de información que los Estados deben cumplir respecto a la Comisión. Este deber de informar afecta a todas las reuniones que el Estado

⁶⁰ Ahora que la competencia para celebrar Tratados de inversión *ad extra* es de la competencia exclusiva de la Unión, resulta extraño observar que el Reglamento prevé la posibilidad de que los Estados miembros celebren nuevos APPRI; no obstante, ésta ha de considerarse “una medida transitoria excepcional” tal y como se pone de manifiesto en la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento.

miembro celebre en relación con las disposiciones de los acuerdos de inversión. Además, la Comisión podrá pedir más información al Estado miembro en cuestión. Por su parte, en caso de que una de las cuestiones que vaya a tratarse pudiera afectar a la aplicación de las políticas de la Unión en materia de inversión (de forma particular la PCC), la Comisión podrá pedir al Estado miembro que adopte una posición particular. El deber de informar también comprende los procedimientos arbitrales que puedan iniciarse sobre la base de los APPRI extra-UE vigentes. Así, la propuesta de Reglamento dispone que los Estados miembros tienen la obligación de informar a la Comisión de cualquier petición de solución de diferencias presentada en relación con el Acuerdo. Esta información, según la propuesta, permitirá la cooperación entre el Estado miembro y la Comisión y la adopción de las medidas necesarias para asegurar una defensa efectiva, en el marco de un procedimiento en el que, en su caso, podría participar la Comisión.

La propuesta de Reglamento tiene visos de convertirse, si al final se adopta, en un instrumento fundamental para articular el régimen transitorio de los APPRI y la nueva política europea de inversiones, así como para garantizar la seguridad jurídica en el sector⁶¹. La propuesta, incluso va más allá, al prever que los Estados miembros puedan modificar los existentes y celebrar nuevos Acuerdos, lo que hace pensar que la Unión entiende que la etapa transitoria será larga. Los APPRI extra-UE de los Estados miembros no parece, por tanto, que vayan a desaparecer pronto del mapa comunitario. Es por ello que el mecanismo de las autorizaciones puede ser eficaz, si se hace un buen uso del mismo, para forzar a los Estados miembros a corregir aquellas disposiciones de los APPRI que, como se ha visto en páginas precedentes, presenten incompatibilidades con el Derecho de la UE.

2. Análisis desde la perspectiva de los APPRI intra-UE

A) La realidad de los APPRI intra-UE

14. En cierta medida puede resultar extraño la mera existencia de los APPRI intra-UE, teniendo en cuenta que ambos Estados contratantes participan en el mercado único europeo y gozan de las libertades previstas en los Tratados de la UE. Es lógico preguntarse qué valor añadido pueden aportar los APPRI dentro del marco de integración europea⁶².

⁶¹ El Reglamento todavía no ha sido adoptado. La propuesta de la Comisión fue presentada el 7 de julio de 2010. Posteriormente fue remitida al Parlamento Europeo y al Consejo. La Comisión de Comercio Internacional del Parlamento Europeo, con el ponente Carl Schlyter, adoptó el informe relativo a la propuesta del Reglamento (A7-0148/2011). El Parlamento Europeo ha adoptado su posición en primera lectura el 10 de mayo de 2011 con 345 votos a favor, 246 en contra y 14 abstenciones (P7_TA(2011)0206); la posición del Parlamento Europeo introduce modificaciones en la propuesta de la Comisión, por lo que habrá de estarse atento al texto que finalmente pueda adoptarse.

⁶² *Vid.* H. Wehland, "Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 58, 2009, p. 297. Para J. Diez-Hochleitner, "El incierto futuro

Para comprender la realidad de estos Acuerdos es interesante partir de la siguiente constatación: nunca se ha celebrado un APPRI entre dos Estados que eran miembros de la UE en el momento de la conclusión del Acuerdo⁶³. La existencia de los APPRI intra-EU es consecuencia directa del proceso de ampliación de la UE y, muy especialmente, de la adhesión de los países del este de Europa, que en la transición de una economía planificada a una economía de mercado libre a principios de los años noventa concluyeron numerosos APPRI con Estados miembros⁶⁴. Estos APPRI, en principio, no fueron denunciados ni dejaron de estar en vigor después de la adhesión de estos Estados a la UE⁶⁵; sin embargo, es tan compleja la situación de estos APPRI intra-EU que resulta posible poner en duda, incluso, esta última afirmación.

La Comisión ha descrito a los APPRI intra-EU como una “anomalía” dentro del Derecho de la UE⁶⁶ y aboga por que los Estados miembros den término a los mismos⁶⁷, aunque la mayoría de los Estados miembros no parecen estar por la labor de satisfacer su deseo⁶⁸.

15. En la actualidad, la perspectiva de análisis de los APPRI intra-EU es distinta a la de los APPRI extra-EU. En primer lugar, la competencia exclusiva para celebrar acuerdos internacionales en materia de inversiones extranjeras directas, como parte de la PCC, no afecta los APPRI celebrados entre Estados miembros⁶⁹. En segundo lugar, el art. 351 TFUE en virtud del cual los derechos

de los acuerdos bilaterales...”, *loc. cit.*, p. 42, los APPRI intra-EU “son un anacronismo” porque “el Derecho de la UE ofrece un marco de plena seguridad jurídica a los inversores”.

⁶³ M. Potestà, “Il caso Eastern Sugar ...”, *loc. cit.*, pp. 1058–1059.

⁶⁴ Solo dos de los cerca de 190 APPRI intra-EU están celebrados entre “viejos” Estados miembros (los concluidos por Alemania con Grecia y Portugal), y en este caso también antes de la adhesión de uno de ellos a la UE. *Vid.* C. Söderlund, “Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty”, *Journal of International Arbitration*, vol. 24, 2007, pp. 455–456; M. Bungenberg, “Going Global? The EU...”, *loc. cit.*, pp. 137–138; H. Wehland, “Intra-EU Investment Agreements and Arbitration...”, *loc. cit.*, pp. 298; A.A. Ghouri, “Resolving Incompatibilities of Bilateral Investment Treaties...”, *loc. cit.*, p. 807, ha contabilizado 1.407 APPRI celebrados por los Estados miembros, de los cuales 376 son APPRI intra-EU y 1031 APPRI extra-EU.

⁶⁵ M., Burgstaller “The Future of Bilateral...”, *loc. cit.*, p. 76.

⁶⁶ *Apud.* *Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso N° 2008–13, (decisión sobre jurisdicción), párr. 177. *Vid.* B. Poulain y M. Raux, “Actualité du droit européen...”, *loc. cit.*, pp. 127 ss.

⁶⁷ *Apud.* *Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, CPA Caso N° 2008–13, párrs. 187 y 182. En el párr. 82 el Tribunal arbitral reproduce un extracto de las observaciones realizadas por la Comisión: “Eventually, all intra-EU BITs will have to be terminated. Comisión services intend to contact all Member States again, urging them to take concrete steps soon. Furthermore, while the Commission is in favour of consensual solutions with EU Member States, as guardian of the EU treaties it cannot exclude eventually having to resort to infringement proceedings against certain Member States”.

⁶⁸ *Vid.* B. Poulain, y M. Raux, “Actualité du droit européen...”, *loc. cit.*, pp. 132–133; M. Potestà, “Il caso Eastern Sugar ...”, *loc. cit.*, pp. 1061–1062.

⁶⁹ T. Eilmansberger, “Bilateral Investment Treaties...”, *loc. cit.*, p. 399.

y obligaciones derivados de Tratados internacionales no se verán afectados por la adhesión posterior de uno de los Estados parte a la UE, no resulta aplicable a los APPRI intra-UE. En tercer lugar, la relación entre los APPRI celebrados entre Estados miembros y los Tratados de la UE puede plantearse, desde la óptica del Derecho internacional de los Tratados –tal y como se ha hecho, por su parte, en algunas controversias arbitrales entre Estados miembros e inversores de otros Estados miembros–, como una relación entre tratados sucesivos sobre la misma materia. En cuarto lugar, en las relaciones entre Estados miembros e inversores de otros Estados miembros, junto a las disposiciones de los APPRI, el Derecho de la UE puede formar parte del ley aplicable; esta última circunstancia plantea interrogantes sobre las consecuencias de la aplicación del principio de primacía del Derecho de la UE y da pie a cuestiones tan espinosas como la compatibilidad entre el mecanismo del arbitraje de inversión y la competencia, en virtud del art. 344 TFUE, del TJ para conocer de las controversias relativas a la interpretación y aplicación de los Tratados de la UE.

Los roces entre los APPRI intra-UE y el Derecho de la UE se ponen de manifiesto, es decir, la “anomalía” se hace notar, cuando surge una controversia entre un Estado miembro y el inversor de otro Estado miembro. En los últimos tiempos, varios inversores europeos han sometido sus controversias a la vía del arbitraje prevista en un APPRI intra-UE. En algunas de estas disputas se han planteado varias objeciones jurisdiccionales fundadas en la condición de Estado miembro del Estado demandado. En este sentido, las decisiones de los Tribunales arbitrales en el asunto *Eastern Sugar c. República Checa*, de 27 de marzo de 2007⁷⁰, y en el caso *Eureko B.V. c. Eslovaquia*, de 26 de octubre de 2010, resultan de gran interés⁷¹.

B) Tratados de la UE y los Tratados bilaterales de inversión: ¿Tratados sucesivos sobre la misma materia?

16. Tanto en el asunto *Eastern Sugar c. República Checa* como en el *Eureko B.V. c. Eslovaquia*, las defensas de los Estados demandados han sostenido que los APPRI intra-UE deben entenderse terminados cuando ambos Estados adquieren la condición de Estados miembros y pasan a estar vinculados por el Derecho de la UE. ¿Es posible considerar que, en virtud del art. 59 Convenio de Viena de 1969, se da la terminación de los APPRI intra-UE cuando ambos Estados parte pasan a estar vinculados por los Tratados de la UE?⁷² Para que esto

⁷⁰ Vid. M. Potestà, “Il caso Eastern Sugar ...”, *loc. cit.*, pp. 1055–1070.

⁷¹ Ambas decisiones se encuentran disponibles en, <http://ita.law.uvic.ca/>.

⁷² Sobre la problemática de los Tratados sucesivos, *vid.* en general, M. Koskenniemi, “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, 13 de abril de

suceda es necesario que se cumplan las condiciones previstas en el art. 59 Convenio de Viena, relativo a la terminación implícita de un Tratado como consecuencia de la celebración de un Tratado posterior. Así, resulta necesario que ambos Tratados (el APPRI, por un lado, y el TUE o el TFUE, por otro) traten sobre la “misma materia”. Además, si cumple este requisito, ha de verificarse que del Tratado posterior (los Tratados de la UE) o de otro modo se desprende que la intención de las partes ha sido que la materia se rija por este último Tratado o, alternativamente, que “las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente”.

Tanto el Tribunal en el caso de *Eastern Sugar*⁷³ como en el de *Eureko*⁷⁴ ha rechazado esta argumentación. En el primero, el Tribunal considera que los dos regímenes no cubren la misma precisa materia, destacando que mientras que el Derecho de la UE regula la libre circulación de capitales, esto es, el derecho de invertir y transferir capitales, el APPRI asegura una protección sustantiva durante la inversión, además de incorporar un sistema de arreglo de diferencias donde se incluye la opción del arbitraje; por otra parte, a su modo de ver, no se ha establecido que la intención de la República Checa y los Países Bajos fuera que el TCE sustituyera al APPRI; y, por último, tampoco cree que el Derecho de la UE y el APPRI sean incompatibles. En el caso de *Eureko c. Eslovaquia* el Tribunal hace un estudio más detenido de esta objeción. Un primer motivo para rechazar la posición de Eslovaquia es el siguiente: para el Tribunal, la terminación de un Tratado (salvo que sean Tratados contrarios a normas *ius cogens*) solo tiene lugar cuando se respeta el procedimiento previsto en el art. 65 Convenio de Viena de 1969 y no cabe, por tanto, la terminación automática, tal y como pretende la demandada. El Tribunal entiende que la referencia a la “misma materia” tiene un alcance distinto en los arts. 30 y 59 Convenio de Viena, exigiéndose un solapamiento mayor en el segundo. No cree que se cumplan las dos condiciones que exige alternativamente el art. 59. En este sentido, considera que el APPRI establece una protección, al menos potencialmente, mayor que el Derecho de la UE y que las disposiciones de los APPRI, o bien no se solapan o no son incompatibles con el Derecho de la UE; por ello, cree que no se puede asumir que las partes tuvieran la intención de sustituir el APPRI por una regulación que ofreciera derechos más restringidos y ambiguos. Tampoco cree que el APPRI y el Derecho de la UE sean hasta tal punto incompatibles que no pueda darse la aplicación simultánea de ambos; para el Tribunal, ni la norma de trato justo y equitativo

2006, A/CN.4/L.682, pp. 131–188. *Vid.* también, T. Eilmansberger, “Bilateral Investment Treaties...”, *loc. cit.*, pp. 400 ss.

⁷³ *Eastern Sugar c. República Checa*, SCC n° 088/2004, laudo parcial, párrs. 157 ss.

⁷⁴ *Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, CPA Caso N° 2008–13, párrs. 63–126 y 231–267.

quedaría cubierto por el principio de no discriminación del Derecho de la UE, ni la plena protección y seguridad por la libertad de establecimiento, ni la expropiación por el art. 17 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la libertad de establecimiento. Todo ello, le lleva a la siguiente conclusión: el APPRI y el Derecho de la UE no son hasta tal punto incompatibles y no hay razón por la cual los derechos del APPRI no deberían cumplirse y aplicarse junto a los derechos protegidos por el Derecho de la UE⁷⁵.

Parece difícil que la terminación de los APPRI intra-UE pueda tener sustento en el art. 59 Convenio de Viena. Incluso la propia Comisión, que mantiene una posición poco “amistosa” con los APPRI intra-UE, comparte esta valoración⁷⁶. No obstante, existen argumentos interesantes contrarios a esta afirmación que merecen ser tomadas en consideración⁷⁷.

17. Si se desecha la aplicación del art. 59, ello no obsta a que pueda entrar en juego el art. 30 Convenio de Viena de 1969. Este artículo, en su apartado tercero, dispone que “cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al art. 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”. Por tanto, de acuerdo con esta previsión, las disposiciones concretas del APPRI intra-UE solo serán aplicables en la medida que sean compatibles con el Derecho de la UE; esto es, la operatividad del art. 30.3º dependerá del análisis de cada disposición del APPRI en relación con el Derecho de la UE.

C) APPRI intra-UE desde la óptica del Derecho de la UE

18. La relación entre los APPRI intra-UE y el Derecho de la UE también se puede analizar desde la perspectiva del propio Derecho de la Unión⁷⁸. En este caso, tratándose de Acuerdos bilaterales entre dos Estados miembros, el art. 351 TFUE no resulta de aplicación⁷⁹.

No obstante, cabe preguntarse si el principio de primacía del Derecho de la Unión puede regir las relaciones entre este Derecho y los APPRI intra-UE. No cabe duda de que este principio actúa en relación con los Derechos internos de los Estados, de modo que una norma interna no puede ser aplicada cuando sea

⁷⁵ *Ibid.*, párr. 263.

⁷⁶ *Apud. Ibid.*, párr. 187.

⁷⁷ *Vid.* de forma particular el trabajo de B. Poulain, “Quelques interrogations sur le statut des traits bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l’Union Européenne”, *Rev. gén. dr. int. pub.*, 2007.

⁷⁸ *Vid.* T. Eilmansberger, “Bilateral Investment Treaties...”, *loc. cit.*, pp. 421 ss.

⁷⁹ En este sentido, la STJ en el asunto *Matteucci c. Communauté française de Belgique*, C-235/87, párr. 21, en referencia al art. 234 TCEE (actual 351 TFUE).

incompatible con el Derecho de la UE⁸⁰. La aplicación del principio de primacía respecto a los Tratados celebrados entre dos Estados miembros ha sido confirmada por la jurisprudencia del TJ. Así, en la sentencia del caso *Matteucci*, el Tribunal sostuvo que, “según una reiterada jurisprudencia (...) el Tratado CEE, tiene preeminencia, en las materias que regula, sobre los convenios celebrados antes de su entrada en vigor entre los Estados miembros”⁸¹. En la misma línea, en el asunto *Exportur S.A.*, el Tribunal apreció que las disposiciones de un Tratado “celebrado después del 1 de enero de 1958 por un Estado miembro con otro Estado, no podían, a partir de la adhesión de ese segundo Estado a la Comunidad, aplicarse en las relaciones entre esos Estados si dichas disposiciones resultan ser contrarias a las normas del Tratado”⁸².

La consecuencia de la aplicación del principio de primacía a los APPRI intra-UE sería, en principio, la misma que está prevista para las normas de Derecho interno de los Estados miembros: su inaplicación⁸³. Se observa, así, que tanto la aplicación del art. 30.3º Convenio de Viena de 1969 como la del principio de primacía del Derecho de la UE, lleva aparejada una misma consecuencia, el de la inaplicación de aquellas disposiciones del APPRI incompatibles con el Derecho de la Unión. No solo eso, cabe preguntarse si el TJUE cuando habla de primacía de los Tratados de la UE respecto a los Tratados anteriores celebrados entre dos Estados miembros, realmente está hablando de este principio comunitario o, simplemente, está dando aplicación a la solución del Derecho internacional general, codificado en el art. 30.3º Convenio de Viena⁸⁴.

D) ¿Existen incompatibilidades entre los APPRI intra-UE y el Derecho de la UE?

19. El elemento clave para decidir la inaplicación de las disposiciones de los APPRI intra-UE, sea en virtud del art. 30.3º Convenio de Viena o en aplicación del principio de primacía del Derecho de la UE, es la determinación de su incompatibilidad con el Derecho de la Unión. No obstante, ésta no es una tarea

⁸⁰ Vid. en general, sobre el principio de primacía, A. Mangas Martín y D. J. Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, sexta edición, Tecnos, España, 2010, pp. 387 ss.

⁸¹ *Matteucci c. Communauté française de Belgique*, C-235/87, párr. 22.

⁸² *Exportur S.A c. Lor SA y Confiserie du Tech*, C-3/91, párr. 8.

⁸³ Esta equiparación de las consecuencias es defendida por la Comisión Europea, tal y como ha quedado reflejado en la decisión del Tribunal arbitral en el asunto *Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, CPA Caso N° 2008-13, párr. 180, donde se recoge el siguiente extracto del documento presentado por la Comisión ante el Tribunal: “in the EU legal system, national legislation of an EU Member State that is incompatible with EU law does not become ‘invalid’; it merely cannot be applied where it conflicts with EU law. The same applies in the Commission’s view, to existing intra-EU BITs that contain provisions that are incompatible with EU law: neither the BIT as such nor the conflicting provisions become ‘invalid’; but they cannot be applied where they conflict with EU law”.

⁸⁴ La pertinencia de la pregunta tiene su razón de ser en la propia jurisprudencia del TJ –en los asuntos *Matteucci* y *Exportur S.A.*– ya que en ambos casos la primacía se plantea respecto a Tratados anteriores a la condición de Estados miembro de las partes, y guardan silencio respecto a los Tratados posteriores.

sencilla tal y como se ha visto en distintas partes del presente trabajo, porque ello exige, primero, ver en que extremos se solapan y, luego, determinar que existen contradicciones⁸⁵.

Al decidir sobre la incompatibilidad de las disposiciones de los APPRI en relación con el Derecho de la UE, se debe partir de una distinción clara de los APPRI intra-UE y los APPRI extra-UE, ya que la nueva competencia exclusiva de la UE en materia de inversiones extranjeras directas solo será operativa respecto a los últimos y, por tanto, cuando se valore el solapamiento y la compatibilidad de las disposiciones de los Tratados que abarcan materias de la competencia de la Unión, el ámbito competencial de referencia será distinto.

20. Los APPRI intra-UE, se ha dicho anteriormente, suelen incorporar una disposición relativa a la libre transferencia de los pagos relacionados con la inversión. Se puede entender que este artículo se solapa con el capítulo de capital y pagos del TFUE⁸⁶. No obstante, al contrario de lo que sucedía con los APPRI celebrados con terceros Estados, en el caso de los APPRI intra-UE no hay razón para sostener la incompatibilidad entre ambas regulaciones. Por un lado, la competencia en este ámbito es compartida y, por otro, la facultad del Consejo de imponer restricciones a la libre circulación de capitales conforme al TFUE solo afecta a los movimientos de capital procedentes de o con destino a terceros Estados, no así, a los que tienen lugar entre Estados miembros.

Por su parte, la libertad de establecimiento tampoco parece chocar con las disposiciones de los APPRI; mientras que la libertad de establecimiento se refiere al derecho de acceso y, por tanto, abarca la fase de la admisión de las inversiones, los APPRI se ocupan de la fase posterior a la admisión, asegurando una protección a las inversiones que ya se encuentran establecidas en el Estado de destino. Incluso, si pudiera llegarse a interpretar que esta libertad también incluye algún aspecto relativo a la fase posterior a la admisión (en la línea que propone el documento *Minimun Platform on Investment for EU FTA*, que prevé la aplicación del trato nacional una vez la inversión ha sido establecida), más allá del simple solapamiento respecto a alguna parte de la protección sustantiva prevista en el APPRI (en el *Minimun Platform*, por ejemplo, quedan excluidos la expropiación y los mecanismos de arreglo de diferencias inversor-Estado)⁸⁷,

⁸⁵ Vid. T. Eilmansberger, "Bilateral Investment Treaties...", *loc. cit.*, pp. 413 ss.; Para M. Bungenberg, "Going Global? The EU...", *loc. cit.*, p. 138, los APPRI intra-UE se solapan parcialmente en sus garantías con las libertades básicas del mercado interior, la protección de los derechos fundamentales del Derecho de la UE y el CEDH.

⁸⁶ T. Eilmansberger, "Bilateral Investment Treaties...", *loc. cit.*, p. 399.

⁸⁷ Sin embargo, M. Olik y D. Fyrbach, "Are the intra-EU investment disputes at their end?", *The European and Middle Eastern Arbitration Review*, 2011, <http://www.rowanlegal.com/en/download/bits-eu.pdf>, p. 4, consideran que sí se solapan los estándares del APPRI y el Derecho de la UE, incluso el de

difícilmente se apreciaría que estas previsiones son contrarias a los estándares de tratamiento de los APPRI, que incluyen el trato justo y equitativo, la plena protección y seguridad, el trato nacional, el trato de nación más favorecida, o las garantías ante medidas de expropiación.

En cuanto a la previsión de los APPRI relativa a la expropiación, dejando por ahora de lado el art. 18 del TFUE sobre la prohibición de la discriminación, no hay razón para pensar que sea incompatible con el Derecho de la UE. En primer lugar, según el art. 345 del TFUE “los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”. Es cierto que este artículo ha sido interpretado de forma restrictiva por el TJUE y que, según su jurisprudencia, éste no reserva a los Estados miembros la facultad de decidir las condiciones bajo las cuales una expropiación tiene lugar, en la medida en que los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho aplicables en la Unión⁸⁸. En segundo lugar, a partir del Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene el valor jurídico de los Tratados. Es por ello que el art. 17 de la Carta se convierte en un elemento a tener en cuenta a la hora de valorar la compatibilidad de la previsión sobre expropiación de los APPRI y el Derecho de la UE. Al respecto, si bien es posible hablar de un solapamiento de normas, las previsiones sobre expropiación de los APPRI no son menos protectoras que el estándar previsto en el art. 17 y, por tanto, no pueden considerarse incompatibles⁸⁹.

21. ¿Es el arbitraje de inversión previsto en los APPRI intra-UE incompatible con el Derecho de la Unión? En las controversias arbitrales de *Eastern Sugar* y *Eureko*, los demandados han alegado la falta de jurisdicción del Tribunal arbitral por entender que el mecanismo del arbitraje inversor-Estado es incompatible con el Derecho de la UE. En el caso *Eureko*, tanto en el marco del art. 30.3º Convenio de Viena de 1969 como en el de los principios de aplicación directa y primacía del Derecho de la Unión, Eslovaquia sostiene que la previsión del APPRI que prevé la opción del arbitraje de inversión es contraria al Derecho de la UE y, por tanto, no resulta aplicable. El principal argumento reside en lo dispuesto en el art. 344 TFUE, donde se dice que “los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación

expropiación. En su opinión el Derecho de la UE “clearly guarantees analogous substantive legal protection as that guaranteed by such BITs”.

⁸⁸ M. Burgstaller “The Future of Bilateral...”, *loc. cit.*, p. 65. *Vid.* las decisiones del TJ en los asuntos *Nold* 4/73 y *Bosphorus*, c-84/95). *Vid.* también, J.C. Gautron y L. Grard, “Le droit international dans la construction de l’Union Européenne”, en *Colloque de Bordeaux. Droit international et droit communautaire: perspectives actuelles*, A. Pedone, París, 2000, pp. 122–124.

⁸⁹ Es interesante, por otra parte, observar que el art. 17, hace un reenvío a las leyes de los Estados para que sean éstos quienes, respetando lo dispuesto en el art. 17, establezcan los casos y las condiciones para la privación de la propiedad privada.

de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos”⁹⁰. Además, y vinculado a lo anterior, de conformidad con el principio de confianza mutua se ha sugerido que es difícil aceptar que los inversores puedan evitar los tribunales nacionales acudiendo a arbitraje de inversión, porque ello implica considerar estos tribunales como parciales e ineficaces⁹¹. Por otra parte, se han puesto en duda los argumentos favorables al mantenimiento del arbitraje de inversión porque los inversores, en el marco del sistema judicial europeo, pueden acudir a los tribunales internos –que podrán plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE– o alternatively pueden pedir a la Comisión que dé inicio a un procedimiento de incumplimiento. El Tribunal arbitral en el caso *Eureko* no comparte esta visión⁹². En su opinión, ninguna regla del Derecho de la UE prohíbe el arbitraje inversor-Estado⁹³; tampoco cree que se pueda afirmar que todo arbitraje que trate alguna cuestión del Derecho de la UE supone una

⁹⁰ Vid. B. Poulain, y M. Raux, “Actualité du droit européen...”, *loc. cit.*, pp. 130–131; T. Eilmansberger, “Bilateral Investment Treaties...”, *loc. cit.*, pp. 403 ss.; M. Olík y D. Fyrbach, “Are the intra-EU...”, *loc. cit.*, pp. 5–6. H. Wehland, “Intra-EU Investment Agreements and Arbitration...”, *loc. cit.*, p. 318 señala que el art. 344 defiende el objetivo del TFUE “to establish a conclusive system that allows for effective control of all matters related to the interpretation of EC law by the ECJ. This aspiration finds its positive expression in the formula of ‘a Community based on the rule of law’, in which all measures taken by the Community institutions and the Member States are subject to judicial review”.

⁹¹ B. Poulain, “Quelques interrogations...”, *loc. cit.*, pp. 816–817 y 825. En este sentido, en el asunto *Eureko* la Comisión ha manifestado que “(c)ontinued resort to outside dispute settlement mechanisms by EU subjects based on intra-EU BITs also reveals mistrust in the courts of EU Member States. This has no place in the current post-enlargement context, which is rooted in mutual trust between Member States and founded on the development of a common favorable investment environment. Mutual trust in the administration of justice in the European Union is one of the principles regarded as necessary by the European Court of Justice for the sound operation of the internal market”, *Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, CPA Caso N° 2008–13, párr. 185. Sin embargo, C. Söderlund, “Intra-EU BIT Investment Protection...”, *loc. cit.*, p. 465, considera que este principio de carácter *soft-law* no es susceptible de derogar o modificar obligaciones convencionales válidamente adoptados.

⁹² Si bien es cierto que la competencia del Tribunal arbitral deriva del art. 8 APPRI, se trata de un arbitraje *ad hoc* alemán, al establecerse en Frankfurt el lugar del arbitraje. Esta circunstancia hace que el Tribunal quede sujeto, al Derecho alemán. Por su parte, tratándose de un Estado miembro de la UE, el Derecho alemán incluye el Derecho de la UE. Al respecto el Tribunal señala que “(t)he Tribunal cannot derive any part of its jurisdiction or authority from EU law as such: its jurisdiction is derived from the consent of the Parties to the dispute, in accordance with the BIT and German law. Although EU law, as between the EU and member States of the EU (including Respondent and the Netherlands, but not Claimant), operates at the level of international law, EU law operates, as between the Parties, as part of German law as the *lex loci arbitri* (...). It is, however, possible that the Parties’ consent and the jurisdiction flowing from such consent might be circumscribed not only by the terms of the BIT itself but also both by international law applicable to the BIT and by provisions of German law incorporating EU law” (*Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, párrs. 225–226).

⁹³ *Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, CPA Caso N° 2008–13, párr. 274. Y añade que “(f)ar from it: transnational arbitration is a commonplace throughout the EU, including arbitrations between legal persons and States; and the European Court of Justice has given several indications of how questions of EU law should be handled in the course of arbitrations, including important questions of public policy”.

violación de éste⁹⁴. Además, para el Tribunal, no es correcto reconocer al TJ el “monopolio interpretativo” del Derecho de la UE, negando al Tribunal arbitral la facultad de considerar y aplicarlo; en este sentido, señala que los tribunales estatales y los árbitros en toda Europa interpretan y aplican el Derecho de la UE todos los días⁹⁵.

La decisión del TJ en el asunto *MOX Plant* constituye un elemento esencial para interpretar el alcance y significado del art. 344 TFUE⁹⁶. En este caso, Irlanda había entablado un procedimiento de arbitraje contra el Reino Unido, en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), alegando la violación de ciertas disposiciones de este Tratado. La Comisión entiende que las disposiciones sobre las cuales Irlanda fundamenta su reclamación forman parte del Derecho de la UE y, en consecuencia, su interpretación y aplicación, conforme al art. 344 TFUE (entonces art. 292 TCE), es competencia exclusiva del TJ. Ciertamente, existen diferencias significativas entre el supuesto de *MOX Plant* y los conflictos arbitrales mixtos previstos en los APPRI intra-UE. En aquel caso, la controversia enfrentaba a dos Estados miembros, mientras que en el arbitraje de inversión solo una de las partes contendientes es un Estado. Por otra parte, en el caso de *MOX Plant*, el tribunal arbitral debía decidir sobre disposiciones que, si bien pertenecían a Convemar, tratándose de materias de la competencia exclusiva de la Unión, formaban parte del Derecho de UE⁹⁷. Al contrario, los APPRI no son Acuerdos mixtos, ni sus disposiciones pueden considerarse parte del Derecho de la UE. Por todo lo dicho, parece difícil extender la conclusión alcanzada por el TJUE en el asunto *MOX Plant* a las controversias arbitrales entre inversores y Estados que tienen su origen en un APPRI intra-UE y donde las reclamaciones se fundamentan en las normas sustantivas del propio APPRI. No tanto, por el hecho de que una de las partes sea un inversor privado, sino por el hecho de no poder considerar el APPRI como parte del Derecho de la Unión. Es cierto que los árbitros, en el marco de un arbitraje de inversión que tiene su origen en un APPRI, en un momento determinado puede que tengan que tomar en consideración y/o aplicar normas del Derecho de la UE, especialmente, cuando sus normas puedan solaparse y, en su caso, contradecirse con las del APPRI. No obstante, este hecho no debería ser

⁹⁴ *Ibid.*, párrs. 274.

⁹⁵ Al TJ le reconoce el monopolio para realizar la interpretación última y autorizada del Derecho de UE; sin embargo, esto sería distinto a un monopolio total para la interpretación. *Vid.* C. Söderlund, “Intra-EU BIT Investment Protection...”, *loc. cit.*, pp. 458 ss.

⁹⁶ Asunto *MOX Plant*, C-459/03, párrs. 60–139.

⁹⁷ Según el Tribunal, asunto *MOX Plant*, párr. 84, en este caso, la norma que debe aplicarse e interpretarse es un Convenio que tiene carácter mixto y, por tanto, tiene “el mismo rango en el ordenamiento jurídico comunitario que los acuerdos puramente comunitarios, ya que se trata de disposiciones que son de la competencia de la Comunidad”.

suficiente para activar el art. 344 TFUE. Lo relevante debería ser la base fundamental de la reclamación, es decir, cuál es la norma cuya violación alega el demandante y si esta forma parte o no del Derecho de la UE. En estos casos, podría ser interesante reflexionar sobre la posibilidad de transportar la “jurisprudencia” sentada por los Tribunales arbitrales en el asunto *Compañía de Aguas Aconquija c. Argentina*, donde se hace una clara distinción entre las reclamaciones de base contractual y las de base convencional, lo que no impide que los árbitros que vayan a conocer de una reclamación convencional entren a conocer las obligaciones derivadas del contrato, con el único fin de determinar la violación del Tratado.

22. La discriminación por razón de la nacionalidad está prohibida en el art. 18 TFUE. Justamente, el posible efecto discriminatorio de los APPRI intra-UE ha sido otro de los argumentos empleados para reclamar su incompatibilidad respecto al Derecho de la UE⁹⁸. Sin embargo, el Tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción, en el asunto *Eureko B.V. c. Eslovaquia*, ha rechazado tal razonamiento; en este caso, ante el efecto discriminatorio, prohibido por el Derecho de la UE, que podía producir el hecho de que solo unos inversores europeos, y no todos, pudieran acudir a arbitraje⁹⁹, el Tribunal ha sostenido que la solución no pasa por cancelar derechos sino por extenderlos¹⁰⁰. Esta última argumentación del Tribunal resulta discutible desde el punto de vista del Derecho de la UE, ya que el TJUE parece rechazar el estándar de NMF como parte del Derecho de la UE¹⁰¹.

El alcance de esta prohibición, a pesar de tratarse de una norma de carácter transversal, no es absoluto; esto es, tal y como dice el propio art. 18, este principio alcanza a los supuestos de discriminación “en el ámbito de aplicación de los Tratados”. Por tanto, el simple hecho de que los APPRI concedan distinto trato a los inversores de los Estados miembros no implica necesariamente infracción del art. 18. En este sentido, si se considera que la materia del trato justo y equitativo, la de expropiación o la del arbitraje de inversión no pertenecen al ámbito de aplicación de los Tratados, en línea de principio, no podría hablarse de discriminación, a pesar de que los inversores de un Estado miembro recibieran un trato diferenciado respecto a los inversores de los demás Estados miembros.

⁹⁸ Vid. H. Wehland, “Intra-EU Investment Agreements...”, *loc. cit.*, pp. 310 ss.

⁹⁹ La Comisión Europea también cree que el arbitraje de inversión produce efectos discriminatorios. En este sentido, sostiene que “some investors are covered by a BIT and granted the opportunity to resort to investor-State arbitration while others are not. (...) (T)he availability of a choice of dispute resolution procedures gives some investors an advantage over investors from other Member States, and thus constitutes forbidden discrimination against those other EU nationals”. Apud. *Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, CPA Caso N° 2008-13, párrs. 183

¹⁰⁰ *Ibid.*, párrs. 275.

¹⁰¹ H. Wehland, “Intra-EU Investment Agreements and Arbitration...”, *loc. cit.*, pp. 315-317. En este sentido, *vid.* las siguientes sentencias del TJ: asunto *D* (C-376/03) y el caso *Test claimants* (C-374/04).

Ahora bien, los problemas de compatibilidad que puedan derivarse de la prohibición de la discriminación no se resuelven simplemente afirmando, por ejemplo, que el tema de la expropiación o el del arbitraje de inversión no caen dentro del ámbito material de los Tratados de la UE. Ciertamente, resulta pertinente hacerse la siguiente pregunta: ¿Es posible que una protección mayor a favor de los inversores de un Estado miembro afecte, por ejemplo, a la igualdad de los inversores europeos en el ejercicio de su derecho a la libertad de establecimiento? Esto es, habría que valorar si el hecho de prever una protección mayor en los APPRI ante supuestos de expropiación o el hecho de prever la opción del arbitraje puede situar a los inversores de los Estados miembros en una situación de desigualdad a la hora de ejercer otros derechos que si forman parte del ámbito material de los Tratados, como puede ser el caso de la libertad de establecimiento o la libre circulación de capitales. En definitiva, habría que decidir si una protección mayor en la fase post-acceso puede provocar efectos discriminatorios en la fase de acceso a los mercados. Si la respuesta fuera afirmativa, se estaría ante una incompatibilidad de los APPRI intra-UE y el Derecho de la UE.

IV. Consideraciones finales con la vista puesta en el futuro

23. La existencia de los APPRI en la UE, con razón, es más discutida que nunca. Para el futuro, la lógica de la integración presenta un escenario sin Tratados bilaterales de inversión de los Estados miembros. Con el tiempo, los APPRI extra-UE deberían ser sustituidos por Tratados de inversión celebrados por la UE. Para ello, resulta deseable que la propuesta de Reglamento citada en el presente trabajo llegue a adoptarse, porque puede cumplir un papel beneficioso y determinante en la ordenación de este período de transición *a priori* complejo, cuyo fin último debiera ser garantizar la seguridad jurídica en el sector. No obstante, todavía existen aspectos que necesitan de una mayor concreción: la determinación del alcance preciso de la nueva competencia exclusiva de la Unión en el ámbito de las inversiones extranjeras directas y, especialmente, el significado del concepto de inversión o el lugar que venga a ocupar el arbitraje inversor-Estado en los futuros Acuerdos; de ello dependerá que éstos sean Acuerdos de carácter mixto o no.

La comunicación de la Comisión muestra que la futura política de inversiones europea, en su dimensión exterior, se edifica sobre una visión basada en intereses europeos y no globales¹⁰². La Comisión parece hacer suya la teoría clásica

¹⁰² COM(2010)343 final, pp. 3-4. En este sentido, B. Poulain, y M. Raux, "Actualité du droit européen...", *loc. cit.*, p. 126, señalan acertadamente que las autoridades comunitarias consideran la promoción y protección de las inversiones como un instrumento para la liberalización de los intercambios, más que un instrumento de cooperación y desarrollo económico.

del Derecho de las inversiones extranjeras¹⁰³, sin atender a los riesgos o efectos negativos que, en algunos casos, pueden provocar las inversiones en los países de destino. No obstante, la práctica convencional de la Unión debería inspirarse en los principios y objetivos que guían la acción exterior de la Unión: el fomento del Estado de Derecho y democrático, los derechos humanos y el desarrollo sostenible¹⁰⁴, circunstancia de debería tener un efecto beneficioso sobre los Estados en vías de desarrollo con los que la Unión celebrará Tratados de inversión.

El futuro de los APPRI intra-UE también debería pasar por su terminación¹⁰⁵. Más allá del difícil ejercicio de valorar las incompatibilidades existentes entre éstos y el Derecho de la UE, lo cierto es que su existencia no tiene razón de ser en el marco del proceso de integración europea donde todos los inversores gozan de un alto grado de libertad y protección; un trato desigual entre inversores europeos no encaja bien en el mercado único europeo. Sin embargo, para los APPRI intra-UE no existe un plan diseñado para el futuro. Sería aconsejable que los Estados miembros y la Unión fueran capaces de acordar la desaparición progresiva y ordenada de éstos. Mientras tanto, hasta la llegada de una Unión Europea sin APPRIs, éstos seguirán siendo fuente problemas, dando lugar a nuevos procedimientos de incumplimiento iniciados por la Comisión y a nuevos procedimientos de arbitraje entre Estados miembros e inversores europeos.

¹⁰³ Sobre la teoría clásica del Derecho de las inversiones extranjeras, *vid.* M. Sornarajah, *The International Law...*, *op. cit.*, pp. 51 ss.

¹⁰⁴ *Vid.* M. Bungenberg, “Going Global? The EU...”, *loc. cit.*, p. 128.

¹⁰⁵ No obstante, han de tenerse muy en cuenta, tal y como destaca acertadamente C. Söderlund, “Intra-EU BIT Investment Protection...”, *loc. cit.*, pp. 467 y 468, las dificultades que puede traer consigo la desaparición de los APPRI intra-UE.

FOROS INTERNACIONALES

LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS I A DOMICILIADOS EN TERCEROS ESTADOS: LOS TRABAJS DEL GRUPO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO *

Alegría BORRÁS

Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. Introducción. II. Las razones para el planteamiento de la cuestión. III. El ámbito de la competencia judicial internacional. IV. El reconocimiento y la ejecución de sentencias dictadas en terceros Estados. V. La conclusión de Convenios con terceros Estados. VI. Consideraciones finales.

RESUMEN: El Grupo Europeo de Derecho internacional privado se plantea la revisión del RB I que, además, se traducirá en una modificación del Convenio de Lugano revisado de 2007. Un elemento importante en esta revisión se refiere a la aplicación del Reglamento a demandados domiciliados en un tercer Estado, puesto que constituye un paso adelante importante en la comunitarización o, en una terminología más acorde con el momento actual, en la “europeización” de las reglas de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. Es preciso ver ahora si los Estados están dispuestos a dar este paso en este momento o si, por el contrario, puede quedar para un momento posterior, como otros aspectos de la revisión que probablemente se quedarán en el tintero. Ejemplos claros se han visto en la propuesta del GEDIP y, en particular, en lo que se refiere a la introducción de “reglas espejo” en materia de competencia exclusiva y cláusulas de sumisión y al establecimiento de reglas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas en Estados terceros.

* Este trabajo tiene su origen en la conferencia pronunciada en Barcelona, en el Colegio de Notarios de Cataluña, el 21 de octubre de 2010 en el marco de un Seminario internacional sobre la revisión del Reglamento “Bruselas I”, organizado por el Colegio de Notarios de Cataluña y la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Sobre la base de dicha conferencia, se encuentra en prensa el trabajo “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. Private Int’l L.* Igualmente, se pronunció una conferencia el 10 de febrero de 2011 sobre “The application of the Brussels I Regulation to defendants domiciled in third States”, en el Seminario “The Brussels I Review Proposal. Facts and Features”, organizado por el *British Institute of International and Comparative Law*, actualmente en curso de publicación.

PALABRAS CLAVE: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL –UNIÓN EUROPEA – REGLAMENTO BRUSELAS I – REVISIÓN – DEMANDADOS DOMICILIADOS EN UN TERCER ESTADO.

ABSTRACT: *The European Group for Private International Law / Group Européen de Droit international privé (GEDIP) is working on the revision of the Brussels I Regulation: a revision that will also lead to the modification of the Lugano Convention in its amended version of 2007. A paramount element in this revision is the extension of the scope of application of the Regulation, so that it could be applied also when the defendant is domiciled in a third country. This modification is a step forward in the communitarization or –in more accurate terms nowadays– the europeization of the rules on jurisdiction and recognition and enforcement of decisions in civil and commercial matters. It is the time now to assess whether member States are willing to take the step or, on the contrary, this part of the revision must be postponed, as it will probably happen with other elements. Some clear examples might be seen in the GEDIP proposal: in particular, concerning the introduction of “mirror rules” in matters of exclusive grounds of jurisdiction and prorogation clauses, and the settlement of rules on recognition and enforcement of the decisions of third countries.*

KEYWORDS: INTERNATIONAL JURISDICTION – EUROPEAN UNION – BRUSSELS I REGULATION – REVISION – DEFENDANTS DOMICILED IN THIRD COUNTRIES.

I. Introducción

1. La aplicación del Reglamento Bruselas I a los domiciliados en terceros Estados constituye uno de los elementos de interés en la perspectiva de revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001 (el denominado “Reglamento Bruselas I”) sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, según la propuesta hecha por la Comisión el 14 de diciembre de 2010¹. Por las razones que luego se examinarán, constituye uno de los puntos esenciales, junto a otros como la supresión del executu, las relaciones con el arbitraje y los acuerdos de elección de foro.

2. El tema ha sido objeto de estudio en los últimos años por el Grupo Europeo de Derecho internacional privado (en lo sucesivo, GEDIP)², cuyo objeto es trabajar en puntos de interacción del Derecho internacional privado y el Derecho comunitario en sentido amplio. La primera aproximación a este tema tuvo lugar en la Sesión de Hamburgo (2007), en la que se realizó una primera declaración sobre la posibilidad de extender la aplicación del Reglamento a los no domici-

¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, documento COM (2010)748 final, de 14 de diciembre de 2010. Con carácter previo, Programa de Estocolmo, adoptado en el Consejo de 10–11 diciembre 2009: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, DO 4.5.2010. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Consejo Económico y social europeo y al Comité de las regiones conteniendo el Plan de acción para la aplicación del Programa de Estocolmo, documento COM (2010) 171 final, de 20 de abril de 2010.

² Conocido también por sus siglas en inglés, EGPI. Sobre sus trabajos, puede verse <http://www.gedip-egpil.eu/>.

liados en Estados miembros, realizando al año siguiente, en la reunión de Bergen (2008) una propuesta específica sobre la modificación necesaria al respecto en materia de competencia judicial internacional. Habiéndose considerado que debía ser objeto de otro documento distinto, se trabajó a continuación en la preparación de una propuesta relativa al reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas en terceros Estados, que no pudo ser aprobada en la reunión de Padua (2009) y que, finalmente, ha sido adoptada en Copenhague (2010), pocos meses antes de la presentación de la propuesta de la Comisión. Además, a lo largo de estos años se han celebrado reuniones del subgrupo de trabajo³ en París, Barcelona y Hamburgo. Son las líneas de los planteamientos del GEDIP los que se seguirán en los apartados siguientes, mostrando que la propuesta del GEDIP es mucho más ambiciosa que la realizada por la Comisión.

3. En este contexto, además, debe tomarse en consideración que la Comisión ha seguido de cerca la Decisión del Parlamento Europeo de 7 de septiembre de 2010⁴, en la que uno de los apartados se refiere al “Funcionamiento del Reglamento en el ordenamiento jurídico internacional”, y en el que pone el acento en dos elementos. En primer lugar, sobre la inclusión de normas de efecto reflejo, en particular en materia de competencias exclusivas y de cláusulas exclusivas de elección de foro a favor de tribunales de Estados terceros, un tema sobre el que considera deben realizarse consultas y abrir un debate político, entendiendo que sería prematuro dar este paso sin un estudio pormenorizado al respecto. En segundo lugar, sobre la pertinencia del tema teniendo en cuenta tanto la existencia de una amplia red de acuerdos bilaterales en las materias incluidas, como la necesidad de trabajar paralelamente a la Conferencia de La Haya, entendiendo que debería resucitarse el proyecto de La Haya para la preparación de un convenio internacional sobre resoluciones judiciales⁵, una manifestación con la que no se coincide, pero no es aquí el lugar para desarrollarlo⁶.

³ Subgrupo de relaciones internas integrado por J. Basedow, A. Borrás, M. Fallon, C. Kessejian, P. Lagarde, F. Pocar y H.D. Tebbens, contando en aportaciones de otros miembros, como H. Gaudemet-Tallon.

⁴ Resolución sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 7 de septiembre de 2010, Edición provisional A7-0219/2010.

⁵ Al que, en un lenguaje no habitual en el Parlamento Europeo, califica de “Santo Grial del Derecho internacional privado”. Coincide, en cuanto al contenido, con la Declaración conjunta de la Comisión y el Consejo que consta en el acta relativa a la adopción del RB I, pero que, desgraciadamente, no fue publicada.

⁶ El fracaso de este proyecto después de un gran número de años de trabajo y esfuerzos, unido al hecho de que se concluyera el Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro hace que, cuando menos, la idea de trabajar en este tema deba ser considerada como prematura, pese a que el tema se plantea en las diferentes reuniones del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. *Vid.*, en particular, A. Borrás, “Una nueva etapa en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: la elaboración de un Convenio

II. Las razones para el planteamiento de la cuestión

4. Antes de examinar las propuestas que se realizan para la modificación del RB I es necesario con carácter previo encuadrar adecuadamente el tema de la aplicación del Reglamento a demandados domiciliados en terceros Estados. Se trata de la proyección exterior de la comunitarización del Derecho internacional privado⁷, el denominado “efecto AETR”⁸ como consecuencia de la primera Sentencia del Tribunal de Justicia en que aplicó esta teoría en virtud de la cual una vez que la Comunidad ha ejercido una competencia *ad intra*, adquiere también la competencia *ad extra*. En el ámbito de la justicia civil, tenemos el ejemplo del Convenio de Lugano revisado de 30 de octubre de 2007⁹.

5. Este importante Dictamen tiene su origen en la cuestión planteada por el Consejo sobre la competencia exclusiva o compartida de la Comunidad y sus Estados miembros para la conclusión del Convenio de Lugano revisado. No puede olvidarse que este Convenio, igual que su antecesor, el Convenio de 1988, es un Convenio “paralelo” al régimen establecido en el Convenio de Bruselas de 1968 y ahora en el RB I. Precisamente este carácter hizo pensar que podía mantenerse una competencia compartida de la Comunidad y sus Estados miembros. Sin embargo, en el Dictamen C-1/03, emitido el 7 de febrero de 2006, el Tribunal, sobre la base de la existencia del Reglamento (CE) n° 44/2001, dijo que la competencia para la conclusión del Convenio de Lugano revisado “*corresponde íntegramente a la competencia exclusiva de la C.E.*”. El Tribunal es contundente

sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil”, *Responsa iurisperitorum Digesta*, vol. III, Salamanca, 2002, pp. 45–81 y A. Borrás, “Consejo sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (7–9 de abril de 2010), *REDI*, 2010, 1, pp. 323–329.

⁷ Entre la abundante bibliografía sobre este tema, B. Audit y G.A. Bermann, “The Application of Private International Norms to “Third Countries”: The Jurisdiction and Judgments Example”, *International civil litigation in Europe and relations with third States* (A. Nuyts & N. Watté, eds.), Bruselas, 2005, pp. 55–82; A. Borrás, “The Frontiers and the Institutional Constitutional Question”, *ibid.*, pp. 27–54; *id.*, “Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con Stati terzi”, *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario* (a cura di P. Picone), Pádua, 2004, pp. 449–483; *id.*, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *R. des C.*, t. 317, 2005, pp. 467 ss; B. Hess, “Les compétences externes de la Communauté européenne dans le cadre de l’article 65 CE”, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, (sous la direction de: A. Fuchs, H. Muir Watt y E. Pataut), París, Dalloz, 2004, pp. 81–100; M. Wilderspin y A.M. Rouchaud-Joët, “La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004, n. 1, pp. 1–48.

⁸ STJ 31 de marzo de 1971, as. 22/70, en particular ap. 17.

⁹ Por Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2008 se autorizó la conclusión del Convenio por la Comunidad Europea, publicándose juntamente con éste en DO L 147 de 10.6.2009. A. Borrás, “La firma del Convenio de Lugano revisado”, *REDI*, 2007, 2, pp. 851 ss.

y concluye¹⁰ que “las disposiciones principales del acuerdo previsto pueden afectar al carácter global y coherente de las reglas de competencia establecidas por el Reglamento (CE) n° 44/2001” y, en consecuencia, “afectan a la aplicación uniforme y coherente de las normas comunitarias referentes a la competencia judicial y al buen funcionamiento del sistema que éstas establecen”. Sin entrar en otros aspectos¹¹, debe destacarse que en el Dictamen se dice que el “buen funcionamiento del mercado interior” no afecta a la conclusión de Convenio, sino únicamente a la adopción del acto interno.

Se entiende, por tanto, que el RB I contiene un sistema global y completo, aún teniendo en cuenta que las normas comunes no cubren el conjunto de los litigios internacionales, es decir, en materia de competencia afecta únicamente a los litigios que afectan a un demandado domiciliado en un Estado miembro, salvo las competencias exclusivas, mientras que en materia de execuátur se refiere a toda sentencia dictada en un Estado miembro.

6. Pero el avance de la normativa comunitaria no queda limitado a la conclusión de Convenios bilaterales o multilaterales por los Estados miembros a que luego se hará referencia, sino que afecta a la posibilidad para los Estados miembros de dictar normas autónomas de Derecho internacional privado. En el ámbito en que nos encontramos, la competencia comunitaria implica que en caso de no ser competentes los tribunales españoles por la vía del RB I, si se suprime el art. 4 del Reglamento y se incluye una norma subsidiaria de carácter comunitario para los casos en que el domicilio del demandado no se encuentra en un Estado miembro, ya no se aplique el art. 22 LOPJ. Del mismo modo, las reglas de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras del art. 954 LEC/1881 quedarían desplazadas por la normativa comunitaria y, como veremos más adelante, sólo se aplicaría la normativa interna del Estado requerido al procedimiento de execuátur. Se trata de un tema que se plantea en relación a todos los instrumentos comunitarios, pero aquí nos limitamos al RB I. Así, las propuestas para otros

¹⁰ Aps. 160 y 161.

¹¹ Sobre este importante Dictamen, 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. Private Int'l L.*, vol. 8, 2006, pp. 37-52 y también en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2006, 3, pp. 879 ss y en *Revista General de Derecho Europeo*, n° 10, mayo 2006, Revista electrónica que se encuentra en <http://www.iustel.com/revistas/>. Vid. también los comentarios de T. Baumé, en *German L. J.*, 2006, n° 8, pp. 681-692; R.A. Brand, “The Lugano Case in the European Court of Justice: Evolving European Union Competence in Private International Law”, *ILSA J. Int'l Comp.L.*, L.297. Más amplios comentarios sobre el tema en A. Borrás, “Le droit international privé...”, *loc. cit.*, en particular, pp. 467-522.

Reglamentos incluyen normas residuales para el caso en que no haya competencia de acuerdo con los criterios incluidos en el texto¹².

7. Como se verá más adelante, la propuesta de la Comisión es mucho más limitada que la propuesta del GEDIP. Es claro que el RB I resulta insatisfactorio para los litigios que afectan a demandados domiciliados fuera de la Unión Europea y que uno de los objetivos de la revisión es la extensión de las reglas de competencia a los litigios que afecten a demandados domiciliados en un Estado tercero. Al igual que hizo el GEDIP, resulta preferible referirse, en primer lugar, a la competencia judicial internacional y, en segundo lugar, al reconocimiento y ejecución de sentencias. Finalmente, se harán algunas consideraciones sobre las posibilidades de concluir convenios sobre las materias incluidas en el Reglamento.

III. El ámbito de la competencia judicial internacional

8. Hay que destacar que, a diferencia de lo que ahora hay en el RB I en que se establece un reparto de competencias entre las jurisdicciones de los Estados miembros, en la propuesta de reforma no hay reparto de competencias entre las jurisdicciones de los Estados miembros y de los países terceros, sino que el acto comunitario se presenta como una reglamentación unilateral comunitaria de la competencia judicial internacional.

9. En el texto actual del RB I la regla básica en materia de competencia está contenida en el art. 2¹³ que dispone que “salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado”. De este modo, se acepta la clásica regla en materia de procedimiento civil *actor sequitur forum rei*, sin atender a la nacionalidad, comunitaria o extracomunitaria, de ese demandado. Con ello el art. 2 se erige en el presupuesto de aplicación del Reglamento: sólo se aplica si demandado está domiciliado en un Estado miembro, dejando al margen los supuestos de competencias exclusivas del art. 22. Como dice la Comisión, la diversidad de reglas nacionales conduce a un desigual acceso a la justicia para las empresas de la Unión Europea que hacen negocios con socios domiciliados en terceros Estados, ya que mientras unos pueden fácilmente litigar en la Unión Europea, otros no pueden hacerlo, incluso en situaciones en que no haya ninguna jurisdicción competente que garantice un jui-

¹² V.gr., las competencias residuales de art. 6 del proyecto de sucesiones y quizá la inclusión también de un *forum necessitatis*.

¹³ Sobre esta disposición, J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8ª ed., Franfort, 2005; U. Magnus y P. Mankowski, (eds.), *Brussels I Regulation Commentary*, 2007; H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ª ed., París, 2010, pp. 79 ss.

cio justo. Además, cuando la normativa nacional no garantiza el acceso al tribunal en disputas con partes domiciliadas fuera de la Unión Europea, tampoco se garantiza que se cumplan las normas imperativas del Derecho de la Unión Europea, en materias tales como protección de los consumidores, de los trabajadores o de los agentes comerciales, por ejemplo.

10. La reforma propuesta por el GEDIP en esta materia tiene por objeto establecer una serie de reglas para el supuesto de que el demandado no tenga su domicilio en un Estado miembro, de tal forma que se hace efectivo el carácter “global y coherente” que atribuye el Dictamen sobre la conclusión del Convenio de Lugano al sistema establecido en el RB I. Fue tras la emisión de dicho Dictamen que el GEDIP adoptó un primer documento en su Sesión de Hamburgo (2007)¹⁴, en el que, de forma modesta, planteaba la cuestión de la necesidad de examinar el art. 4 del Reglamento, que ahora establece que “si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en los arts. 22 y 23”¹⁵. No obstante, en el documento se apuntan ya algunas ideas que se han desarrollado posteriormente:

- Hay que examinar la posibilidad de aplicar algunos de los criterios de competencia establecidos en el Capítulo II a supuestos en que el demandado está domiciliado fuera de la Unión Europea, estableciendo si fuera necesario otros criterios complementarios.

- Convendría establecer competencias residuales para el caso de que ningún tribunal en un Estado miembro resulte competente en virtud de las normas del Reglamento, apuntándose la posibilidad de fundarse en la situación del patrimonio del demandado en un Estado miembro.

- Habría que examinar la posibilidad de dar al juez la facultad de declinar su competencia a favor de los tribunales de un Estado no miembro manifiestamente más apropiado.

- Convendría también examinar los efectos que pueden darse a las soluciones consagradas en los arts. 22, 23 y 27 y siguientes en las relaciones con los Estados no miembros, lo que podría entrañar la unificación de las normas de reconocimiento y ejecución de las decisiones dictadas en Estados no miembros¹⁶.

¹⁴ “L’application des règles de l’Union européenne sur la compétence judiciaire aux situations externes”, 17^e Session, Hambourg, 16 septembre 2007). *Vid.* A. Borrás, “La XVII Sesión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Hamburgo, 14–16 de septiembre de 2007)”, *REDI*, 2007, 2, pp. 869–873; E. Jayme, “Das Europäische IPR löst sich vom Binnenmarkt – Tagung der Europäischen Gruppe für Internationales Privatrecht in Hamburg”, *IPRax*, 2008, 1, pp. 72 ss.

¹⁵ Que se refieren, respectivamente, a las competencias exclusivas y a la sumisión expresa.

¹⁶ Lo que, en el caso de España, podría significar que ya no fuera necesario modificar la vieja LEC de 1881 ni elaborar en esa parte la famosa, por esperada, Ley de cooperación jurídica internacional.

Todo ello condujo a que en la Sesión de Bergen¹⁷ se aprobara una propuesta que fue enviada a las instituciones comunitarias y que comporta una regulación global de la competencia judicial internacional en las materias incluidas, substituyendo totalmente a las normas nacionales. Como veremos, las modificaciones esenciales en esta materia afectan a los arts. 22 y 23, a la inclusión de un foro de necesidad y la inclusión de un mecanismo específico para la litispendencia y la conexidad. Por lo demás, los restantes artículos del Reglamento sólo requieren modificaciones menores (*v.gr.*, en el art. 31 en relación a las medidas provisionales y cautelares).

11. Aunque en la propuesta de la Comisión se mantiene el actual art. 2 (aunque pasa a ser el art. 3), su objetivo se completa con dos reglas en el nuevo art. 4:

1) Al igual que ahora, 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 capítulo”.

2) Pero se añade un nuevo párrafo que dice que “Las personas no domiciliadas en ninguno de los Estados miembros solo podrán ser demandadas ante los tribunales de un Estado miembro en virtud de las reglas establecidas en las secciones 2 a 8 del presente capítulo”, lo que implica incluir el foro subsidiario (art. 25 de la propuesta) y el *forum necessitatis* (art. 26 de la propuesta).

De esta forma, se suprime el actual art. 4, de suerte que se incluye en el Reglamento revisado cualquier litigio en el que se suscite la cuestión de la determinación de la competencia en un litigio internacional, tanto si los demandados se encuentran domiciliados en la Unión Europea como en un tercer Estado. Ello implica que deben modificarse una serie de artículos para que su aplicación pueda extenderse a cualquier demandado, cualquiera que sea su domicilio. En particular, este es el caso de los arts. 5 y 6 en lo que se refiere a las competencias especiales o en el caso de los foros de protección en materia de seguros (arts. 8 y 9), consumidores (art. 15) y contratos individuales de trabajo (arts. 18 y 19) o, finalmente, en la redacción de las normas relativas a comprobación de la competencia judicial y la admisibilidad (arts. 27 y 28 de la propuesta) y en el art. 31 en relación a medidas provisionales y cautelares¹⁸.

¹⁷ A. Borrás, “La XVIII Sesión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Bergen, 19–21 de septiembre de 2008)”, *REDI*, 2008, 2, pp. 716–719; Ch. Kohler, “Erstreckung der Europäischen Zuständigkeitsordnung auf drittstaatsverknüpfte Streitigkeiten – Tagung der Europäischen Gruppe für Internationales Privatrecht in Bergen”, *IPRax*, 2009, 3, pp. 285 ss.

¹⁸ Particularmente relevante en este punto es el informe preparado por el Profesor Arnaud Nuyts, *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)*, 6 July 2007. También, B. Hess – T. Pfeiffer – P. Schlosser, *Report on the application of Regulation Brussels I in the Member States*, Heidelberg, 2007.

12. En la propuesta del GEDIP, un nuevo art. 24 *bis* contiene una regla de competencia basada en la técnica del foro de necesidad, tal como existe en algunas leyes recientes de Derecho internacional privado. Este mecanismo de flexibilidad se ha preferido a un sistema basado en una lista amplia de foros comunitarios que ampliaría de forma sistemática las posibilidades de acceso a un juez en la Comunidad. Cumple, por tanto, una función diferente a la de las reglas anteriores. Esta competencia está sometida a dos tipos de condiciones.

1) La primera condición sirve para identificar el criterio de competencia, refiriéndose a un “vínculo suficiente”. No se ha querido hacer referencia a un foro del patrimonio o de las actividades, sino que pretende incluir otros vínculos, incluso la nacionalidad, aunque privilegia la presencia de bienes en el territorio del Estado.

2) La segunda, se refiere a los motivos de la necesidad, que afectan directa o indirectamente a las condiciones de acceso a la justicia en un país tercero (imposibilidad de actuar en el país tercero) o la imposibilidad de ejecución de la decisión dictada en el Estado no miembro.

13. La solución propuesta por la Comisión difiere en cierta medida de la propuesta del GEDIP que acabamos de ver, aunque las dos propuestas tienen el mismo objetivo. En la propuesta de la Comisión hay dos artículos diferentes, el art. 25, que incluye una competencia subsidiaria, y el art. 26, que incluye un *forum necessitatis*. Con estas reglas armonizadas se pretende compensar la marginación de las reglas nacionales.

Según el art. 25 de la propuesta de la Comisión, en el caso de un demandado no domiciliado en un Estado miembro, serán competentes los tribunales del Estado miembro en que estuvieren sitos los bienes muebles al demandado, siempre que el valor de los bienes no fuere desproporcionado en relación con la cuantía de la demanda y el litigio guarde una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer del asunto. Aunque es discutible, la Comisión considera necesario este criterio de competencia además del foro de necesidad, entendiendo que el foro de la situación de los bienes compensa la ausencia del demandado en la Unión y tiene la ventaja de asegurar que la sentencia se ejecutará en el Estado en que se ha dictado.

En lo que se refiere al art. 26, incluye un foro de necesidad para los casos en que es imposible el acceso a la justicia en un tercer Estado o habría una imposibilidad de ejecutar la sentencia dictada en el Estado no miembro, en un sentido similar a la propuesta del GEDIP. Como dice la Comisión, con ello se garantiza el derecho a un juicio justo para los demandantes de la Unión Europea, lo que es de particular relevancia para las sociedades de la Unión europea que invierten en Estados con sistemas jurídicos “poco maduros” (*immature* en inglés).

14. La última modificación a destacar en la propuesta del GEDIP se refiere a la introducción de un nuevo art. 30 *bis* que, sobre la base de las definiciones dadas en los arts. 27 y 28, establece un mecanismo de litispendencia y de conexidad en caso de pluralidad de procedimientos que afecten a los tribunales de un Estado tercero. Para este supuesto, se establece que el juez comunitario a que se ha acudido en segundo lugar suspenderá el conocimiento del caso si es previsible que la sentencia se dictará en un periodo razonable y que podrá reconocerse, declinando su competencia únicamente su el juez del Estado tercero al que se acudió en primer lugar dicta una sentencia que puede ser reconocida en el Estado miembro. Una regla similar, pero más detallada, se incluye en el art. 34 de la propuesta de la Comisión, que añade un apartado permitiendo al tribunal revocar la suspensión en cualquier momento, a instancia de una de las partes o de oficio, si la acción ante el tribunal del tercer Estado hubiere sido objeto de suspensión o inhibición, si el tribunal estimare poco probable que la acción ante el tribunal del tercer Estado pudiera concluirse en un tiempo razonable o la revocación de la suspensión fuere indispensable para la buena administración de la justicia.

15. Sin embargo, como se dijo al principio, la propuesta del GEDIP era más ambiciosa que la propuesta de la Comisión. De hecho, la modificación más importante propuesta por el GEDIP afecta a los arts. 22 y 23, introduciendo unas “reglas espejo” (*mirror rules*) tanto en materia de competencias exclusivas, introduciendo un nuevo art. 22 bis tras el art. 22, como en materia de elección de foro, introduciendo un nuevo art. 23 *bis* tras el art. 23. La propuesta de la Comisión no incluye tales reglas y al respecto, en la antes mencionada decisión del Parlamento se subraya que la inclusión de reglas de efecto reflejo en materia de competencia exclusiva y en cláusulas de elección de foro de carácter exclusivo a favor de los tribunales de un tercer Estado, es una cuestión que exige la apertura de un proceso de consultas y de un debate político, considerando prematuro avanzar por este camino sin estudiar la materia en profundidad. No obstante, cuando llegue el momento, deberán tomarse en cuenta las propuestas del GEDIP.

16. Para el GEDIP, en el supuesto de las competencias exclusivas, la proximidad no desaparece por el hecho de que el elemento pertinente de localización (situación del inmueble, sede de la sociedad o registro público) esté situado en un tercer Estado. Pero la eficacia de este regla de competencia, que implica que el tribunal del Estado miembro declina su competencia a favor de los tribunales de un Estado tercero, aunque sería competente en virtud de otro artículo del Reglamento, queda sometida a cuatro condiciones: a) que el juez del país tercero sea exclusivamente competente según su propio Derecho, lo cual es lógico si se

tiene en cuenta que en tal caso la sentencia española no sería ejecutada en dicho país; b) que el Derecho del país tercero funde dicha competencia en un criterio análogo al del art. 22 (es lo que constituye esencialmente el efecto reflejo) para evitar una incompetencia de un tribunal de un Estado miembro sobre la base del Reglamento cuando la competencia de los tribunales del país tercero se basaría en un foro exorbitante; c) que la sentencia extranjera pueda ser ejecutada en el Estado miembro; d) que se prevea que la sentencia se va a dictar en un plazo razonable, lo que enlaza con la necesidad de un proceso equitativo. En conjunto, pues, el juez ha de actuar con gran prudencia antes de declinar su competencia.

El efecto reflejo se excluye en dos casos:

1) En los arrendamientos de temporada, ya que también hay competencia de los tribunales del Estado de domicilio del demandado, en las condiciones que establece la propia disposición.

2) En materia de ejecución de sentencias (apartado 5), ya que, según la jurisprudencia comunitaria¹⁹, el ámbito de la ejecución debe entenderse en sentido estricto y, por tanto, no resulta propio el efecto reflejo.

Una solución particular se ha requerido para el caso del ap. 4 del art. 22, es decir, la cuestión relativa a la validez de patentes, marcas y demás derechos análogos. Recuérdese, en este caso, que en el Convenio de Bruselas revisado se tomó en cuenta la decisión del TJ en el asunto *GAT*²⁰, para el caso tan frecuente de que la validez de la patente surja como cuestión incidental, habiéndose añadido la frase “independientemente de que el asunto haya sido el resultado de una acción o de la defensa”. Se requería en este caso una regla particular para el supuesto de que la inscripción se encuentra realizada en el registro de un país tercero. Para este caso, establece una excepción al ap. 1, en el sentido que puede conocer el tribunal del Estado miembro aunque haya competencia exclusiva del Estado tercero, pero autolimita la regla, al establecer que la sentencia no producirá efectos respecto a terceros, con lo cual no se vincula por una sentencia anterior dictada sobre la base del ap. 1 del art. 22 y, además, no afecta a la inscripción realizada en el registro del Estado tercero.

¹⁹ Así, la STJ 26 de marzo de 1992, as. C-261/90: *M. Reichert and L. Kockler v. Dresdner Bank AG* (Reichert II), con comentarios de A. Borrás, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1992, 4, pp. 1121 ss, y la STJ 4 de julio de 1985, as. 220/84: *Autoteile*, en la que claramente se dice que la demanda debe tener “un vínculo estrecho con el procedimiento de ejecución”, sin que pueda extenderse la norma a una solicitud relativa a un crédito, introducida por vía de excepción cuando el juez de la ejecución no sería competente si la demanda se hubiera presentado de forma autónoma.

²⁰ STJ 13 de julio de 2006, as. C-4/03: *Gesellschaft Für Antriebstechnik mbH & Co. KG (GAT) c. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG (LUK)*, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007, nº 1, pp. 321 ss.

17. En relación a la sumisión expresa, la propuesta del GEDIP, además de introducir ciertas modificaciones en el art. 23 y, en particular, suprimiendo el ap. 3, el nuevo art. 23 *bis* cubre los convenios atributivos de competencia a favor de los tribunales de un Estado no miembro.

En lo que se refiere al art. 23, se suprime el ap. 3, ya que en el contexto de una extensión a casos vinculados a Estados terceros, no tiene sentido la exclusión que presenta para el caso en que ninguna de las partes esté domiciliada en un Estado miembro. Por otra parte, la redacción del ap. 5 se adapta a las exigencias de la introducción del nuevo art. 22 *bis*.

El art. 23 *bis* se refiere a los acuerdos de elección de foro en beneficio de los tribunales de un país tercero. Cubre los acuerdos que reúnan las condiciones establecidas en el art. 23, pero contiene condiciones específicas, puesto que no hay un mecanismo común de reparto de competencias entre la Comunidad y el tercer Estado: a) que el juez del Estado miembro sea competente para conocer de la demanda en virtud del Reglamento; b) que el juez elegido se considere competente de acuerdo con sus reglas internas de competencia; c) que el juez al que se ha acudido en un Estado miembro no declina inmediatamente su competencia, como lo haría si el juez elegido fuera el de otro Estado miembro, sino que, por una parte, espera a que el juez elegido se declare competente y, por otra parte, puede decidir sobre el caso si ve que el juez designado no decidirá en un plazo razonable o que la sentencia que se dicte no podrá ser ejecutada en el Estado del juez a que se ha acudido. Con ello, se aborda de forma análoga al problema a que se enfrente también el art. 6 Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro²¹.

No se consiguió un acuerdo en relación al ap. 2 del art 23, en el cual se establece que “la elección por las partes de un tribunal de un Estado no miembro queda sin efecto cuando todos los demás elementos del litigio se localizan en el momento de la elección en un mismo Estado miembro” que, por esa razón, aparece entre corchetes. No se trata de una mera regla de aplicabilidad, puesto que determina la competencia de dicho juez si ésta resulta de una disposición del Reglamento. Además, puede resultar dudoso cuándo una situación tiene o no el carácter internacional.

²¹ El art. 6 establece que “Cualquier 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.* el Informe Explicativo de T. Hartley y M. Dogauchi, aps. 141–159.

IV. El reconocimiento y la ejecución de sentencias dictadas en terceros Estados

18. En esta materia, no hay propuesta de la Comisión. Para el GEDIP, el reconocimiento y la ejecución de sentencias constituye una cuestión específica que merece un examen separado. El GEDIP considera que la extensión del Reglamento a estas materias es una consecuencia natural de su propuesta sobre las reglas de competencia directa en relación con terceros Estados. Este tema se trató en Pádua en 2009²² y en Copenhague 2010²³. En opinión de los medios interesados consultados por la Comisión, el reconocimiento y la ejecución de sentencias dictadas en un tercer Estado debe dejarse a las negociaciones multilaterales, que asegurarán la reciprocidad a nivel internacional, lo que es particularmente fácil de comprender si se tiene en cuenta que, a nivel intracomunitario, desaparecerá el *execuatur*. Así pues, en el Reglamento revisado no habrá normas europeas de reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas en Estados no miembro.

Según la propuesta del GEDIP, se trataría de establecer para las sentencias dictadas en un Estado tercero un sistema análogo, pero no idéntico, al establecido para las sentencias dictadas en un Estado miembro. El punto de partida es la gran disparidad de las normas internas de los Estados miembros en materia de ejecución de sentencias extranjeras. En los extremos, se encontrarían los casos de aquellos Estados que prevén condiciones de reconocimiento y de ejecución similares a las del Reglamento frente a aquellos que ignoran la posibilidad de reconocer o ejecutar una sentencia extranjera en ausencia de un convenio bilateral. Así, una sentencia dictada en un país tercero podrá ser reconocida en un Estado miembro y no en otro, sin que la decisión de reconocimiento del primer Estado pueda recibir efecto en el segundo en virtud del conocido adagio “*exequatur sur exequatur ne valet*”. La denominada “eficacia pan-europea” no ha sido objeto de acuerdo.

19. En la reunión de Padua no fue posible cerrar un texto, pero se adoptaron algunas orientaciones:

²² A. Borrás y F.J. Garcimartín, “La XIX Sesión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Padua, 18–20 de septiembre de 2009)”, *REDI*, 2009.2, pp. 577–580; E. Jayme, “Die Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts in der Europäischen Union: Tendenzen und Widerstände – Tagung der “Europäischen Gruppe für Internationales Privatrecht” (GEDIP an der Universität Padua)”, *IPRax*, 2010, 2, pp. 185 ss.

²³ A. Borrás y F.J. Garcimartín, “La XX Sesión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Copenhague, 17–19 de septiembre de 2010)”, *REDI*, 2011.1 (en prensa); E. Jayme, “Tagung der Europäischen Gruppe für Internationales Privatrecht (GEDIP) in Kopenhagen”, *IPRax*, 2011, 1, pp. 101 ss.

1) Las normas deberán inspirarse en el texto del Convenio de Bruselas de 1968, adaptando las causas de rechazo del reconocimiento relativas al control del orden público y la competencia indirecta. Subrayo que se inspira en el Convenio de Bruselas de 1968 y no en el Reglamento 44/2001, para poner el acento en que responde más a un *modelo de cooperación* entre Estados que a un *modelo de integración*.

2) La adaptación de las normas no debería depender de una condición de reciprocidad, pero sin excluir la posibilidad de medidas de salvaguarda adoptadas por la Unión.

3) Debería asegurarse la efectividad de las leyes imperativas nacionales y de la Unión.

4) Debería examinarse cuidadosamente la cuestión de la circulación, en el conjunto de la Unión, de una decisión dictada en un Estado miembro sobre el reconocimiento o la ejecución de una decisión dictada en un Estado no miembro.

20. Ha sido en la reunión de Copenhague de septiembre de 2010 donde se ha analizado el texto relativo a la extensión del RB I al reconocimiento y la ejecución de resoluciones procedentes de terceros Estados. La extensión del Reglamento a este aspecto ha sido considerada por el GEDIP una consecuencia natural de su propuesta sobre reglas de competencia directa frente a terceros Estados.

En la propuesta del GEDIP no se incluyen los actos auténticos por varias razones. Por una parte, por la falta de precisión de la noción en su aplicación al Derecho de algunos Estados terceros²⁴. Pero también, por otra parte, por la dificultad de probar el carácter ejecutorio del acto y la necesidad de importantes adaptaciones al texto para aplicarlo a este tipo de actos.

Los rasgos principales del texto adoptado en Copenhague se refieren al sistema de reconocimiento y ejecución y a las causas de denegación, incluyendo una nueva sección 4 en el Capítulo III del Reglamento (el relativo a reconocimiento y ejecución).

21. En lo que se refiere al sistema de reconocimiento y ejecución obedece al mismo esquema que los textos adoptados hasta ahora, en particular al RB II *bis*. En efecto, parte de un reconocimiento automático, con la posibilidad de la parte

²⁴ Aunque al respecto se pudiera pensar en los elementos que señala el Tribunal de Justicia en su STJ 17 de junio de 1999, as. C-260/97: *Unibank A/S c. Fleming G. Christensen*, sobre la interpretación del art. 50 del Convenio de Bruselas de 1968 (nota de A. Borrás en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000, 1, pp. 260 ss y en la definición amplia que se encuentra en el Convenio de La Haya de 2007 sobre obligaciones alimenticias. El art. 3, ap. e) de este Convenio establece la siguiente definición: “e) “acuerdo en materia de alimentos” significa un acuerdo por escrito sobre pago de alimentos que: i) ha sido formalmente redactado o registrado como un documento auténtico por una autoridad competente; o ii) ha sido autenticado, concluido, registrado o depositado ante una autoridad competente, y puede ser objeto de revisión y modificación por una autoridad competente”.

interesada de instar un reconocimiento a título principal (incluida una declaración de no-reconocimiento) (art. 56.2º), y la necesidad de instar un procedimiento especial de ejecución para dar efectos ejecutivos a la sentencia extranjera (art. 56.8º), rigiéndose el procedimiento por el Derecho del Estado miembro requerido (art. 56.9º). A diferencia de los textos europeos, se excluye la posibilidad de reconocer y ejecutar sentencia no firmes [art. 56.1º, ap. 2, 2)] y se excluye también la ejecución de medidas provisionales o de conservación, lo cual las deja para el Derecho nacional.

22. En lo que se refiere a las causas de denegación están tomadas del sistema del RB I, pero adaptadas al contexto extracomunitario. En consecuencia:

a) Se mantiene un control de la competencia del juez del Estado de origen en los términos siguientes (art. 56.3º): se exige un respeto a las competencias exclusivas de los Estados miembros, a las cláusulas de elección de foro a favor de los tribunales de un Estado miembro y a los foros de protección (consumidores, trabajadores y seguros). Para el resto de los casos, el control se limita a exigir “un vínculo suficiente” entre el Estado de origen de la decisión y el litigio, excluyéndose en todo caso la concurrencia de este vínculo cuando el criterio haya sido exorbitante según una lista no exhaustiva de criterios de esta naturaleza recogida en el texto (nacionalidad de una de las partes, notificación al demandado que se encuentra temporalmente en el territorio del Estado, presencia de bienes del demandado no relacionados con el litigio, ejercicio de actividades comerciales o profesionales del demandado en ese Estado sin vínculo con el litigio). Se ha optado, pues, por la fórmula más flexible, preferible a la más rígida que consistiría en exigir al juez extranjero que hubiera basado su competencia en reglas similares a las del Reglamento.

No obstante, estas disposiciones no se aplican cuando el demandado ha aceptado expresamente la competencia del juez de origen, dejando en todo caso a salvo las competencias exclusivas del art. 22.

b) Se mantiene un sistema de respeto de los derechos de defensa similar al del Reglamento, pero sin imponer una carga de recurso al demandado [art. 56.4º, 1,1)]. En consecuencia, si la notificación no ha sido suficiente, el demandado podrá oponerse al reconocimiento de la sentencia extranjera en Europa aunque, pudiendo hacerlo, no la hubiese recurrido en el Estado de origen. Fue una de las partes más discutidas. Hay que recordar aquí que Suiza, en relación al Convenio de Lugano revisado de 2007 formuló la declaración prevista en el art. 3, ap. 1 del Protocolo nº 1 en el sentido de que no aplicará la parte final del art. 34.2º, que

dice “a menos que o hubiere recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo”²⁵.

c) Se mantiene el juego de la cláusula de orden público (art. 56.6º), que se complementa con la necesidad de respetar las normas imperativas tanto nacionales como comunitarias (art. 56.5º), lo que constituye una novedad, y que incluye una mención especial a los daños punitivos, no compensatorios, como un tipo de sentencia no susceptible de ejecución en Europa, siguiendo el modelo del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro²⁶. A ello debe añadirse la prohibición de revisión en cuanto al fondo (art. 56.7º), con la dificultad que siempre presenta la diferencia entre el control del orden público y la revisión en cuanto al fondo.

d) Por último, se mantiene también como causa de denegación la inconciliabilidad de la sentencia extra-europea con una decisión interna [art. 564º, 1, 2) y 3)]; así como, aunque con cierta flexibilidad judicial, la existencia de un proceso aún pendiente en un tribunal de un Estado miembro. Este último extremo fue muy discutido durante la reunión. Por un lado, se manifestó que el respeto a las reglas de litispendencia debe reflejarse necesariamente en materia de reconocimiento y, por lo tanto, no se debería reconocer la sentencia de un tercer Estado derivada de un proceso iniciado con posterioridad a un procedimiento, con el mismo objeto y causa, iniciado en un Estado miembro de la Unión Europea. Por otro lado, se puso de manifiesto que esto puede dar lugar a comportamiento estratégicos de una de las partes (el coloquialmente conocido “torpedo italiano”)²⁷. Al final, como solución de compromiso entre ambas posturas, se concluyó que debía dejarse cierto margen de apreciación al juez y, por lo tanto, formular la

²⁵ Art. 3.1º Protocolo nº 1 al Convenio de Lugano de 2007 dice que “Suiza se reserva el derecho de declarar en el momento de la ratificación que no aplicará la parte siguiente del artículo 34, punto 2: “a menos que no hubiere recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo”. Si Suiza formulare tal declaración, las demás Partes contratantes aplicarán la misma reserva en lo que respecta a las resoluciones dictadas por los tribunales de Suiza”.

²⁶ El art. 11 del Convenio de La Haya de 2005 establece: “1. El reconocimiento o la ejecución de una resolución podrá denegarse si, y en la medida que, la resolución conceda daños y perjuicios, incluyendo daños y perjuicios ejemplares o punitivos, que no reparen a una parte por la pérdida o el perjuicio real sufrido.

2. El tribunal requerido tomará en consideración si, y en qué medida, los daños y perjuicios fijados por el tribunal de origen sirven para cubrir costas y gastos relacionados con el procedimiento”.

²⁷ T. Hartley, “The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws”, *Int'l Comp. L. Q.*, 2005, pp. 813 ss; *id.*, “Art. 21: Lis Alibi Pendens”, *European Law Review*, 1988, pp. 217 ss; N. Balkanyi-Nordmann, “The perils of Parallel Proceedings”, *Dispute Resolution Journal*, November 2001–January 2002; M. Franzosi, “Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo”, *European Intellectual Property Review*, 1997, 7, pp. 382 ss; *id.*, “Torpedoes are here to stay”, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2002, pp. 154 ss.

aplicación de esta causa de denegación no como automática, sino como facultativa (art. 56.4º, 2).

V. La conclusión de Convenios con terceros Estados

23. Un tema que aquí se plantea con especial acuidad es el relativo a la compatibilidad del texto con los abundantes Convenios bilaterales existentes en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias. Al respecto, hay que recordar la referencia al art. 351 TFUE y las tres sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia (aunque en materia de inversiones) que se refieren a la “compatibilidad” de los acuerdos con el Derecho de la Unión Europea²⁸.

En este contexto, no cabe duda que la Unión Europea tiene competencia para acuerdos multilaterales y bilaterales, con las particularidades incluidas en este caso en relación a la posibilidad de que se concluyan por los Estados miembros en un sistema que he calificado de “libertad vigilada”²⁹, pero haciendo constar que entre las posibilidades en este ámbito no se incluye en el RB I³⁰, lo que significa que los Estados miembros no pueden concluir convenios bilaterales con terceros Estados en materias incluidas en este Reglamento. En esta materia, sólo queda la pervivencia de los convenios preexistentes “en materias particulares” a que se refiere el art. 71 del Reglamento, interpretado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 4 de mayo de 2010³¹ en sentido restrictivo.

24. En efecto, en esta sentencia se hacen interesantes precisiones desde la perspectiva de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. El caso

²⁸ SSTJ 3 de marzo de 2009, en los asuntos C-249/06 (*Comisión c. Suecia*) y C-205/06 (*Comisión c. Austria*), en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2009, 3, pp. 905 ss, y STJ 19 de noviembre de 2009, as. C-118/07, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República de Finlandia*, apoyada por República Federal de Alemania, República de Hungría, República de Lituania y República de Austria, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2010, 2, pp. 606 ss.

²⁹ A. Borrás, “La celebración de Convenios internacionales de Derecho internacional privado entre Estados miembros de la Unión Europea y terceros Estados”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 83 ss; *id.*, “Un nuevo marco jurídico para la conclusión de convenios de Derecho internacional privado entre Estados miembros y terceros Estados en materias ‘comunitarizadas’”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 315, 2011, pp. 119 ss.

³⁰ Se trata de los Reglamentos 662/2009, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales y 664/2009, de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos, publicados ambos en el DO de 31.7.2009.

³¹ STJ 4 de mayo de 2010, as. C-533/08: *TNT Express Nederland BV c. AXA Versicherung AG*, con nota de J.J. Álvarez en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2011, 1, pp. 269 ss.

se refiere a un contrato de transporte de mercancías por carretera de Holanda a Alemania, sometido al Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (conocido como Convenio CMR). El art. 31 de este Convenio incluye una regla relativa a la litispendencia y una regla relativa a la ejecutoriedad. En este contexto, el problema surge sobre la interpretación de la referencia que hace el art. 71 del Reglamento a “los Convenios en que los Estados miembros fueran parte y que, en materias particulares” regularen cuestiones incluidas en el Reglamento.

La primera cuestión se refiere a si el Tribunal tiene competencia para interpretar el CMR. En sus propias palabras, el Tribunal de Justicia “no es competente para interpretar el art. 31” del CMR. La Abogada General Sra. Kokott, mantuvo, sin embargo, de forma más flexible que, aunque el Tribunal de Justicia no tiene competencia para interpretar el CMR, “corresponde, sin embargo, al Tribunal de Justicia interpretar el art. 71 Reglamento nº 44/2001 con miras a la aplicación por el órgano jurisdiccional nacional de las disposiciones del Convenio CMR que afectan al ámbito de aplicación del Reglamento (CE) nº 44/2001 y, en este contexto, examinar las disposiciones del Convenio CMR”³².

Reducida así la cuestión a la interpretación del art. 71, el Tribunal concluye que esta norma “debe interpretarse en el sentido de que, en un asunto como el litigio principal, se aplican las reglas de competencia judicial, de reconocimiento y de ejecución previstas en un convenio relativo a una materia particular, como la regla de la litispendencia establecida en el art. 31, ap. 2, del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, firmado en Ginebra el 19 de mayo de 1956, en su versión modificada por el Protocolo firmado en Ginebra el 5 de julio de 1978, y la regla sobre la fuerza ejecutiva recogida en el art. 31, ap. 3, de dicho Convenio, siempre que presenten un alto grado de previsibilidad, faciliten una buena administración de justicia y permitan reducir al máximo el riesgo de procedimientos paralelos y además garanticen, 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 (*favor executionis*).

Para alcanzar esta conclusión el Tribunal ³³ dice que la aplicación de un Convenio en una materia particular no puede comprometer los principios básicos de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea, tales como los principios “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

³² Ap. 88.

³³ Aps. 49 a 51 y 55.

de justicia, de reducción al máximo del riesgo de procedimientos paralelos y de confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión”. Y la observancia de estos principios es necesaria “para el buen funcionamiento del mercado interior”, que constituye “la razón de ser” del Reglamento (CE) nº 44/2001.

En este contexto, “un convenio especial –como el CMR– puede 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” y, por tanto,

“... el art. 31, apartado 3, del CMR 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 Reglamento nº 44/2001”.

La consecuencia de la interpretación del art. 71 hecha por el tribunal es que la referencia hecha por este artículo no puede entenderse como una remisión total a los convenios especializados, sino condicionada por los principios básicos de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea y, en particular, en lo que sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior. Con la interpretación del Tribunal de Justicia, la frase “Convenios concluidos por los Estados miembros en materias particulares” acaba diciendo exactamente lo contrario, tomando en consideración consideraciones implícitas que no aparecen en el texto.

25. Esta interpretación es tomada en consideración en el art. 82 de la propuesta de la Comisión, que mantiene el texto actual, pero estableciendo que, aunque se aplicarán las condiciones particulares establecidas en el acuerdo, “en todo caso, podrán aplicarse las disposiciones del presente Reglamento relativas al procedimiento de reconocimiento y ejecución de resoluciones”. Para clarificar la situación respecto al Convenio de Lugano de 2007, el nuevo art. 84 establece que el nuevo Reglamento no le afectará.

26. En cuanto a los acuerdos bilaterales o multilaterales futuros, cabe plantearse si es posible imaginar la delegación en los Estados miembros, teniendo en cuenta el interés que pueden tener unos Estados en concluir acuerdos bilaterales, que no sean de interés para otros. Al respecto ya se ha señalado que la Comisión no quiso hacerlo respecto al RB I, cuando ha sido posible en materias de Derecho de familia y en obligaciones contractuales y no contractuales. Puede pensarse si cambiará de opinión en el momento de la revisión del RB I. Por el momento, esta posibilidad no se considera en el texto de los considerandos de la propuesta de Reglamento revisado, como fue el caso, por ejemplo, en el cdo. 37 del Reglamento 864/2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

VI. Consideraciones finales

27. Nos enfrentamos nuevamente a una revisión del RB I que, además, se traducirá en una modificación del Convenio de Lugano revisado de 2007, cuando apenas habrá experiencia en su aplicación. Un elemento importante en esta revisión se refiere a la aplicación del Reglamento a demandados domiciliados en un tercer Estado, puesto que constituye un paso adelante importante en la comunitarización o, en una terminología más acorde con el momento actual, en la “europeización” de las reglas de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil.

Desde una perspectiva científica, el GEDIP ha considerado que el paso debe darse, aunque lo haga en términos que pueden calificarse de prudentes, aunque más ambiciosos que los de la Comisión. Es preciso ver ahora si los Estados están dispuestos a dar este paso en este momento o si, por el contrario, puede quedar para un momento posterior, como otros aspectos de la revisión que probablemente se quedarán en el tintero. Ejemplos claros se han visto en la propuesta del GEDIP y, en particular, en lo que se refiere a la introducción de “reglas espejo” en materia de competencia exclusiva y cláusulas de sumisión y al establecimiento de reglas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas en Estados terceros. Resulta discutible, no obstante, si el régimen propuesto no resulta excesivamente paralelo respecto al régimen existente en la Unión Europea, cuando faltan elementos de confianza mutua en que este último se basa.

ESTRATEGIAS DE LA OHADAC PARA LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL EN EL CARIBE

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO

Catedrático de Derecho internacional privado.
Universidad de Granada

SUMARIO: I. Introducción. II. La experiencia “OHADA”. III. El marco “OHADAC”. 1. Orígenes de la OHADAC. 2. OHADAC como realidad diferencial: nuevo contexto y nuevas estrategias. IV. Las técnicas de armonización del Derecho comercial en el marco OHADAC. 1. Armonización desde arriba (*hard harmonisation*). 2. Armonización desde abajo (*soft harmonisation*). V. Objetivos inmediatos.

RESUMEN: La iniciativa de la Organisation pour l’Harmonisation du Droit des Affaires dans La Caraïbe (OHADAC) parece ponerse en marcha y comienza a materializarse. El Proyecto implica un reto no sólo para los territorios directamente involucrados, sino también para los países europeos que han aportado su tradición jurídica y su cultura a la región. En el caso de España, OHADAC constituye una oportunidad única de cooperación internacional, y una responsabilidad añadida, en la que los académicos deben tener mucho que decir, aportando su *know-how* en un ámbito en que la Unión Europea ha adquirido una experiencia muy valiosa. Tal vez en el futuro la experiencia OHADAC pueda, a su vez, proporcionar métodos y resultados valiosos igualmente para el proceso de armonización del Derecho comercial en Europa, donde el diálogo entre *civil law* y *common law* no siempre se ha producido en términos verdaderamente constructivos.

PALABRAS CLAVE: DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES – ARMONIZACIÓN – UNIFICACIÓN REGIONAL – OHADAC.

ABSTRACT: *The initiative of the Organisation pour l’Harmonisation du Droit des Affaires dans La Caraïbe (OHADAC) has begun its journey and is starting to materialize. The Project is a challenge not only for the directly implied territories, but also for the European countries that have left their legal traditions and cultures in the region. For Spain, OHADAC entails both a unique opportunity for international cooperation and an added responsibility, in which academics have much to say. They must contribute with their know-how in a realm in which the European Union has already acquired a valuable experience. It could happen that in the future, the OHADAC experience could also provide with methods and worthy results to the process of harmonization of commercial law in Europe, where the dialog between civil law and commercial law has not always been held in truly constructive terms.*

KEYWORDS: INTERNATIONAL BUSINESS LAW – HARMONIZATION – REGIONAL UNIFICATION – OHADAC.

I. Introducción

La Organización para la Armonización del Derecho Comercial en el Caribe (OHADAC) nace como una institución cuyo objetivo esencial consiste en la aproximación, armonización o unificación del Derecho mercantil en el marco geográfico de los países caribeños. Ciertamente, se considera que esta armonización constituye un medio, aunque esencial, para conseguir facilitar e intensificar los intercambios comerciales en ese espacio regional, al tiempo que procurar, a la larga, sumar esfuerzos para reforzar su papel en el marco del mercado mundial, estrechando lazos tanto económicos como políticos entre los países de la región. El Caribe es una región estratégica de acusada diversidad política, enclavada en un espacio geográfico de gran interés para el comercio mundial, en especial en el ámbito del transporte marítimo y, en general, dada su proximidad con enormes mercados consolidados (EE.UU) y emergentes (México, Colombia, Brasil, Venezuela...). Sin embargo, pese a su proximidad, que llega a que algunos microestados compartan una misma isla (Saint Martin/Sint Marteen), los Estados caribeños no han logrado dejar de darse la espalda desde un punto de vista jurídico o económico, perjudicando con ello sus propias relaciones comerciales y, desde luego, cerrando la puerta a alianzas estratégicas que refuercen su posición común en la región.

Son numerosas las iniciativas políticas que han tratado de enmendar la situación descrita y que se han venido materializando en la constitución de diversas organizaciones internacionales de perfil caribeño. La OHADAC viene a reforzar esta pretensión desde un punto de vista diferente, confiando en que, más allá de las estrategias políticas, la armonización del Derecho comercial en la región es un paso importante, si no imprescindible, para conseguir una dinamización de los intercambios internacionales en la región y facilitar una posición común caribeña en los foros internacionales y, en general, en el ámbito del comercio mundial. La experiencia de la OHADA en África ha supuesto un acicate en la dirección comentada.

II. La experiencia “OHADA”

La similitud fonética de la OHADAC con la OHADA no es puramente casual. OHADAC es, de hecho, un acrónimo francés (Organisation pour l’Harmonisation du Droit des Affaires dans La Caraïbe). El proyecto OHADAC está inspirado en el proceso que dio lugar a la OHADA, y está alentado, en buena medida,

por alguno de los promotores de esta organización. De hecho, el punto de partida de OHADA tiene elementos concomitantes con los inicios del proyecto OHADAC. La OHADA no fue únicamente un proceso de armonización del Derecho mercantil propiciado por la iniciativa de los países africanos concernidos, que compartían un pasado colonial común bajo el dominio francés. Su constitución obedeció asimismo al interés de los propios operadores económicos africanos, deseosos de mejorar el entorno jurídico y judicial en la región, con el fin de facilitar los intercambios y las inversiones. La mayoría de estos Estados habían construido su Derecho mercantil a partir de retazos importados del Derecho francés. Tras su independencia, la acción legislativa había generado sistemas jurídicos poco reconocibles y operativos, y no existía un marco de seguridad jurídica que facilitase la modernización económica y la dinamización de los intercambios comerciales.

La OHADA ha convivido asimismo con otras organizaciones regionales africanas cuya finalidad es, desde los años sesenta del siglo pasado, progresar en el objetivo de la integración económica, creando comunidades económicas regionales, entre las que cabe citar: el Mercado Común del África Orientas y Austral (MCAOA), La Unión del Mahgreb Árabe (UMA), la Comunidad de Estados Sahelo-Saharianos (CEN-SAD), la Comunidad de África del Este (CAE), la Comunidad Económica de Estados del África Central (CEEAC), la Comunidad Económica de Estados de África del Oeste (CEDEAO), la Autoridad Intergubernamental para el Desarrollo (AIGD), la Comunidad de Desarrollo del África Austral (CDA), la Unión Monetaria del África del Oeste (UMOA) y la Comunidad de Estados del África del Oeste (CEAO) cuya fusión dio lugar a la UEMOA en 1994, la Organización de la Unión Africana (OUA), el Banco Africano de Desarrollo (BAD), la Unión Económica y Aduanera del África Central (UDEAC) que posteriormente se convierte en la Comunidad Económica y Monetaria del África Central (CEMAC). En el ámbito continental, la integración está propiciada desde el Plan de Acción de Lagos (1980), el Tratado de 1994 por el que se será la Comunidad Económica Africana (CEA), la Conferencia Interafricana en materia de seguros (CIMA), la Conferencia Interafricana de Previsión Social (CIPRES), o la Declaración de Syrte en 1999.

La función de la OHADA en este marco de cooperación internacional se mostraba tan necesaria, como específica, pues constituyó el instrumento imprescindible para reducir la insalvable inseguridad jurídica que provocaba la heterogeneidad de sistemas jurídicos, difícilmente accesibles en sí mismos y, por añadidura, habida cuenta de la escasez de recursos económicos y técnicos para que los operadores económicos y jurídicos (jueces y abogados) pudiesen adaptar sus operaciones comerciales a ordenamientos jurídicos opacos y defectuosos. La inseguridad jurídica en el marco africano previo a OHADA no sólo consistía en

una inseguridad jurídica subjetiva, propiciada por la falta de previsibilidad o certeza del Derecho aplicable a una operación comercial. Existía asimismo un enorme déficit de seguridad jurídica objetiva, que venía dado por la incertidumbre en la eficacia transfronteriza de las decisiones judiciales. Se comprende en este sentido la importancia que las fórmulas de arbitraje comercial internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones iban a desplegar en el Proyecto OHADA.

La idea de armonizar los Derechos africanos nació en 1963, a raíz de una reunión de Ministros de Justicia propiciada por René David. A partir de algunas organizaciones instrumentales como la Organización Común Africana y Malgache (OCAM), de vida efímera, el proyecto no cobró vida hasta que en 1991 los Ministros de Finanzas de la Zona franco africana (CFA) encargaron a una comisión de juristas, presididos por Kéba M'Baye, la elaboración de un informe, cuya presentación en 1992 propició una propuesta de Jefes de Estado para la redacción del Tratado constitutivo de la OHADA, aprobado en la Conferencia de Port Louis de 1993 y suscrito por los representantes de los Estados francófonos. Actualmente componen la organización: Benín, Burkina Faso, República Centroafricana, Camerún, Islas Comoras, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Malí, Níger, Senegal, Chad y Togo. La República Democrática del Congo ha iniciado su proceso de adhesión. Santo Tomé y Príncipe ha anunciado que procederá a iniciar ese proceso y otros Estados como Ghana o Madagascar han manifestado asimismo su interés. Ciertamente, OHADA no está reservada a países francófonos, como demuestra la presencia de Guinea Ecuatorial y Guinea Bissau, pero es evidente que su arranque está muy vinculado a cierta tradición común impuesta por un pasado colonial que se vincula a dicha lengua, aunque el inglés, el español y el portugués se hayan incorporado también como lenguas oficiales de trabajo.

Celebrado del Tratado constitutivo de la OHADA, en 1994 se iniciaron los trabajos de armonización, sobre la base de un método común de trabajo. El Tratado constituye un pilar político que promueve una armonización progresiva y global del Derecho comercial, sobre la base de leyes uniformes imperativamente aplicables en los Estados parte. La técnica de armonización empleada en OHADA ha sido, pues, una técnica de *hard law* desde el principio, a través de los *Actes Uniformes* cuya aplicación uniforme queda además garantizada por la *Cour Commune de Justice et Arbitrage (CCJA)*. Para la adopción de las Leyes uniformes, cada Estado, a través de sus Comisiones Nacionales, formula observaciones a los anteproyectos del Secretariado Permanente, que son asimismo dictaminados por la CCJA y finalmente adoptadas por el Consejo de Ministros por unanimidad. Un modelo aparentemente tan rígido se ha mostrado, sin embargo, eficiente en un plazo muy breve de tiempo. Para comprender este éxito,

impensable en ámbitos de integración mucho más consolidados, como la Unión Europea, debe tenerse presente el menor peso que en estos Estados despliega la tradición jurídica, por una parte, lo que les dota de una “permeabilidad” notable. En segundo término, además de una tradición jurídica más permeable y maleable, no debe olvidarse que se trata de sistemas jurídicos cuyas normas de Derecho comercial presentaban un origen compartido heredado de la metrópoli francesa. Los logros de la OHADA en el ámbito de la armonización comercial han sido, pues, muy notables, abarcando la unificación del Derecho del arbitraje comercial, Derecho mercantil general, Derecho de sociedades, Derecho de garantías, Derecho de quiebras, Transporte de mercancías y procedimientos de ejecución. A ello hay que añadir la importante misión de la propia CCJA como instancia arbitral dotada de su propio Reglamento.

III. El marco “OHADAC”

1. Orígenes de la OHADAC

El proyecto OHADAC nace con ocasión de una conferencia celebrada en Pointe-à-Pitre en Guadalupe el 15 de mayo de 2007, organizada por el CARICOM, las Cámaras de Comercio y de Industria del Caribe, el Consejo Regional de Guadalupe y la Cámara de Comercio e Industria de Pointe-à-Pitre. Guadalupe, liderando la iniciativa de los departamentos franceses de ultramar, con ayuda de los fondos de cooperación regional y los fondos europeos Interreg., ha tenido, pues, un protagonismo evidente en la puesta en marcha de este proyecto, definiendo asimismo el mecanismo de participación de otros países, mediante la constitución de capítulos regionales y estatales de las asociaciones “ACP Legal”, de carácter no gubernamental, y que al día de hoy cuentan con representaciones en Guadalupe, Martinica y la República Dominicana, en proceso de constitución en Panamá y Venezuela, y en fase de negociación en Colombia, Puerto Rico, Haití, Jamaica y territorios de la OECS. En junio de 2008 tuvo lugar la segunda conferencia OHADAC en Puerto Príncipe y en junio de 2010 OHADAC fue el centro de atención del Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional celebrado en La Habana, que concluyó con la “Declaración de la Habana”, una formalización del afán de promocionar y avanzar en la idea de la armonización del Derecho comercial en el Caribe.

El texto de la declaración es el siguiente:

“Los asistentes al Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional:

Persuadidos de que los procesos de integración regionales constituyen una vía para avanzar en un proceso universal de globalización debidamente equilibrado y respetuoso con los intereses de todos los Estados que constituyen la Comunidad Internacional;

Convencidos de que la armonización jurídica del Derecho mercantil es un instrumento eficaz para dotar al comercio internacional y regional de mayor seguridad jurídica y minimizar sus costes, facilitando los intercambios comerciales, el desarrollo de las economías nacionales y su progresiva integración;

Conscientes de que los países del entorno geográfico latinoamericano y caribeño precisan generar corrientes de confianza y relaciones mutuas en su interés común a través de procesos de armonización jurídica que contribuyan, mediante su colaboración, a reforzar la posición internacional de la región en los foros internacionales de unificación y armonización del Derecho internacional privado y del Derecho mercantil;

Valorando la importancia de experiencias regionales de armonización jurídica como la constituida por la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA), así como de otros procesos regionales de integración; Estimando idónea la promoción del arbitraje en la solución de controversias jurídicas en el ámbito comercial y de inversiones, como un pilar fundamental del proceso de armonización del Derecho comercial en el ámbito del Caribe,

DECLARAN:

1º. Apoyar la promoción del Proyecto de Organización para la Armonización del Derecho mercantil del Caribe (OHADAC).

2º. Convocar a los países del entorno latinoamericano y caribeño como Guadalupe, Martinica, Dominica, Guayana, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y otros se sumen a esta iniciativa, implementando todos los instrumentos necesarios para la máxima cooperación destinada a la armonización de los respectivos ordenamientos mercantiles.

3º. Recabar la cooperación institucional en dicho proyecto de aquellos países cuyo sistema jurídico han influido decisivamente en la formación de los respectivos sistemas jurídicos nacionales en Latinoamérica y el Caribe, como es el caso de los sistemas romano-germánico, francés, español, holandés y el *common law*.

4º. Manifestar el deseo de que otros países del entorno latinoamericano se sumen a la iniciativa de la OHADAC.

5º. Solicitar a la OHADAC, que promocioe y diseñe un sistema de arbitraje comercial internacional institucional, dotado de una reglamentación moderna y eficiente, que tenga en consideración las aportaciones más recientes del Derecho comparado, colme sus lagunas y se oriente hacia un procedimiento arbitral que atienda a la autonomía de las partes, respete la soberanía de los Estados, facilite una labor eficiente de los árbitros y garantice el dictado de laudos arbitrales que optimicen la calidad de la justicia, la seguridad jurídica y la eficacia de sus pronunciamientos.

6º. Promocionar en el ámbito caribeño los estudios de Derecho comparado que, con una perspectiva amplia, permitan un conocimiento mutuo de sus respectivos sistemas jurídicos que facilite una labor de armonización jurídica del Derecho mercantil.

7º. Proponer a la OHADAC la introducción en su agenda de un catálogo de materias de Derecho sustantivo, cuya armonización se considera conveniente para alcanzar los objetivos propios de la integración jurídica, singularmente en los ámbitos de la contratación comercial, el transporte, los registros mercantiles, las sociedades mercantiles, las garantías y medios de pago, los derechos de propiedad industrial, el Derecho concursal, y los procedimientos de ejecución transfronteriza de créditos.

8º. Colaborar en los objetivos señalados con ejemplar respeto absoluto a la soberanía de los Estados, a la diversidad de culturas, valores y concepciones políticas en busca de una cooperación leal que haga factible la armonización jurídica cuyo fin último y principal interés común es promocionar el progreso y el crecimiento económico de los países de la región, en bien de la mejora de las condiciones de vida de los pueblos, que conforman la Comunidad Latinoamérica y Caribeña de Naciones.

Dada en La Habana, el 26 de junio de 2010”.

En octubre de 2010 un Seminario de formación en materia de arbitraje comercial y de inversiones tuvo lugar asimismo en Panamá, con la vista ya puesta en los fundamentos para la creación de una Corte Caribeña de Arbitraje.

2. OHADAC como realidad diferencial: nuevo contexto y nuevas estrategias

El Proyecto OHADAC, aunque inspirado en la experiencia OHADA, ha sido bien consciente desde el principio de los elementos diferenciales que impedía importar sin más la estrategia seguida en la África francófona. En contraste con la tradición esencialmente común de los Estados constituyente de OHADA, el proyecto OHADAC afronta desde el principio la diversidad y heterogeneidad de los países de los países del entorno del Caribe.

Si analizamos los países insulares o archipelágicos, hallamos territorios aún sometidos o dependientes de la soberanía de Estados europeos. Así ocurre con los departamentos franceses de ultramar (Guadalupe, Martinica), las colectividades de San Martín y San Bartolomé). Asimismo se observa –con el nuevo estatus político desde el 10 de octubre de 2010– en las islas que pertenecían a las Antillas holandesas: Bonaire, Sint Eustatius y Saba (constituyentes del Reino de los Países Bajos), y también, pero como territorios autónomos de los Países Bajos, en Curaçao, Aruba y Sint Maarten. Territorios de ultramar dependientes del Reino Unido son Anguila, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes británicas y Montserrat, a los que cabría añadir Bermudas, a p0es de su situación geográfica. Puerto Rico es un Estado libre asociado, territorio no incorporado de los EE.UU. al igual que las Islas Vírgenes estadounidenses. Como países o territorios independientes, hallamos Estados importantes de tradición española, como Cuba, o francesa, como Haití, y otros como la República Dominicana, en que a pesar del predominio de la lengua española la tradición jurídica debe mucho al Derecho francés. Bajo la órbita del *common law* se sitúan otros territorios insulares independientes, en buena parte vinculados a la *Organisation of Eastern Caribbean States* (OECS) como Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Granadinas y Santa Lucía, o tributarios de la tradición anglosajona aunque no forme parte de dicha organización, pero sí de la *Commonwealth* (Bahamas, Barbados, Jamaica y Trinidad–Tobago). En suma, hallamos en el entorno OHADAC al menos 18 Estados insulares soberanos que comprenden 31 territorios diferentes con lenguas y tradiciones jurídicas correspondientes a cuatro metrópolis: España, Francia, Reino Unido y Países Bajos. Su población supera los cuarenta millones de habitantes, la mitad de los cuales hablan español, una cuarta parte francés, casi el mismo número inglés y una minoría (en torno a un 1%) holandés.

El esquema se reproduce en el caso de los territorios continentales ribereños del Caribe, si bien en este caso hablamos de Estados independientes, en su mayor parte, tanto geográfica como poblacional, de habla y tradición hispana: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela. Algunos de ellos, como Panamá, han sido permeables, especialmente en el ámbito mercantil, a la influencia jurídica angloamericana. La tradición francesa está representada por un Departamento de ultramar francés, la Guayana francesa. Surinam, Estado independiente, testimonia la herencia holandesa. Finalmente, la influencia inglesa se detecta en Guyana y en Belice, ambos Estados independientes parte de la *Commonwealth*. En suma, 11 nuevos Estados independientes (12 territorios). Resulta difícil calcular la población ribereña del Caribe de los Estados continentales, cuya población global alcanza cifras muy elevadas, superiores a los doscientos millones de habitantes, en su inmensa mayoría de habla hispana.

Este breve y superficial repaso geográfico nos confirma la pluralidad política y cultural del territorio OHADAC, compuesto por 29 Estados independientes que abarcan 43 territorios diferentes. En términos políticos, OHADAC envuelve a la sexta parte de los Estados que componen la Comunidad Internacional, y en torno a 260 millones de habitantes. La herencia cultural e idiomática de estos países es diversa, como también lo es el grado de proximidad con las antiguas metrópolis. Mientras los Estados de habla hispana cuentan con una larga tradición de independencia, que se remonta al siglo XIX en todos los casos, muchos territorios de tradición francesa, inglesa u holandesa aún son parte de los Estados metropolitanos o han accedido a la independencia en la segunda mitad del siglo XX. Semejante diversidad de estructuras políticas condiciona una estrategia para la armonización jurídica. No se trata, como en el caso de la OHADA, de países independientes con una tradición más o menos autónoma en torno a la influencia francesa. Baste pensar en los problemas que suscitaría la posibilidad de reeditar un Tratado internacional del alcance del Tratado OHADA. La OHADA se habría podido constituir simplemente con el apoyo técnico y financiero de Francia. El Proyecto OHADAC, sin embargo, precisará de la contribución decidida de otros países, como los Países Bajos, Estados Unidos y, sobre todo, España y el Reino Unido.

El desafío exige partir asimismo del reconocimiento de la diversidad cultural de la región caribeña, hecho que ha implicado a menudo que sus territorios vivan muy próximos geográficamente y de espaldas unos a otros, perjudicando sus intereses estratégicos comunes. Como hemos apuntado, los Estados insulares y archipelágicos muestran una gran variedad lingüística: español, francés, inglés y holandés, sin contar las lenguas indígenas que son relevantes especialmente en el continente o las lenguas mestizas (créole, papiamentu). El español domina cla-

ramente en el territorio continental, e incluso en países como Belice, en que la única lengua oficial es el inglés, el español es de uso común. Pero también hallamos la presencia del holandés (Surinam) y del francés (Guayana francesa). Tal diversidad lingüística, que no es necesariamente cultural, anuncia sin embargo variaciones importantes en el ámbito jurídico, no siempre evidentes.

Los territorios dependientes del Reino Unido y de los Estados Unidos tienen generalmente una tradición jurídica propia del *common law*. No obstante, algunos de ellos (Santa Lucía, Guayana, Puerto Rico) conservan aún la influencia del *civil law*, de forma que a menudo son considerados como sistemas mixtos. El resto de los países rinden tributo al *civil law*. Debe tenerse en cuenta la influencia del Código de Napoléon y del Derecho privado francés, tanto en España como en los Países Bajos. No debe olvidarse, además, que el Código civil español es de 1889, fecha en la que apenas conservaba su dominio sobre Cuba y Puerto Rico, y muchas colonias tuvieron la tendencia a aproximarse al *Code* en sus propios Códigos, y algunas de ellas recuperaron su tradición francesa, como la República Dominicana. El texto y los principios del Código civil español de 1889 estuvieron en vigor en Cuba hasta 1987, y su primer Código de comercio sigue siendo hoy el Código de comercio cubano, pero en general es evidente que los países del *civil law* comparten una cultura más próxima y que las dificultades más severas se plantearán en su convivencia con los sistemas del *common law*. Ciertamente, la propia experiencia europea acredita tales dificultades, pero también la posibilidad de alcanzar convergencias relevantes entre ambas familias jurídicas, y tanto las directivas comunitarias como iniciativas tales como los Principios de Derecho Contractual Europeo o el Marco Común de Referencia aportan experiencias significativas para el proyecto OHADAC.

Las fuentes internacionales también deben ser consideradas en el marco de una estrategia de armonización jurídica regional. La Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías ha sido ratificada por Cuba y Colombia, pero también por países de tradición anglosajona como San Vicente y Granadinas. Es cierto que el Reino Unido está, hoy por hoy, fuera de la Convención, pero ha sido ratificada por los EE.UU. además de por Francia, España y los Países Bajos. Esta Convención, ampliamente inspirada en las prácticas del comercio internacional, ha sido quizás la fuente principal de inspiración de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y proporciona un punto de partida significativo en materia contractual. La participación de los países del Caribe es más decidida en el Convenio de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, del que son parte Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá, República Dominicana, San Vicente y Granadinas, Trinidad y Tobago y Venezuela, así

como Francia, España, EE.UU., Países Bajos y el Reino Unido. La extensión de dicho convenio a todos los territorios de OHADAC debe ser una prioridad de la organización.

La proliferación de organizaciones internacionales en torno al Caribe puede ser una oportunidad tanto como un impedimento. Ciertos países pertenecen a la Comunidad del Caribe (CARICOM) o al CARIFORO, a la Asociación de Estados del Caribe (AEC), a la Organización de Estados del Caribe Oriental (OE-CO), o al Grupo de Río y a la Comunidad de Estados latinoamericanos y caribeños (CALC). Estas organizaciones tienen como objetivo, siquiera parcial, la integración económica. Varios países pertenecen a organizaciones regionales que desbordan las fronteras del Caribe, pero que pueden propender hacia objetivos similares desde el punto de vista de la armonización jurídica o de la integración económica: ALADI, ALBA, OEA (CIDIP), *Commonwealth*... Esta pluralidad de organizaciones internacionales es similar a que afectaba a los Estados de la OHADA, y en este caso no fue óbice para que la armonización del Derecho comercial se implementara con indudable éxito sobre la base de una organización específica, como es la OHADA. Con seguridad la OHADAC no podrá cumplir un papel tan amplio como el de la OHADA en África, al menos en un primer momento. En todo caso, es preciso contar y apoyarse con esta pluralidad de organizaciones internacionales para poder conferir a la OHADAC una responsabilidad particular, orientada hacia la armonización jurídica en materia comercial, quizás con un perfil más técnico que político, donde el protagonismo reposará sobre instituciones privadas (cámaras de comercio y arbitraje) más que sobre los Estados, al menos en un primer momento. Se trata de un dato que condiciona asimismo la estrategia para la armonización.

V. Las técnicas de armonización del Derecho comercial en el marco OHADAC

1. Armonización desde arriba (hard harmonisation)

El objetivo de una armonización desde arriba sólo es una pretensión razonable en el marco OHADAC a largo plazo. El Tratado OHADA, ratificado por los Estados parte, implica un sistema legislativo e incluso judicial. Aunque su proceso legislativo sea intergubernamental (a diferencia de la Unión Europea, que se sitúa en un escalón más alto de cesión de soberanía legislativa), el Tratado OHADA permite adoptar leyes uniformes con efecto directo en los Estados miembros. Sin embargo, este modelo, que funciona normalmente en las coordinadas políticas de la OHADA, se muestra poco realista durante la primera fase de la OHADAC, por las razones ya expuestas relativas a la heterogeneidad de la

región caribeña. Una aproximación más razonable exige comenzar por una estrategia de armonización *soft*, o desde abajo.

2. Armonización desde abajo (soft harmonisation)

La armonización *soft* supone la elaboración de actos y leyes uniformes que no se imponen directamente a los Estados, sino que se ofrecen como una suerte de Ley Modelo o recomendación, que los Estados o los operadores pueden incorporar libremente a sus sistemas o relaciones jurídicos. Tal carácter *soft* presenta la ventaja de permitir una redacción más técnica y menos intervenida de las disposiciones legales o propuestas de armonización. Las disposiciones de *soft law* pueden convertirse en *hard law* a través de su adopción unilateral por los Estados de la OHADAC, pero también en el caso de que esta organización avance hacia un sistema más institucional. Hay que pensar que semejante estrategia está siendo empleada en la Unión Europea para llegar a la armonización del Derecho de contratos y del Derecho civil en general. Una estrategia *soft* puede ser puesta en práctica de forma inmediata. Si los resultados son positivos, ello ayudará en el futuro a adoptar un Tratado similar al Tratado OHADA. Para que semejante estrategia tenga éxito, serán precisas dos iniciativas.

En primer lugar, se impone la promoción de estudios de Derecho comparado orientados a la armonización. La técnica retenida por la propuesta OHADAC tiene ciertas semejanzas metodológicas con el procedimiento habitual de la Academia Internacional de Derecho Comparado y otras instituciones de estudio del Derecho comparado. A partir de un formulario preciso redactado por un ponente general, existen ponentes nacionales que facilitan la información jurídica y complementan dichos formularios. Los ponentes generales elaboran un informe general, que ha de poner de relieve los elementos de divergencia y de convergencia entre los sistemas jurídicos involucrados. A partir de aquí, el Proyecto OHADAC presenta una singularidad clara si se compara con otras iniciativas de armonización *soft*, tales como las desplegadas en la Unión Europea en materia de unificación del Derecho contractual. En Europa la tendencia inequívoca ha sido redactar un texto normativo, y la discusión se ha centrado sobre el alcance que dicho texto podría tener (facultativo, opcional, modelo, obligatorio). La estrategia OHADAC es, en este punto, más práctica y versátil. A la luz del Informe General elaborado, el ponente general debe hacer propuestas de armonización que tiendan a superar los elementos de divergencia. Estas propuestas, desde luego, pueden consistir en elaborar una Ley modelo, la recomendación de ratificar un convenio internacional o incorporar una determinada regulación ya existente, pero también, en ciertos casos, especialmente si las divergencias jurídicas son insalvable o irreductibles, la propuesta puede orientarse hacia los operadores económicos, aconsejando la adopción de Reglas o Usos Uniformes, contratos—

tipo o cláusulas contractuales específicas, incluyendo las que determinan la elección de fuero o arbitraje y la ley aplicable. La publicación de los informes y propuestas debe preceder a un Congreso Internacional en el que se debatan y adopten las medidas consideradas pertinentes, que se transmiten después a la acción política de los Estados caribeños y de las organizaciones internacionales en que se inscriben.

Una segunda línea estratégica de armonización tiene que ver con la creación de una Corte Caribeña de Arbitraje, más importante, si cabe, en un marco de armonización que se prevé *soft*. Uno de los pilares iniciales de OHADAC es la creación de una Corte Caribeña de Arbitraje dotada de un Estatuto y de un Reglamento moderno y actualizado, capaz de responder a las necesidades de dinamización de los intercambios comerciales en el propio seno de la región caribeña. La Corte debe servir, asimismo, como elemento aglutinador y armonizador del propio Derecho comercial caribeño.

VI. Objetivos inmediatos

La OHADAC acaba de lanzar la licitación para iniciar sus actividades de estudio y aproximación del Derecho mercantil internacional. En dicha licitación, se han retenido, sobre la base del esquema de estudio propuesto, las siguientes materias: Derecho de sociedades, Derecho de contratos, Derecho de transporte marítimo, Derecho relativo al fideicomiso y la fiducia, Derecho de garantías y medios de pago, Reconocimiento y ejecución de decisiones y vías y procedimientos de ejecución de decisiones y actos. La selección de temas parece apropiada. En principio, el Derecho contractual y el Derecho de sociedades son dos pilares básicos para dotar de seguridad jurídica a las transacciones regionales, habilitando en la medida de lo posible la acción internacional de las sociedades a través de su establecimiento secundario o, incluso, traslado de sede, y promocionando las fusiones y acuerdos de cooperación societaria. El régimen de garantías y medios de pago resulta asimismo conveniente para complementar la aproximación del Derecho contractual, generando una mayor seguridad jurídica en los operadores. A este mismo fin responde el imprescindible establecimiento de un sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones, incidiendo asimismo en un buen conocimiento, y aproximación su es posible, de los procedimientos materiales de ejecución. Por su parte, tanto el transporte marítimo como el régimen del fideicomiso y la fiducia responden a dos sectores estratégicos en el entorno caribeño. El primer, es obvio, se relaciona con el

transporte marítimo, de singular trascendencia económica dadas las circunstancias geográficas de la región. El análisis de la fiducia y del fideicomiso se antoja sin duda delicado, por las implicaciones fiscales de tales instituciones en un espacio geográfico a menudo asociado a prácticas internacionalmente inconvenientes; se trata, sin embargo, de una apuesta valiente y que, por otra parte, es imprescindible para mejorar los instrumentos de financiación del comercio en la región.

Mención aparte merece el tratamiento del arbitraje comercial internacional. En este ámbito, un objetivo esencial es preparar un proyecto de Estatutos y Reglamento de una eventual Corte Caribeña de Arbitraje. Desde su constitución la OHADAC ha incidido de forma singular en este punto, en particular a raíz de las experiencias de 2010 en Cuba y Panamá, y existe una clara orientación en este sentido. Los foros arbitrales internacionales de mayor tradición se encuentran lejos de la región caribeña, no sólo físicamente. El Proyecto presentado por OHADAC pretende diseñar un arbitraje comercial internacional que proporcione mayores ventajas para las partes y los operadores jurídicos que las alternativas existentes actualmente. En este sentido, su concepción del arbitraje se asienta en tres principios esenciales: autonomía de las partes, eficiencia y calidad del arbitraje. El Proyecto de OHADAC trata de recuperar la esencia del arbitraje comercial internacional a favor de los intereses de los propios operadores. En este sentido, un sistema arbitral no puede fundarse exclusivamente en la atención a los intereses de las partes desde un punto de vista puramente formal. La fórmula arbitral debe ofrecer a los operadores –Pymes en su inmensa mayoría– una solución eficiente y justa en términos de previsibilidad y neutralidad. La eficiencia, de un lado, requiere un procedimiento arbitral sencillo, rápido y económico. En efecto, la eficiencia exige asimismo unos costes razonables del arbitraje, tanto en términos de administración como por lo que se refiere a los honorarios de los árbitros. Finalmente, las partes deben poder confiar en obtener una justicia de calidad, fundada esencialmente en términos de seguridad jurídica y previsibilidad. La Corte Caribeña de Arbitraje debe responder a estos postulados y su régimen estatutario y reglamentario se contempla como la primera aportación a corto plazo. Con todo, el ámbito del arbitraje comercial internacional exigirá asimismo un estudio de Derecho comparado que aboque, previsiblemente, a acciones armonizadoras en los estados involucrados por lo que respecta en especial a los procedimientos de control del laudo y a su reconocimiento y ejecución.

VII. Conclusión

Poco a poco, la iniciativa OHADAC parece ponerse en marcha y comienza a materializarse. El Proyecto implica un reto no sólo para los territorios directamente involucrados, sino también para los países europeos que han aportado su tradición jurídica y su cultura a la región. En el caso de España, OHADAC constituye una oportunidad única de cooperación internacional, y una responsabilidad añadida, en la que los académicos deben tener mucho que decir, aportando su *know-how* en un ámbito en que la Unión Europea ha adquirido una experiencia muy valiosa. Tal vez en el futuro la experiencia OHADAC pueda, a su vez, proporcionar métodos y resultados valiosos igualmente para el proceso de armonización del Derecho comercial en Europa, donde el diálogo entre *civil law* y *common law* no siempre se ha producido en términos verdaderamente constructivos. Sería imperdonable que España eludiera su responsabilidad y desaprovechara semejante oportunidad.

EL CONVENIO SOBRE ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO Y EL REGLAMENTO BRUSELAS I: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PROCEDIMIENTOS PARALELOS *

Margherita SALVADORI

Profesora de Derecho internacional privado y procesal
Facultad de Derecho de Turín

SUMARIO: I. El Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro. II. Ámbito de aplicación del Convenio. III. El acuerdo sobre la elección del foro. IV. Reconocimiento y ejecución de decisiones. V. Reglamento Bruselas I y Convenio de La Haya. VI. Conclusiones

RESUMEN: El Convenio de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, aún no en vigor, constituye un nuevo instrumento internacional al servicio de la seguridad jurídica y la previsibilidad en lo que respecta a la elección de tribunal en las transacciones comerciales internacionales. El Convenio se limita a los acuerdos de elección de ley concluidos en materias civiles y comerciales, y excluye, además de otras materias específicas, los contratos de consumo y los contratos de trabajo. El Convenio contiene tres reglas básicas dirigidas a diversos tribunales: el tribunal elegido debe conocer del litigio si el acuerdo de elección de tribunal es válido de conformidad con las normas dispuestas en el propio Convenio (en particular, no cabe el *forum non conveniens* a favor de tribunales de otro Estado); cualquier tribunal ante el que se presente la demanda debe inhibirse; y toda decisión dictada por el tribunal de un Estado contratante al que se haya atribuido competencia exclusiva a través de una cláusula atributiva de competencia debe ser reconocida y ejecutada en el resto de los Estados contratantes, salvo si concurre alguna de las excepciones dispuestas en el Convenio. Existen importantes diferencias entre el Convenio sobre acuerdos de elección de foro y el Reglamento Bruselas I en lo que respecta a su operatividad. En este contexto, la reforma del Reglamento Bruselas I (de diciembre de 2010) trata de reforzar la eficacia de los acuerdos de elección de tribunal: dando prioridad al tribunal elegido para decidir sobre su competencia, con independencia de si es el primer o el segundo tribunal ante el que se plantea el litigio; e introduciendo una norma de conflicto armonizada sobre la validez sustantiva de los acuerdos de elección de tribunal. De esta forma, será fácil que el Convenio de La Haya sea ratificado por la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: CONVENIO DE LA HAYA DE 2005 – REGLAMENTO BRUSELAS I – ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO – COMPETENCIA – DERECHO APLICABLE – LITISPENDENCIA.

* Traducción del italiano: Patricia Orejudo Prieto de los Mozos. Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

ABSTRACT: *The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, not yet entered into force, offers a new international instrument to enhance legal certainty and predictability with respect to choice of court agreements in international commercial transactions. The Convention is limited to “exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters” and excludes consumer and employment contracts and other specific subject matters. The Convention contains three main rules addressed to different courts: the chosen court must hear the case if the choice of court agreement is valid according to the standards established by the Convention (in particular there is no possible forum non conveniens in favour of courts of another State); any court seized but not chosen must dismiss the case unless one of the exceptions established by the Convention applies; any judgment rendered by the court of a Contracting State which was designated in an exclusive choice of court agreement that is valid according to the standards established by the Convention must be recognised and enforced in other Contracting States unless one of the exceptions established by the Convention applies. Between the Choice of Court Agreements Convention and the Brussels I Regulation important differences rise when the operational systems of the two instruments are compared. In this context the Recast of Brussels I Regulation (December 2010) enhance of the effectiveness of choice of court agreements: giving priority to the chosen court to decide on its jurisdiction, regardless of whether it is first or second seised, and introducing a harmonised conflict of law rule on the substantive validity of choice of court agreements. Thereby it will be easy the conclusion of this Convention by the European Union.*

KEYWORDS: HAGUE CONVENTION 2005 – BRUSSELS I REGULATION – CHOICE OF COURT AGREEMENTS – JURISDICTION – APPLICABLE LAW – LIS PENDENS.

I. El Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro

El Convenio sobre acuerdos de elección de foro se aprobó y abrió a la firma con ocasión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (DIPr) de 30 de junio de 2005¹, precedido del *Explanatory Report* de M. Dougachi y T.C. Hartley, de diciembre de 2004².

A la conclusión del Convenio se llegó después de unas negociaciones largas y difíciles, iniciadas en los años noventa, que pretendían alcanzar un convenio más ambicioso sobre competencia y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. Aunque el ámbito de aplicación del proyecto inicial se haya limitado a las cláusulas de elección de foro, el Convenio ofrece a los operadores económicos la posibilidad de alcanzar un acuerdo para la solución jurisdiccional de las contro-

¹ La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (HCCH) nació con el propósito de trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado: el art. 1 de su Estatuto se reformó en junio de 2005, con ocasión de la XX Conferencia en La Haya, con objeto de permitir la participación de la Unión Europea, en calidad de miembro. El 5 de octubre de 2006 el Consejo de la Unión Europea adoptó la Decisión 2006/719/CE, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea a la Conferencia. Para que la Conferencia de La Haya pudiera admitir un miembro especial, como la Comunidad Europea fue preciso, como se ha indicado, modificar el Estatuto. El nuevo texto entró en vigor el 1 de enero de 2007. *Vid.* http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=29&zoe=statut. El Convenio (en adelante, CH 2005) está publicado en español (traducción de A. Borrás y J.D. González Campos) en <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt37es.pdf>

² *Vid.* M. Dougachi y T.C. Harley, “Avant-projet de convention sur les accords exclusifs d’élection de for et rapport explicatif/ Preliminary Draft Convention on Choice of Court Agreements”, Doc. Prél. No 26, diciembre de 2004, en http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd26e.pdf.

versias mercantiles³, como alternativa a la solución arbitral prevista en el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros⁴.

En la actualidad el Convenio ha sido ratificado únicamente por México⁵. Se ha firmado por los Estados Unidos de América el 19 de junio de 2009 y por la Unión Europea, en nombre de todos los Estados miembros⁶, a excepción de Dinamarca, a través de la Decisión del Consejo de 29 de febrero de 2009⁷. Si el Convenio es ratificado por los Estados Unidos y por la Unión Europea entrará en vigor, y es previsible que logre la adhesión de muchos otros países.

El Preámbulo del Convenio de 2005 identifica los tres objetivos fundamentales: la promoción de los intercambios y de las inversiones internacionales, mediante el fortalecimiento de la cooperación judicial; la uniformidad de las nor-

³ Con ocasión de la XVII sesión de la Conferencia de La Haya (mayo de 1993), los países miembros expresaron la voluntad de preparar un nuevo proyecto de Convenio mundial en materia de competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, con objeto de crear un instrumento multilateral que pudiese adoptarse a nivel mundial y no sólo a nivel regional, como ocurría con el Convenio de Bruselas de 1968. El Proyecto Preliminar de 1999, como se explica en el Informe de P. Nigh y F. Pocar (Doc. Prel. núm. 11 agosto 2000, en <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm11.pdf>), seguía el modelo de una *mixed convention*, esto es, regulaba en primer lugar la competencia judicial de los Estados contratantes y, en segundo término, el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en los Estados contratantes. En la primera parte del Proyecto, el Convenio establecía diversos tipos de competencia judicial: las competencias exclusivas de una lista blanca (*white list*), cuyas decisiones podían ser reconocidas y ejecutadas también en otros Estados ratificantes; las competencias exclusivas de una lista negra (*black list*), cuyas decisiones no podían ser reconocidas ni ejecutadas fuera del Estado del foro; y las competencias incluidas en una zona gris (*grey zone*), un área híbrida más cercana al convenio simple, en la que la competencia judicial podía ser válidamente definida por la ley estatal del juez del foro, al que se permitía decidir autónomamente si reconocer y ejecutar las decisiones. En lo relativo al reconocimiento y la ejecución de las decisiones, el juez ante el que una parte presentara la demanda debía controlar la competencia a efectos de reconocer la decisión únicamente si la competencia se hallaba en la lista blanca; no debía reconocer si la cuestión entraba en la lista negra; y era libre de reconocer la resolución si la decisión pertenecía a la zona gris.

⁴ *Vid.* Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html.

⁵ Sobre el estado del Convenio, *vid.* http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=98; *cf.* A. Bucher, “La Convention de La Haye sur les accords d’élection de for”, *Revue Suisse de droit international et de droit européen*, 2006, pp. 31 ss; B. Audit, “Observation sur la Convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d’élection de for”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, París, Dalloz, 2008, pp. 172 ss; R.A. Brand y P.M. Herrup, *The Hague Convention on Choice of Court Agreement – Commentary and Documents*, Nueva York, Cambridge, 2008.

⁶ Dinamarca, de hecho, no participa en la adopción de la Decisión, en virtud de los arts. 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al Tratado de Ámsterdam: *vid.* considerando 7 de la Decisión 2009/397 (nota siguiente). Sin embargo, el Reino Unido e Irlanda participan en la adopción y aplicación de la Decisión (considerando 6).

⁷ Decisión del Consejo 2009/397/CE, de 26 de febrero de 2009, relativa a la forma en nombre de la Comunidad europea, del Convenio sobre los acuerdos de elección del foro, DO L 133 29 de mayo de 2009.

mas de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y comercial; y la internacionalidad de un marco normativo que proporcione seguridad y asegure la eficacia de los acuerdos exclusivos de elección de foro entre las partes en operaciones comerciales⁸. Estas tres líneas de actuación constituyen los criterios interpretativos que los jueces nacionales deben respetar en la aplicación de este Convenio internacional, como dispone el propio art. 23 CH 2005, cuando remite a lo dispuesto en el Preámbulo, al afirmar el carácter internacional del Convenio⁹. Por otra parte, los tribunales nacionales, en aplicación del principio general del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en sus relaciones contractuales, deben interpretar y aplicar las disposiciones del Convenio de modo que permitan que opere la elección que realicen las partes en la determinación del juez competente para resolver una determinada controversia.

II. Ámbito de aplicación del Convenio

El artículo 1 del Convenio establece tres condiciones para su aplicación: la internacionalidad de la situación, el carácter civil o comercial de la controversia y la existencia de un acuerdo exclusivo de elección del foro (a salvo de lo previsto en el art. 22 CH 2005).

El párrafo 2º del art. 1 CH 2005 establece que una situación no es internacional si las partes residen en el mismo Estado contratante y la relación entre éstas y, todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del tribunal elegido, están conectados únicamente con ese Estado. De esta forma, todos los casos que presentan elementos de vinculación con diversos ordenamientos estatales se consideran internacionales y entran en el ámbito de aplicación del CH 2005; de lo contrario, estarán regulados por las normas del ordenamiento estatal con el que se encuentran conectados¹⁰.

A efectos del reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras, el carácter internacional se determina de forma más sencilla, desde el momento en que se reconduce al hecho de que la resolución proceda de un órgano jurisdic-

⁸ El texto oficial del Convenio está disponible en http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.pdf&cid=98.

⁹ Cf. R.A. Brand y P.M. Herrup, *op. cit.*, pp. 28 ss.

¹⁰ El art. 19 (*declaraciones limitando la competencia*) permite a los Estados declarar que los propios jueces pueden rechazar el conocimiento del litigio al que se aplica un acuerdo exclusivo de elección de foro si entre este Estado y las partes o entre el Estado y el litigio no existe ninguna conexión distinto al de la sede del juez designado. Esta disposición permite a cualquier Estado contratante ignorar determinados litigios, para los cuales serían competentes los propios órganos jurisdiccionales según la cláusula de elección de foro, simplemente porque las dos partes extranjeras han buscado un foro neutral para resolver la controversia.

cional de un Estado distinto de aquél en el que se solicita el reconocimiento o la ejecución¹¹.

En el *Explanatory Report* la noción de materia civil y comercial se define en primer lugar a partir de la exclusión del Derecho público y el Derecho penal; pero, además, el art. 2.5º CH 2005 precisa que la presencia de un Estado como parte del contrato o de la controversia no excluye la aplicación del Convenio¹².

El art. 2.5º CH 2005 introduce la lista de materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio¹³. Como muestra de las dificultades de negociación, el elenco es insólitamente largo y abarca no sólo materias extrañas a la dimensión económica y comercial, como el Derecho de familia y las sucesiones, sino también sectores que habrían entrado plenamente, pero que, por razones diversas, se han excluido del ámbito de aplicación del Convenio.

Una primera exclusión se refiere a los contratos celebrados por consumidores y los contratos de trabajo, como consecuencia de la disparidad de las posiciones contractuales de las partes, que debe ser equilibrada para proporcionar una mayor tutela a favor de la parte débil, y que no encontraría un espacio en la disciplina del Convenio¹⁴. La comisión especial ha aclarado que se refiere a una no-

¹¹ El art. 20 (*declaraciones limitando el reconocimiento y la ejecución*) establece que un Estado puede declarar que sus tribunales podrán negarse a reconocer o ejecutar una resolución dictada por un tribunal de otro Estado contratante si las partes tenían su residencia en el Estado requerido y la relación entre las partes, así como todos los demás elementos relevantes del litigio, con excepción del lugar del tribunal elegido, estaban conectados solamente con el Estado requerido.

¹² Además, el art. 2.6º CH 2005 precisa que “El presente Convenio no afectará los privilegios e inmunidades de los Estados o de las organizaciones internacionales, con respecto a ellas mismas o a sus propiedades”.

¹³ El art. 2.2º CH 2005 establece que “el presente Convenio no se aplicará a las siguientes materias: a) el estado y la capacidad legal de las personas físicas; b) las obligaciones alimenticias; c) las demás materias de derecho de familia, incluyendo los regímenes matrimoniales y otros derechos u obligaciones resultantes del matrimonio o de relaciones similares; d) los testamentos y las sucesiones; e) la insolvencia, los convenios entre insolvente y acreedores y materias análogas; f) el transporte de pasajeros y de mercaderías; g) la contaminación marina, la limitación de responsabilidad por demandas en materia marítima, las averías gruesas, así como el remolque y salvamento marítimos en caso de emergencia; h) los obstáculos a la competencia; i) la responsabilidad por daños nucleares; j) las demandas por daños corporales y morales relacionados con los primeros, interpuestas por personas físicas o a nombre de éstas; k) las demandas de responsabilidad extracontractual por daños a los bienes tangibles causados por actos ilícitos; l) los derechos reales inmobiliarios y el arrendamiento de inmuebles; m) la validez, la nulidad o la disolución de personas morales y la validez de las decisiones de sus órganos; n) la validez de los derechos de propiedad intelectual distintos de los derechos de autor y derechos conexos; o) la infracción de los derechos de propiedad intelectual distintos de los derechos de autor y derechos conexos, con excepción de los litigios iniciados por la violación de un contrato existente entre las partes con relación a tales derechos, o los que pudieran haberse iniciado por la infracción de dicho contrato; p) la validez de las inscripciones en los registros públicos”.

¹⁴ Recuérdese que el Reglamento (CE) nº 44/2001 contiene, entre las normas de protección del contratante débil, además de normas para la protección de los consumidores y de los trabajadores, normas

ción estrictamente objetiva de “consumidor”, esto es, a la persona que actúa fundamentalmente para fines personales, familiares y domésticos, limitando con ello el alcance de la exclusión en lo que respecta a los contratos celebrados por profesionales.

Otras exclusiones son las referidas a materias del comercio transfronterizo, ya sujetas a otros regímenes legales o que se refieren a conflictos que son auxiliares respecto del objeto del Convenio, tales como el transporte de bienes y de servicios, algunas materias de Derecho marítimo, el Derecho *antitrust*, la responsabilidad por daños nucleares, las acciones de responsabilidad por daños corporales ejercitadas por personas físicas y las acciones por violaciones de los derechos de propiedad intelectual diferentes a los derechos de autor y derechos conexos, salvo que el procedimiento sea o hubiera podido ser, promovido por el incumplimiento del contrato referido a tales derechos.

Además, el art. 2.3° CH 2005 prevé que el litigio no quedará excluido del ámbito de aplicación del Convenio si una de las materias excluidas surgiera únicamente como cuestión preliminar y no como cuestión principal¹⁵.

En lo que a la exclusión de la materia de la propiedad intelectual respecta, interesa incidir en que la validez de los derechos no puede ser objeto de una cláusula de elección de foro, puesto que tal cuestión entra en las competencias exclusivas del Estado en el que se ha registrado el derecho [*vid.* art. 2.2 n) CH 2005]. No obstante, la exclusión de la validez de los derechos de propiedad intelectual no impide que se empleen cláusulas de elección de foro en lo que respecta a los aspectos contractuales y a las acciones de infracción de tales derechos¹⁶.

Finalmente, el art. 2.4° CH 2005 excluye del ámbito material de aplicación del Convenio el arbitraje y los procedimientos vinculados al arbitraje, que siguen regulados por el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrajes extranjeros.

A pesar de las numerosas exclusiones de su ámbito de aplicación, el Convenio es aplicable a la mayor parte de las operaciones comerciales *business-to-*

en materia de contratos de seguros; pero no existe una exclusión expresa de estos últimos en lo que respecta al ámbito de aplicación del CH 2005.

¹⁵ El art. 2.3° CH 2005 prevé que “no obstante lo establecido en el ap. 2, un litigio no quedará excluido del ámbito de aplicación del presente Convenio si una de las materias excluidas en virtud de dicho apartado, surgiera únicamente como cuestión preliminar y no como cuestión principal. En particular, el sólo hecho que una materia excluida en virtud del ap. 2 surgiera como defensa, no excluirá la aplicación de este Convenio a un litigio, si dicha materia no constituye cuestión principal de éste”. Conviene, así, precisar que, para estos casos, el art. 10 permite al juez estatal que conozca sobre el reconocimiento o la ejecución, que deniegue tal reconocimiento o ejecución de la decisión relativa a la cuestión previa.

¹⁶ La infracción de los derechos de propiedad intelectual no se excluye del ámbito de aplicación del Convenio si la acción se fundamenta en un contrato o se invoca un supuesto de responsabilidad extracontractual calificable como contractual.

*business*¹⁷, por lo que constituye un importante instrumento a disposición de los operadores económicos.

Según lo previsto en el art. 21, los Estados pueden añadir otras materias a las excluidas del ámbito de aplicación del Convenio a través de cláusulas expresas de reserva, de forma que es posible que limiten el ámbito de aplicación del reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras en sus relaciones mutuas, en tanto en cuanto tales exclusiones no sean más amplias de lo necesario y estén definidas de manera clara y precisa¹⁸.

III. El acuerdo de elección del foro

A la luz del principio de autonomía de la voluntad de las partes en sus relaciones contractuales, el acuerdo de elección del foro determina la competencia de un juez, esto es, de una autoridad jurisdiccional estatal, para dirimir una controversia. Desde esta perspectiva, el Convenio sobre acuerdos de elección de elección del foro se complementa claramente con los convenios sobre arbitraje internacional que determinan la competencia de una parte privada para resolver una controversia¹⁹.

El art. 3.a) define el acuerdo de elección de foro como un acuerdo escrito, concluido por dos o más partes para designar, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, a

¹⁷ *Business to Business*, literalmente, “negocio-a-negocio”, también expresado con el acrónimo B2B, es un término comúnmente utilizado para describir las transacciones comerciales electrónicas entre empresas, en contraposición a las que tienen lugar entre las empresas y otros grupos. Se trata de un término nacido y empleado casi de forma exclusiva en el comercio electrónico o *e-commerce*, que por él mismo toma la forma de proceso automatizado entre contratantes, y puede también referirse a todas las transacciones efectuadas en una cadena de valor industrial, antes de que el producto acabado sea vendido al consumidor final. De forma más específica, *Business-to-Business* indica las relaciones que una empresa mantiene con sus propios suministradores en su actividad de aprovisionamiento, planificación y monitorización de la producción o de ayuda en el desarrollo del producto, o la relación que la empresa tiene con los clientes profesionales o con otras empresas situadas en los diversos puntos de la cadena productiva. El volumen de transacciones de B2B es mucho más elevado que el de las transacciones B2C (*Business to Consumer*), porque las empresas han adoptado tecnología de *e-commerce* en mucha mayor medida que los consumidores. Las transacciones B2B representan la mayor parte de las operaciones comerciales internacionales.

¹⁸ La propuesta de Decisión presentada por la Comisión al Consejo [COM(2008) 538 def., de 5 de septiembre 2008] sugería excluir del ámbito de aplicación del Convenio, tanto a los contratos de seguros en los que el titular de la póliza estuviese domiciliado en la UE y el riesgo, el evento o el bien asegurado estuviese vinculado exclusivamente a la UE, cuanto a los derechos de autor y derechos conexos cuya validez se vinculase a un EM. Sin embargo, la Declaración 2009/397 no recogió ninguna declaración en virtud del art. 21.

¹⁹ Cf. P. Beaumont, “The Hague Choice of Court Agreements Convention 2005: Background, Negotiations, Analysis and Current Status”, *J. Private Int'l L.*, 2009, pp. 225 ss.

los tribunales de un Estado contratante o a uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, excluyendo la competencia de cualquier otro tribunal.

Así, sólo se toman en consideración las cláusulas que atribuyen competencia a los jueces de un Estado contratante de modo exclusivo y, para evitar los problemas que podrían derivar de la ausencia de una indicación expresa acerca de la exclusividad de la elección, en caso de que las partes no lo hayan especificado, se considerará que el acuerdo tiene tal carácter exclusivo [art. 3 b) CH 2005]²⁰. Por otra parte, la definición de exclusividad de la elección abarca la posibilidad de designar diversos jueces, siempre que pertenezcan al mismo Estado contratante.

La presunción de exclusividad de la elección de ley no presenta dificultades particulares en el contexto de la Unión Europea, pero invierte la regla que se sigue en la mayor parte de los tribunales estadounidenses, donde se presume que el acuerdo de elección del foro no es exclusivo a menos que las partes no hayan previsto expresamente dicha exclusividad²¹.

Por lo general, la impugnación de la cláusula de competencia hace referencia a la forma, la licitud, la pertenencia al ámbito de aplicación material de la Convención o a la ausencia de consentimiento por una de las partes. Las dificultades más comunes derivan del hecho de que el demandado se oponga al pacto, declarando no haber dado su consentimiento a la cláusula o poniendo en tela de juicio su validez²².

La capacidad de las parte en el momento de conclusión del acuerdo debe valorarse sobre la base de la ley personal para las personas físicas y de la *lex societatis* para las personas jurídicas.

Por lo que respecta a la posibilidad de impugnar el acuerdo por nulidad derivada de vicios del consentimiento, la Convención no contiene ninguna disposición. El *Informe Dougachi-Hartley* sugiere que estas cuestiones relativas al

²⁰ Asimismo, la previsión del art. 22 CH 2005 (*declaraciones recíprocas sobre acuerdos no exclusivos de elección de foro*), permite a los Estados contratantes declarar que sus propios jueces reconocerán y ejecutarán las decisiones dictadas por los jueces de otros Estados contratantes designados en un acuerdo de elección de foro que haya sido concluido entre dos o más partes en forma escrita, y que designe, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, sea a un tribunal o a los tribunales de uno o más Estados contratantes, esto es, un acuerdo no exclusivo de elección de foro.

²¹ Cf. A. Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008; A. Bucher, *loc. cit.*, pp. 29 ss; T.C. Hartley, "The Hague Choice-of-Court-Convention", *European L. Rev.*, 2006, pp. 414 ss.

²² El Convenio regula la validez del acuerdo en tres situaciones particulares: en el caso de un litigio que se plantea ante el juez elegido, el cual teóricamente debe ejercitar la competencia que se le ofrece de conformidad con el art. 5; también en un caso que se presente ante el juez no elegido, el cual, en teoría no debe conocer del procedimiento, sino declinar la competencia según el art. 6; y, finalmente, en el caso en que el se solicite al juez reconocer una decisión dictada por un juez de un Estado contratante elegido *ex arts.* 8 y 9.

consentimiento se regulan por la ley del foro elegido, esto es, que la validez del acuerdo debe regularse por la ley aplicable y los requisitos establecidos formales en el Convenio²³. Teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los diversos ordenamientos estatales en relación con las materias en las que las cláusulas atributivas de competencia sufren restricciones o están prohibidas, la cuestión crucial será definir si la ley estatal que se oponga a la validez del acuerdo podrá ser aplicada al caso concreto²⁴.

El acuerdo de elección de foro debe concluirse o recogerse por escrito, o por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta [art. 3.c)].

La existencia de forma escrita tiene como finalidad fundamental la de facilitar a la contraparte el conocimiento de la cláusula en aras de una mayor protección de los derechos de defensa. El Convenio no precisa las características que debe cumplir el escrito, ni de las circunstancias de su emisión de manera que refuerce la existencia de acuerdo entre las partes²⁵; de hecho, la última parte de esta disposición amplía el ámbito de la elección del foro, ya que no limita la forma a la escrita tradicional, sino que también comprende las nuevas herramientas tecnológicas, cada vez más utilizadas en las transacciones internacionales. La disposición se inspira en la Convención de las Naciones Unidas de 1996 sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales²⁶. Esta Convención puede ser un instrumento útil desde el punto de vista interpre-

²³ El ejemplo que ofrece el *Informe Dogauchi-Hartley* resulta clarificador: X, que reside en Panamá, envía un email a Y, residente en México, realizando una oferta en términos muy desfavorables para Y. La oferta contiene una cláusula de elección de tribunal a favor de los tribunales de Ruritania (Estado imaginario) y concluye que la falta de respuesta en el término de 7 días comportará que ha aceptado la oferta. El *software anti-spam* de Y borra el mensaje, por lo que Y nunca lo lee. Transcurridos los 7 días, X manifiesta que ha concluido un contrato con una cláusula de elección de tribunal, por lo que inicia el procedimiento ante los tribunales de Ruritania. Si la ley de Ruritania considerase que el contrato ha existido y que el “acuerdo” de elección de tribunal es válido, otros Estados, como México, estarían autorizados a considerar el acuerdo de elección de tribunal como no existente.

²⁴ Los jueces ante los que se plantee el litigio a pesar de la existencia de un acuerdo de elección de foro impugnado por vicio del consentimiento pueden declarar su nulidad si esta sanción está prevista en la ley aplicable al acuerdo de elección del foro. Cabe, no obstante prever que las posibilidades de que un acuerdo válido sea privado de efectos en aplicación de una ley extranjera, considerada de aplicación necesaria por la parte que contesta su validez, son más bien remotas. Sin embargo, el juez al que se solicite el reconocimiento de la decisión dictada por el juez elegido, y sobre todo el juez que conoce a pesar de la cláusula, serán más propensos a la aplicación de las normas del propio ordenamiento jurídico que se opongan a la eficacia de la cláusula. Esta puede ser, de hecho, la razón para que la parte decida plantear el litigio ante el juez no elegido: éste no tendrá ningún problema en dar efecto a una norma restrictiva de la *lex fori* si valora que se encuentran en peligro los intereses que persigue su propio ordenamiento.

²⁵ A diferencia de lo dispuesto en el art. II.2º CNY 1958, que prevé que “acuerdo por escrito” denota una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

²⁶ www.uncitral.org.

tativo para el Convenio de La Haya; particularmente su artículo 9, donde se regulan las condiciones de forma de las comunicaciones electrónicas, y su equiparación a la forma escrita²⁷.

El Convenio no precisa claramente si la norma recogida en el art. 3.c) constituye la única condición formal que tiene que cumplir el acuerdo de elección de foro. De esta forma, queda abierta la cuestión del efecto *ad validitatem* en lugar de *ad probationem* del art. 3.c). Si se especifica que las condiciones formales deben cumplirse para que el acuerdo se considere concluido, cabría afirmar que la regla es *ad validitatem*, mientras que si meramente se especifica que el acuerdo puede ser documentado por escrito, el efecto parece ser *ad probationem*.

El acuerdo de elección de foro incluido en un contrato se considera independiente del resto de las cláusulas contractuales, y su validez no podrá ser impugnada en relación con la supuesta invalidez del contrato. Del principio de separabilidad del acuerdo de elección del foro en relación con las otras cláusulas contractuales [*vid.* art. 3.d) CH 2005] deriva de forma pacífica que la validez del acuerdo no puede impugnarse por el único motivo de que el contrato se haya declarado inválido, así como que la validez de la cláusula de elección del foro deberá regirse por la ley del foro²⁸. Esta disposición se inspira claramente en el

²⁷ El art. 9 de la Convención sobre utilización de las comunicaciones electrónicas establece que “1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención obligará a que una comunicación o un contrato tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular. 2. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta. 3. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica: a) Si se utiliza un método para determinar la identidad de esa parte y para indicar la voluntad que tiene tal parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica; y b) Si el método empleado: i) O bien es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o ii) Se ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método ha cumplido las funciones enunciadas en el apartado a) *supra*. 4. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato se proporcione o conserve en su forma original, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, ese requisito se tendrá por cumplido respecto de una comunicación electrónica: a) Si existe alguna garantía fiable de la integridad de la información que contiene a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, en cuanto comunicación electrónica o de otra índole; y b) Si, en los casos en que se exija proporcionar la información que contiene, ésta puede exhibirse a la persona a la que se ha de proporcionar. 5. Para los fines del apartado a) del párrafo 4: a) Los criterios para evaluar la integridad de la información consistirán en determinar si se ha mantenido completa y sin alteraciones que no sean la adición de algún endoso o algún cambio sobrevenido en el curso normal de su transmisión, archivo o presentación; y b) El grado de fiabilidad requerido se determinará teniendo en cuenta la finalidad para la que se generó la información, así como todas las circunstancias del caso”.

²⁸ No se ha dispuesto una autonomía jurídica de la cláusula: el CH 2005 se refiere al ordenamiento del juez elegido, atribuyéndole la facultad de valorar la validez del acuerdo de elección del foro, sin excluir la aplicación de las normas materiales de otro ordenamiento estatal.

Derecho del arbitraje, que admite desde hace tiempo la autonomía de la cláusula compromisoria respecto del contrato en el que se inserta.

El art. 5.1º CH 2005 atribuye competencia a los jueces elegidos por las partes, salvo en caso de que el acuerdo de elección sea nulo. El precepto confirma el principio de autonomía de la voluntad de las partes²⁹ y proporciona una mayor previsibilidad a las relaciones comerciales: si las partes han elegido a un juez de un Estado contratante como competente para dirimir sus controversias, este juez será el único provisto de competencia judicial para decidir también sobre la eventual nulidad de la cláusula de elección.

Por otra parte, se prevé que el juez elegido no puede declinar su competencia (art. 5.2º CH 2005), impidiendo de este modo eventuales declaraciones de *forum non conveniens* que pueden emplear los jueces concretamente en los ordenamientos de *common law*.

El ap. 3 del art. 5 establece que la elección del foro por las partes no afectará a las normas de competencia material o a la cuantía de la reclamación, ni al reparto interno de la competencia entre los tribunales de un Estado contratante. Esta disposición, por tanto, reafirma la voluntad del Convenio de no vulnerar las normas estatales en materia de competencia, al tiempo que obliga al juez a prestar la debida consideración a la elección de las partes.

Finalmente, interesa recordar que el art. 19 permite a los Estados contratantes declarar rechazar la competencia de un tribunal de otro Estado contratante, conferida por las partes a través de la cláusula de elección, si no existe ninguna conexión relevante entre el Estado del tribunal elegido y las partes o el litigio. Aún cuando esta afirmación pueda parecer superflua, cabe recordar que la exclusividad de la elección del juez competente comporta la obligación del resto de los jueces de no pronunciarse sobre la controversia³⁰. De hecho, además de afirmar la competencia exclusiva del juez elegido por las partes, el Convenio impide el empleo de la regla de *lis alibi pendens*, que daría la prioridad al tribunal que entra a conocer en primer lugar. Por este motivo el Convenio regula tanto la eficacia del acuerdo ante el juez elegido por las partes como la eficacia del

²⁹ Que no presupone que haya vínculos directos entre el Estado del juez designado por las partes en la cláusula y el litigio; no exige que exista una conexión objetiva, sino que deja discrecionalidad a las partes en la elección. Las partes deben poder elegir para dirimir su litigio un juez particularmente competente en la materia, incluso si la transacción de la que deriva no tienen ningún nexo de unión con este juez; y también deben poder designar un juez “neutro” para asegurar la mayor imparcialidad en la decisión.

³⁰ *Vid.*, entre los principales estudios sobre el CH 2005, F. Pocar y C. Honorati, *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgements*, Pádua, 2005; T.C. Hartley, *loc. cit.*; A. Bucher, *loc. cit.*; C. Kessedjian, “La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l’élection de for”, *Journ. dr. int.*, 2006, pp. 813 ss; R.A. Brand y P.M. Herrup, *op. cit.*; A. Briggs, *op. cit.*; M. Pertegás, “The Brussels I Regulation and the Hague Convention on Choice of Court Agreements”, *ERA Forum*, 2010, n. 11, pp. 19 ss.

acuerdo en relación con el juez ante el que se presenta la demanda y que no es el designado como competente de forma exclusiva.

El art. 6 se refleja en el art. 5, al regular el procedimiento incoado ante un tribunal distinto del designado en la cláusula de elección de foro: cualquier órgano jurisdiccional de un Estado contratante, distinto al elegido por las partes en la cláusula, tiene la obligación de suspender o inadmitir el procedimiento iniciado ante él. El tribunal ante el que se presenta la demanda no debe suspender o declinar su propia competencia judicial si existen motivos de nulidad o inexistencia del acuerdo según su propia ley, cuando el tribunal designado haya decidido no conocer del litigio.

En lo que respecta a la aplicación temporal de las normas, interesa destacar que el Convenio es aplicable por el juez designado a las cláusulas concluidas después de su entrada en vigor (art. 16.1° CH 2005). No obstante, en la medida en que el Convenio no es aplicable a los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor en el Estado del tribunal al que se ha acudido, el momento relevante no será el de la conclusión del acuerdo de elección, sino el momento en el que el juez al que se ha acudido deba decidir sobre su propia competencia (art. 16.2° CH 2005). A falta de previsión expresa al respecto, el momento en el que se entiende que el procedimiento se instaura debe determinarse de conformidad con las normas procesales de la *lex fori*.

IV. Reconocimiento y ejecución de las decisiones

Cuando el juez designado en una cláusula de elección de foro de carácter exclusivo emita una decisión, tal decisión debe ser reconocida y ejecutada en el resto de Estados contratantes, salvo que concurra alguno de los motivos de denegación previstos en el Convenio.

El art. 8 CH 2005 establece la regla general de reconocimiento y ejecución de las decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes que hayan sido designados a través de un acuerdo exclusivo de elección de foro. A la afirmación de la obligación general de reconocimiento (art. 8.1° CH 2005) se añade la prohibición de control de fondo de la resolución, con la precisión de que el juez requerido está vinculado por las consideraciones de hecho en las que el juez de origen haya basado su competencia, salvo que la decisión se haya dictado en rebeldía (art. 8.2° CH 2005).

La decisión debe ser reconocida sólo si produce efectos en el Estado de origen, y debe ejecutarse únicamente si tiene eficacia ejecutiva en el Estado de origen (art. 8.3° CH 2005); de ahí que el reconocimiento y la ejecución pueden suspenderse o denegarse si la decisión es impugnada en el Estado de origen o si el plazo para el recurso ordinario no ha transcurrido, si bien una eventual dene-

gación no impide una solicitud ulterior de reconocimiento o ejecución de la decisión (art. 8.4º CH 2005).

A estas disposiciones se añade la previsión del art. 22 CH 2005, que permite declaraciones recíprocas de reconocimiento entre Estados contratantes para los casos en que el acuerdo de elección de foro no sea exclusivo, permitiendo de este modo la circulación de cualquier decisión dictada por un juez elegido por las partes.

El art. 9 CH 2005 define las situaciones en las que el reconocimiento y la ejecución pueden denegarse. En particular, cabe la denegación cuando el acuerdo era nulo según la ley del Estado del juez designado, salvo que éste hubiere constatado que el acuerdo es válido; cuando una parte carecía de capacidad para concluir el acuerdo de conformidad con la ley del Estado requerido; cuando el documento con el que se inició el procedimiento o un documento equivalente que contenga los elementos esenciales de la demanda no se haya notificado al demandado con tiempo suficiente o de modo incompatible con los principios fundamentales del Estado requerido en materia de notificación de actos; cuando la decisión es consecuencia de un fraude en relación al procedimiento; cuando el reconocimiento o la ejecución sean manifiestamente incompatibles con el orden público del Estado requerido; cuando la resolución es incompatible con una resolución dictada en el Estado requerido en un litigio entre las mismas partes, o sea incompatible con una decisión dictada previamente en otro Estado en un litigio entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa, siempre que esta resolución satisfaga los requisitos de reconocimiento dispuestos en el Estado requerido.

V. Reglamento Bruselas I y Convenio de La Haya de 2005

Las reglas actualmente en vigor en la Unión Europea, en particular del Reglamento (CE) nº 44/2001, conocido como Reglamento Bruselas I³¹, en su art. 23³², no ofrecen una cobertura efectiva a la autonomía de las partes en materia

³¹ Reglamento (CE) nº 44/2001 de 22 de diciembre de 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. Al respecto, *vid.* S. Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, 6ª ed., Turín, Giappichelli, 2009; F. Salerno, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001 (la revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3ª ed., Pádua, Cedam, 2006.

³² El art. 23 establece que, “si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. Tal acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; o b) en una forma que se ajustare a los

de elección del foro³³. En efecto, como ha sido ya evidenciado³⁴, la obligación del juez designado por las partes de suspender el procedimiento si con carácter previo se ha presentado la demanda ante otro juez, permite que las partes que actúan de mala fe, retrasen la resolución del litigio ante el juez elegido acudiendo previamente a un juez incompetente, generando costes y retrasos adicionales, además de socavar la seguridad jurídica y la previsibilidad en la resolución de tales controversias.

Por otra parte, fuera de la UE la previsibilidad en las relaciones jurídicas es aún menor, habida cuenta de los pocos convenios multilaterales o bilaterales con Estados terceros en la materia, y la ausencia de un sistema de normas uniformes aplicables a nivel universal. Esta inseguridad constituye inevitablemente un obstáculo a los intercambios comerciales entre los países de la UE y Estados terceros, además de una desventaja para las propias empresas de la UE.

El efecto positivo que derivaría de la ratificación del Convenio de La Haya de 2005 se manifiesta en la reciente propuesta de modificación del RB I elaborada por la Comisión europea, en el que de un lado se supera la remisión a las normas estatales de competencia cuando el demandado esté domiciliado en un Estado tercero, y de otro se atribuye una mayor eficacia a los acuerdos atributivos de competencia.

En relación con los acuerdos de elección de foro, la propuesta de la Comisión retoma las soluciones acogidas en el Convenio de La Haya de 2005. En efecto, se prevé que las disposiciones del RB I sean modificadas a fin de que el juez designado sea el que se pronuncie prioritariamente sobre su propia competencia, incluso si entra a conocer en segundo lugar; y que la validez del acuerdo se determine de conformidad con la ley designada por una norma de conflicto uniforme, en lugar de aplicar las normas de DIPr del foro.

hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas; o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieran o debieran conocer y que, en dicho comercio, fueran ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado". Por otra parte, "cuando ninguna de las partes que hubieran celebrado un acuerdo de este tipo estuviere domiciliada en un Estado miembro, los tribunales de los demás Estados miembros sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o los tribunales designados hubieran declinado su competencia"

³³ Cf. P. Beaumont y B. Yürsel, "La reforma del Reglamento de Bruselas I sobre acuerdos de sumisión y la preparación para la ratificación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro", *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 129 ss.

³⁴ *Vid.*, en particular, el denominado *Heidelberg Report*: 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), 2008, disponible en la web http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf; así como el *Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement in civil and commercial matters*, COM(2009) 175 final de 21 de abril de 2009.

Además, la Comisión pretende evitar que la remisión a las normas estatales de competencia, en lo que respecta a las demandadas presentadas frente a domiciliados en terceros Estados, comporte un obstáculo al buen funcionamiento del mercado único, favoreciendo el *forum shopping* basado en la disparidad de las legislaciones internas, y susceptible de tener repercusiones no sólo en las relaciones entre personas domiciliadas y no domiciliadas en la UE, sino también entre personas domiciliadas en la propia UE³⁵. Sobre la base de estas consideraciones, se ha propuesto extender las normas uniformes del Reglamento 44/2001 también a las demandas frente a personas domiciliadas en terceros Estados³⁶.

VI. Conclusiones

La entrada en vigor del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección del foro permitirá a las partes en operaciones comerciales del todo el mundo elegir el juez al que someter, de forma exclusiva, los litigios que puedan surgir entre ellas, y conseguir que las sentencias pronunciadas en estos litigios sean reconocidas y ejecutadas en otros países.

En virtud del nuevo Convenio, también los operadores de la UE deberán referirse a un único conjunto de normas, de forma que la igualdad de las condiciones de competencia que existen en la UE, garantizada por el RB I, podrá extenderse a todos los Estados contratantes del Convenio. Además, el Convenio podrá garantizar los derechos de los operadores de la UE ante jueces extranjeros, porque permite obtener el mismo tipo de tutela en diferentes contextos jurisdiccionales, además de una mayor previsibilidad de los eventuales costes judiciales.

En efecto, la actual ausencia de normas jurídicas uniformes a nivel internacional comporta incertidumbres importantes en las relaciones comerciales, agrava-

³⁵ Cf. T. Kruger, *Civil Jurisdiction Rules of the EU and Their Impact on Third States*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

³⁶ Recuérdese que el Dictamen del TJUE 1/2003 de 7 de febrero de 2006, sobre la competencia externa de la Unión Europea para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *Rec.*, 2006, I-1145, atribuye a la UE la competencia exclusiva para concluir tales convenios sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil. Al respecto, *vid.* G. Gaja, "Sulle competenze della CE rispetto alla cooperazione giudiziaria in materia civile", *Int'l Lis*, 2006, pp. 35 ss.; N. Lavranos "Opinion 1/03, Lugano Convention", *Common Market L. Rev.*, 2006, pp. 1087 ss.; I. Carlotto, "La nuova Convenzione di Lugano e le competenze esterne della Comunità", *Quaderni cost.*, 2006, pp. 578 ss.; B. Cortese, "Sui rapporti tra regolamento Bruxelles I sistemi nazionali e Convenzione di Lugano nell'ottica delle relazioni esterne della Comunità. Considerazioni critiche a margine del parere 1/03 e della recente giurisprudenza comunitaria", *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008, pp. 533 ss.; F. Pocar, "Relazione sulla convenzione del 30 ottobre 2007 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale", DO C 319 de 23.12.2009.

das por la posibilidad de recurrir al denominado *forum shopping*³⁷, e instaurar procedimientos paralelos ante diversas jurisdicciones, competentes solo en abstracto. Desde este punto de vista, el Convenio de 2005 puede ser muy ventajoso para todas las controversias en las que el arbitraje internacional constituye un procedimiento demasiado largo o costoso, sobre todo si las partes orientan su elección hacia la competencia de países en los que se decide de forma rápida y eficiente. De este modo se instaurará la “competencia” entre las jurisdicciones estatales.

³⁷ El *forum-shopping* se produce cuando una persona que presenta una acción elige el órgano jurisdiccional en función de la ley que éste aplicará; o elige un foro, entre los disponibles, no porque sea el más apropiado para dirimir la controversia, sino porque las normas de conflicto que empleará este tribunal conducirán a la aplicación de la ley que le sea más favorable. La exigencia de tomar en cuenta el carácter internacional de la situación se ha advertido históricamente, con particular fuerza en el ámbito de las relaciones privadas, como consecuencia de la diversidad existente en los diversos modos de regular situaciones idénticas por parte de los ordenamientos. Tal diferenciación hace que para la misma controversia las soluciones puedan variar, al aplicarse reglas procesales y sustantivas diversas.

LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2010– MAYO 2011

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ

Profesor asociado de Derecho internacional privado
Universidad de Alicante

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 2010 y mayo 2011. En este tiempo la labor desarrollada por la Comisión ha sido muy abundante y entre sus actividades hay que destacar el “Vigésimo séptimo informe anual sobre el control de la aplicación del derecho de la UE (2009)”¹. Por otra parte, fruto de la relación de colaboración entre el Parlamento Europeo y la Comisión prevista en el art. 295 TFUE, se ha publicado el Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea².

Durante este periodo la Comisión ha dedicado especial atención a la cuestión del derecho contractual europeo; al apoyo y reconocimiento a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el ámbito de la protección de los Derechos fundamentales; y al desarrollo y construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia. Destaca igualmente su gran actividad en el ámbito del mercado interior, con la adopción de un nuevo marco jurídico en materia de libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión Europea; y el desarrollo normativo desplegado en el sector de los servicios financieros, del transporte y de la protección del consumidor.

¹ Doc. COM (2010) 538 final, de 1 de octubre.

² DO L 304 de 20.11.2010.

1. Espacio de libertad, seguridad y justicia

1.1. General

En julio de 2010, la Comisión adoptó una Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo titulada “Panorama general de la gestión de la información en el espacio de libertad, seguridad y justicia”³ y, en noviembre, otra Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo titulada “La Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea en acción: cinco medidas para una Europa más segura”⁴.

Por otra parte, en el marco del Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo la Comisión adoptó dos Comunicaciones: la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo”⁵; y la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo “Evaluación de los acuerdos de readmisión de la UE”⁶, que tiene como objetivos evaluar tanto los acuerdos de readmisión (ARUE) ya en vigor, cuanto las negociaciones de readmisión en curso, así como formular recomendaciones de cara a una futura política de readmisión en la UE.

1.2. Cooperación judicial en materia civil

A lo largo de este periodo se realizaron nuevos progresos en torno al Reglamento 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁷ (Reglamento Bruselas I). Destacan la adopción del Reglamento (UE) n° 416/2010 de la Comisión, de 12 de mayo de 2010, por el que se modifican los anexos I, II y III del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁸; y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida)⁹. Se pretende con ello subsanar algunas de las lagunas observadas y mejorar el funcionamiento del Reglamento Bruselas I, en particular: a) el procedimiento de reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro (execuátur); b) el

³ Doc. COM (2010) 385 final, de 20 de julio.

⁴ Doc. COM (2010) 673, de 22 de noviembre.

⁵ Doc. COM (2010) 171 final, de 20 de abril.

⁶ Doc. COM (2011) 76 final, de 23 de febrero.

⁷ DO L 12 de 16.1.2001.

⁸ DO L 119, de 13.5.2010.

⁹ Doc. COM (2010) 748, de 14 de diciembre.

acceso a la justicia en la Unión Europea cuando intervienen demandados domiciliados en terceros Estados; c) la eficiencia de los acuerdos de elección de foro; y d) la articulación entre el arbitraje y la vía judicial.

En materia de obligaciones de alimentos se publicó en este periodo la Corrección de errores del Reglamento (CE) n° 4/2009¹⁰ del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos¹¹.

Por lo que se refiere al divorcio y a la separación judicial la Comisión ha propuesto un nuevo marco jurídico para regular los casos de divorcio transfronterizo, recurriendo por primera vez al denominado procedimiento de cooperación reforzada que establece el Tratado de Ámsterdam y adoptando para ello las siguientes iniciativas: la Propuesta de Decisión del Consejo n° 2010/405/EU, de 12 de julio de 2010, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal¹² y su posterior Corrección de errores¹³; la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial¹⁴; y, finalmente, el Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial¹⁵.

En agosto de 2010, la Comisión presentó su Informe al Parlamento Europeo y al Consejo basado en el artículo 22 de la Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso¹⁶.

Entre los instrumentos adoptados por la Comisión en este periodo cabe destacar las actuaciones realizadas en relación al régimen patrimonial de las parejas. En este ámbito, la Comisión publicó dos propuestas de Reglamento tendentes a clarificar la cuestión de los bienes de los matrimonios y de las parejas registradas. En ellos se regulan los aspectos relativos a la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de decisiones. La primera de ellas, en materia de régimen económico matrimonial, es 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 ma-

¹⁰ DO L 17 de 10.1.2009.

¹¹ DO L 31 18.5.2011.

¹² Doc. COM (2010) 104, de 24 de marzo.

¹³ DO L 32 de 8.2.2011.

¹⁴ Doc. COM (2010) 105 final, de 24 de marzo.

¹⁵ DO L 32 de 8.2.2011.

¹⁶ Doc. COM (2010) 428 final, de 23 de agosto.

trimoniales¹⁷; la segunda, referida a las consecuencias patrimoniales de las parejas registradas, la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas¹⁸. Como complemento de estas dos propuestas la Comisión adoptó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada: “Disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales”¹⁹.

1.3. Política de visados y cruce de fronteras exteriores

En el ámbito de aplicación y desarrollo del Reglamento (CE) 1104/2008 del Consejo y la Decisión 2008/839/JAI del Consejo, sobre la migración del sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al SIS II, la Comisión ha adoptado durante este periodo los siguientes instrumentos: el Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el desarrollo del sistema de información de Schengen de segunda generación (SIS II). Informe de ejecución Julio 2009 – Diciembre 2009²⁰; el Reglamento (UE) n° 541/2010 del Consejo, de 3 de junio de 2010, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1104/2008, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)²¹; el Reglamento (UE) n° 542/2010 del Consejo, de 3 de junio de 2010, por el que se modifica la Decisión 2008/839/JAI del Consejo, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)²²; y el Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado de desarrollo del sistema de información Schengen de segunda generación (SIS II) (enero 2010–junio 2010)²³.

A su vez, en el ámbito de aplicación y desarrollo del Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)²⁴, podemos señalar: el Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del título III (Fronteras interiores) del Reglamento (CE) n° 562/2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)²⁵; así como

¹⁷ Doc. COM (2011) 126 final, de 16 de marzo.

¹⁸ Doc. COM (2011) 127 final, de 16 de marzo.

¹⁹ Doc. COM (2011) 125 final, de 16 de marzo.

²⁰ Doc. COM (2010) 221 final, de 6 de mayo.

²¹ DO L 155 de 22.6.2010.

²² DO L 155 de 22.6.2010.

²³ Doc. COM (2010) 633 final, de 5 de noviembre.

²⁴ DO L105 de 13.4.2006.

²⁵ Doc. COM (2010) 554 final, de 13 de octubre.

la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen²⁶.

Señalar, igualmente, que durante este periodo la Comisión presentó una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (FRONTEX)²⁷.

En relación al Protocolo de Schengen sobre el acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión Europea, la Comisión adoptó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al establecimiento de un mecanismo de evaluación para verificar la aplicación del acervo de Schengen²⁸; y la Decisión del Consejo, de 14 de diciembre de 2010, sobre la solicitud del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen en lo que se refiere al establecimiento de una Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia²⁹.

La Comisión también presentó en este periodo diversas acciones específicas en materia de visados. En este sentido, destacan cuatro iniciativas en relación a Georgia en forma de Propuestas de Decisión del Consejo relativas a: la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la facilitación de la expedición de visados³⁰; la firma del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la facilitación de la expedición de visados³¹; la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre readmisión de residentes ilegales³²; y la firma del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre readmisión de residentes ilegales³³.

A continuación, y en relación a los países cuyos nacionales se encuentran sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores, la Comisión presentó en mayo de 2010 la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, por el que se modifica el Reglamento

²⁶Doc. COM (2011) 118 final, de 10 de marzo.

²⁷Doc. COM (2010) 61 final, de 24 de febrero.

²⁸Doc. COM (2010) 624 final, de 16 de noviembre.

²⁹DO L 333 de 17.12.2010.

³⁰Doc. COM (2010) 198 final, de 5 de mayo.

³¹Doc. COM (2010) 197 final, de 5 de mayo.

³²Doc. COM (2010) 200 final, de 5 de mayo.

³³Doc. COM (2010) 199 final, de 5 de mayo.

(CE) n° 539/2001³⁴. Esta Propuesta dio lugar a la adopción del Reglamento (UE) n° 1091/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se modifica el Reglamento (CE) 539/2001 del Consejo, 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 esta obligación³⁵. Posteriormente, en julio de 2010, presentó otra Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modificaba de nuevo el Reglamento (CE) n° 539/2001³⁶, y que dio lugar a la adopción del Reglamento (UE) n° 1211/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, que modifica el Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo, 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 esta obligación³⁷.

Por lo que se refiere al Sistema de Información de Visados, la Comisión presentó dos Decisiones: la Decisión relativa al plan de seguridad para el funcionamiento del Sistema de Información de Visados³⁸; y la Decisión relativa al plan de seguridad para el SIS II Central y la infraestructura de comunicación³⁹. Además, en cumplimiento de la obligación establecida en el art. 6 Decisión 2004/512/CE del Consejo, por la que se establece el Sistema de Información de Visados (VIS)⁴⁰, la Comisión presentó un Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el desarrollo del sistema de información de visados (SIV) en 2009⁴¹.

Igualmente, la Comisión adoptó otros dos instrumentos en esta materia, a saber: el Informe al Parlamento Europeo y al Consejo – Sexto informe sobre el mantenimiento por parte de determinados terceros países de requisitos de visado en infracción del principio de reciprocidad⁴²; y la Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lista de documentos de viaje que permiten el cruce de las fronteras exteriores y en los que puede estamparse un visado, y sobre la creación de un mecanismo para elaborar esta lista⁴³.

Asimismo, en materia de exención de visados la Comisión presentó varias Propuestas de Decisión del Consejo. Así, en relación a la celebración de acuer-

³⁴ Doc. COM (2010) 256 final, de 27 de mayo.

³⁵ DO L 329 de 14.12.2010.

³⁶ Doc. COM (2010) 358 final, de 5 de julio.

³⁷ DO L 339 de 22.12.2010.

³⁸ DO L 112 de 5.5.2010.

³⁹ DO L 112 de 5.5.2010.

⁴⁰ DO L 213 de 15.6.2004.

⁴¹ Doc. COM (2010) 588 final, de 22 de octubre.

⁴² Doc. COM (2010) 620 final, de 5 de noviembre.

⁴³ Doc. COM (2010) 662 final, de 12 de noviembre.

dos entre la Unión Europea y la República Federativa de Brasil: la Propuesta de Decisión del Consejo sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes ordinarios⁴⁴ y la Propuesta de Decisión del Consejo sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes diplomáticos, de servicio u oficiales⁴⁵; y en relación a la firma de acuerdos entre la Unión Europea y la República Federativa de Brasil: la Propuesta de Decisión del Consejo sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes diplomáticos, de servicio u oficiales⁴⁶; y la Propuesta de Decisión del Consejo sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes ordinarios⁴⁷.

1.4. Asilo, refugio e inmigración

Durante este periodo, ha tenido lugar la creación de una Oficina Europea de Apoyo al Asilo mediante el Reglamento (UE) n° 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010⁴⁸, que pretende mejorar la cooperación en materia de asilo entre los Estados miembros.

Respecto a las actividades de la Comisión relacionadas con la condición de refugiado han de destacarse: el Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril de 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 concedida⁴⁹; y el Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2005/85/CE⁵⁰, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados Miembros para conceder o retirar la condición de refugiado⁵¹.

La Comisión también ha presentado otros tres informes al Parlamento Europeo y al Consejo en esta materia. Se trata del “Primer informe anual sobre inmigración y asilo (2009)”⁵²; del “Informe anual sobre inmigración y asilo (2010)”⁵³; y del “Informe sobre la aplicación de la Directiva 2004/81/CE⁵⁴ relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean vícti-

⁴⁴ Doc. COM (2010) 420 final, de 6 de agosto.

⁴⁵ Doc. COM (2010) 410 final, de 6 de agosto.

⁴⁶ Doc. COM (2010) 409 final, de 6 de agosto.

⁴⁷ Doc. COM (2010) 419 final, de 6 de agosto.

⁴⁸ DO L 132 de 29.5.2010.

⁴⁹ Doc. COM (2010) 314 final, de 16 de junio.

⁵⁰ DO L 326 de 13.12.2005.

⁵¹ Doc. COM (2010) 465 final, de 8 de septiembre.

⁵² Doc. COM (2010) 214 final, de 6 de mayo.

⁵³ Doc. COM (2011) 291 final, de 24 de mayo.

⁵⁴ DO L 261 de 6.8.2004.

mas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes”⁵⁵.

Además, completó las medidas en materia de inmigración con la adopción del Reglamento (UE) n° 493/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 377/2004 del Consejo sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración⁵⁶.

A finales del año 2010, la Comisión presentó una Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del sistema “EURODAC” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) n° [...] [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] (versión refundida)⁵⁷.

Y, por último, en febrero de 2011, vio la luz la Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 internacional⁵⁸.

1.5. Libre circulación de personas y ciudadanía de la Unión

En el ámbito de la libre circulación de personas la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo con arreglo al artículo 294, apartado 6, del TFUE acerca de la Posición del Consejo en primera lectura sobre la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza⁵⁹; así como el Reglamento (UE) n° 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004 y el Reglamento (CE) n° 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos⁶⁰.

A lo largo de este periodo se han realizado nuevos progresos en materia de ciudadanía de la Unión. En primer lugar, de conformidad con el TFUE, la Comisión presentó su informe sobre la ciudadanía de la Unión Europea: “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo elaborado en aplicación del art. 25 TFUE sobre el progreso hacia el

⁵⁵ Doc. COM (2010) 493 final, de 15 de octubre.

⁵⁶ DO L 141 de 27.5.2011.

⁵⁷ Doc. COM (2010) 555 final, de 11 de octubre.

⁵⁸ DO L 132 de 19.5.2011.

⁵⁹ Doc. COM (2010) 503 final, de 20 de septiembre.

⁶⁰ DO L 344 de 29.12.2010.

ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión durante el periodo 2007–2010”⁶¹. Además, la Comisión presentó otros dos informes: el “Informe sobre la ciudadanía de la UE 2010. La eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la UE”⁶²; y el “Informe al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social, Europeo y al Comité de las Regiones – Informe sobre la evaluación intermedia del Programa “Europa con los ciudadanos” 2007–2013”⁶³. En fin, destacar igualmente la iniciativa de Comisión en forma de consulta sobre la libre circulación de documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil, a través del Libro verde “Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil”⁶⁴.

Igualmente destacables son dos Comunicaciones de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: la primera referida a la Protección consular para los ciudadanos de la UE en terceros países: Situación actual y perspectiva futura⁶⁵; y la segunda titulada “Hacia una estrategia especial de la Unión Europea al servicio del ciudadano”⁶⁶.

Por lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales, como elemento indisociable a la ciudadanía de la Unión, la Comisión adoptó durante este periodo las siguientes iniciativas: una Comunicación titulada “Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea”⁶⁷; una Propuesta de Decisión del Consejo por la que se modifica la Decisión (2008/203/CE), de 28 de febrero de 2008, para la aplicación del Reglamento (CE) n° 168/2007 por lo que se refiere a la adopción de un marco plurianual para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para el período 2007–2012⁶⁸; y un Informe al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones – Informe de 2010 sobre la Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁶⁹.

2. Mercado interior

2.1. Libre circulación de mercancías y Unión aduanera

En este apartado cabe destacar el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social y al Comité de las Regiones.

⁶¹ Doc. COM (2010) 602 final, de 27 de octubre.

⁶² Doc. COM (2010) 603 final, de 27 de octubre.

⁶³ Doc. COM (2011) 83 final, de 1 de marzo.

⁶⁴ Doc. COM (2010) 747 final, de 14 de diciembre.

⁶⁵ Doc. COM (2011) 149 final, de 23 de marzo.

⁶⁶ Doc. COM (2011) 152 final, de 4 de abril.

⁶⁷ Doc. COM (2010) 573 final, de 19 de octubre.

⁶⁸ Doc. COM (2010) 708 final, de 2 de diciembre.

⁶⁹ Doc. COM (2011) 160 final, de 30 de marzo.

Ejercicio de supervisión del mercado del comercio y de la distribución “Hacia un mercado interior del comercio y de la distribución más justo y eficaz en la perspectiva de 2020”⁷⁰; así como la adopción del Reglamento (UE) n° 1063/2010 de la Comisión, de 18 de noviembre de 2010, que modifica el Reglamento (CEE) n° 2454/93 por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) n° 2913/92 del Consejo por el que se establece el Código Aduanero Común⁷¹.

Además, en diciembre de 2010, la Comisión presentó al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo una Comunicación titulada: “Eliminar las barreras fiscales transfronterizas en beneficio de los ciudadanos de la UE”⁷².

En fin, ya en el año 2011, la Comisión presentó al Consejo Europeo el Informe de 2011 sobre los obstáculos al comercio y la inversión. Comprometer a nuestros socios económicos estratégicos en la mejora del acceso a los mercados: Prioridades de actuación para eliminar los obstáculos al comercio⁷³.

2.2. Movilidad laboral y profesional

Destacar, en esta materia, la Propuesta de Recomendación del Consejo: Juventud en movimiento – Promover la movilidad en la formación de los jóvenes⁷⁴; así como el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo – Informe sobre las actividades de EURES durante el período 2006–2008 presentado por la Comisión con arreglo al art. 19, ap. 3 Reglamento (CEE) n° 1612/1968 – “Hacia un mercado laboral europeo único: la contribución de EURES”⁷⁵.

Del mismo modo, en marzo de 2011, la Comisión adoptó el Reglamento (UE) n° 213/2011 por el que se modifican los anexos II y V de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales⁷⁶.

Pero, sin lugar a dudas, uno de los aspectos más relevantes de este periodo es la adopción en abril de 2011 del Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión⁷⁷. Este nuevo marco jurídico en materia de libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión Europea pretende codificar las disposiciones

⁷⁰ Doc. COM (2010) 355 final, de 5 de julio.

⁷¹ DO L 307 de 23.11.2010.

⁷² Doc. COM (2010) 769 final, de 20 de diciembre.

⁷³ Doc. COM (2011) 114 final, de 10 de marzo.

⁷⁴ Doc. COM (2010) 478 final, de 15 de septiembre.

⁷⁵ Doc. COM (2010) 731 final, de 13 de diciembre.

⁷⁶ DO L 59 de 4.3.2011.

⁷⁷ DO L 141 de 27.5.2011.

del Reglamento 1612/68 y de sus sucesivas modificaciones en aras de una mayor racionalidad y claridad. Al mismo le había precedido la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión⁷⁸.

2.3. Libre prestación de servicios

En el ámbito del mercado único de servicios la Comisión ha presentado en este periodo diversas acciones específicas. Con carácter general se puede destacar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Hacia un mejor funcionamiento del mercado único de servicios, partiendo de los resultados del proceso de evaluación recíproca de la Directiva de servicios (Texto pertinente a efectos del EEE)”⁷⁹, en la que la Comisión evalúa los resultados de la incorporación de la Directiva de servicios en los Estados miembros.

Por lo que respecta a los servicios financieros, en el marco de la necesaria reforma del sector que viene desarrollándose en los últimos años con motivo de la crisis internacional, cabe destacar la adopción de una serie de normas por parte de la Comisión que permiten avanzar en esta reforma, así: la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones y al Banco Central Europeo “Dotar a la UE de un marco para la gestión de crisis en el sector financiero”⁸⁰, con el fin de fomentar una serie de medidas encaminadas a mantener el impulso de la reforma iniciada en el sector financiero y tratar de ampliar su alcance; y el Reglamento (UE) n° 513/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1060/2009 sobre las agencias de calificación crediticia⁸¹.

Por otra parte se ha producido la modificación de la Directiva sobre requisitos de capital, mediante la adopción de la Directiva 2010/76/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE en lo que respecta a los requisitos de capital para la cartera de negociación y las retitulizaciones y a la supervisión de las políticas de remuneración⁸²; y se ha presentado Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 97/9/CE, relativa a los sistemas de indemnización de los inversores⁸³.

⁷⁸ Doc. COM (2010) 204 final, de 5 de mayo.

⁷⁹ Doc. COM (2011) 20 final, de 27 de enero.

⁸⁰ Doc. COM (2010) 579 final, de 20 de octubre.

⁸¹ DO L 145 31.5.2011.

⁸² DO L 329 de 14.12.2010.

⁸³ Doc. COM (2010) 371 final, de 12 de julio.

En el ámbito de los mercados financieros y de valores cabe destacar la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago presentada por la Comisión⁸⁴; la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los derivados OTC, las contrapartes centrales y los registros de operaciones⁸⁵; la Directiva 2010/73/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifican la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado⁸⁶; y la Directiva para reglamentar las actividades de los gestores de fondos de inversión alternativos⁸⁷.

Además, en este ámbito, y en particular en relación a los Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios (OICVM) la Comisión ha desarrollado una importante actividad reflejada en los siguientes instrumentos legislativos: el Reglamento (UE) n° 583/2010 de la Comisión, de 1 de julio de 2010, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a los datos fundamentales para el inversor y a las condiciones que deben cumplirse al facilitarse esos datos o el folleto en un soporte duradero distinto del papel o a través de un sitio web⁸⁸; el Reglamento (UE) n° 584/2010 de la Comisión, de 1 de julio de 2010, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a la forma y el contenido del escrito de notificación y el certificado del OICVM normalizados, el uso de la comunicación electrónica entre las autoridades competentes a efectos de notificación, los procedimientos para las verificaciones in situ y las investigaciones y el intercambio de información entre las autoridades competentes⁸⁹; la Directiva 2010/42/UE de la Comisión, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a determinadas disposiciones relativas a las fusiones de fondos, las estructuras de tipo principal-subordinado y el procedimiento de notificación⁹⁰; y la Directiva 2010/43/UE de la Comisión, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en

⁸⁴ Doc. COM (2010) 482 final, de 15 de septiembre.

⁸⁵ Doc. COM (2010) 484 final, de 15 de septiembre.

⁸⁶ DO L 327 de 11.12.2010

⁸⁷ Directiva sobre los gestores de fondos de inversión alternativos, aprobada por el Parlamento Europeo el 11 de noviembre de 2010 y pendiente de adopción por el Consejo.

⁸⁸ DO L 176 de 10.7.2010.

⁸⁹ DO L 176 de 10.7.2010.

⁹⁰ DO L 176 de 10.7.2010.

lo que atañe a los requisitos de organización, los conflictos de intereses, la conducta empresarial, la gestión de riesgos y el contenido de los acuerdos celebrados entre depositarios y sociedades de gestión⁹¹.

En materia de pensiones, la Comisión adoptó el “Libro verde en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros”⁹²; en el sector de los seguros, el Libro blanco “Sistemas de garantía de seguros”⁹³; y en el ámbito de la libertad de movimiento de capitales, el Informe al Consejo “Revisión de las medidas transitorias que se aplican a la compra de fincas rústicas en virtud del Tratado de Adhesión de 2005”⁹⁴.

Por lo que respecta al sector del juego en línea, la Comisión adoptó en marzo de 2011 el “Libro verde sobre el juego en línea en el mercado interior”⁹⁵; y en el ámbito de la electricidad y el gas la Decisión, de 16 de mayo de 2011, que deroga la Decisión 2003/796/CE por la que se establece el Grupo de Organismos Reguladores Europeos de la Electricidad y el Gas⁹⁶.

En fin, en el campo de los servicios de transporte hay que señalar, con carácter general, el Documento de trabajo de la Comisión titulado “Consulta sobre la futura política de la red transeuropea de transporte”⁹⁷; y su Libro Blanco – Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible⁹⁸.

En este ámbito, y en el sector del transporte aéreo, la Comisión presentó durante este periodo diversas acciones relacionadas con la actividad de las compañías aéreas en la Comunidad, en particular: la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el uso de escáneres de protección en los aeropuertos de la UE⁹⁹; así como tres Reglamentos modificando el Reglamento (CE) nº 474/2006, por el que se establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad, a saber: el Reglamento (UE) nº 590/2010 de la Comisión, de 5 de julio de 2010¹⁰⁰; el Reglamento (UE) nº 791/2010 de la Comisión, de 6 de septiembre de 2010¹⁰¹; y el Reglamento (UE) nº 1071/2010 de la Comisión, de 22 de noviembre de 2010¹⁰².

⁹¹ DO L 176 de 10.7.2010.

⁹² Doc. COM (2010) 365 final, de 7 de julio.

⁹³ Doc. COM (2010) 370 final, de 12 de julio.

⁹⁴ COM (2010) 734 final, de 14 de diciembre.

⁹⁵ Doc. COM (2011) 128 final, de 24 de marzo.

⁹⁶ DO L 129 17.5.2011.

⁹⁷ Doc. COM (2010) 212 final, de 4 de mayo.

⁹⁸ Doc. COM (2011) 144 final, de 28 de marzo.

⁹⁹ Doc. COM (2010) 311 final, de 15 de junio.

¹⁰⁰ DO L 170 de 6.7.2010.

¹⁰¹ DO L 237 de 1.9.2010.

¹⁰² DO L 306 de 23.11.2010.

En relación al transporte ferroviario la actividad de la Comisión queda reflejada en la adopción de los siguientes documentos: la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un espacio ferroviario europeo único (texto refundido)¹⁰³; la Comunicación de la Comisión sobre la creación de un espacio ferroviario europeo único¹⁰⁴; el Reglamento (UE) n° 454/2011, de 5 de mayo de 2011, relativo a la especificación técnica de interoperabilidad correspondiente al subsistema "aplicaciones telemáticas para los servicios de viajeros" del sistema ferroviario transeuropeo¹⁰⁵; tres Decisiones de 26 de abril de 2011: sobre la especificación técnica de interoperabilidad del subsistema de energía del sistema ferroviario transeuropeo convencional¹⁰⁶; sobre la especificación técnica de interoperabilidad del subsistema de infraestructura del sistema ferroviario transeuropeo convencional¹⁰⁷; y sobre la especificación técnica de interoperabilidad del subsistema de material rodante "locomotoras y material rodante de viajeros" del sistema ferroviario transeuropeo convencional¹⁰⁸; y la Decisión, de 12 de mayo de 2011, sobre la especificación técnica de interoperabilidad referente al subsistema "explotación y gestión del tráfico" del sistema ferroviario transeuropeo convencional¹⁰⁹.

Por lo que respecta al transporte por carretera, la Comisión presentó durante este periodo dos Propuestas: la Propuesta de Reglamento (UE) n° .../... del Consejo sobre la ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) n° .../... del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al transporte profesional transfronterizo por carretera de fondos en euros entre los Estados miembros de la zona del euro¹¹⁰; y la Propuesta de Reglamento (UE) n° .../... del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al transporte profesional transfronterizo por carretera de fondos en euros entre los Estados miembros de la zona del euro¹¹¹.

2.4. Libertad de establecimiento y Derecho de Sociedades

En el ámbito del derecho de sociedades destacan las siguientes iniciativas de la Comisión: la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 54 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los

¹⁰³ Doc. COM (2010) 475 final, de 17 de septiembre.

¹⁰⁴ Doc. COM (2010) 474 final, de 17 de septiembre.

¹⁰⁵ DO L 123 de 12.5.2011.

¹⁰⁶ DO L 126 de 14.5.2011.

¹⁰⁷ DO L 126 de 14.5.2011.

¹⁰⁸ DO L 139 de 26.5.2011.

¹⁰⁹ DO L 144 de 31.5.2011.

¹¹⁰ Doc. COM (2010) 376 final, de 14 de julio.

¹¹¹ Doc. COM (2010) 377, de 14 de julio.

socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (Texto codificado)¹¹²; la posterior Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo tendiente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (Texto refundido)¹¹³; el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Aplicación del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (Texto pertinente a efectos del EEE)¹¹⁴; y en el marco del artículo 15 de la Directiva 2008/94¹¹⁵, el Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la transposición y aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2008/94/CE, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario¹¹⁶.

Además, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 89/666/CEE, 2005/56/CE y 2009/101/CE en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades (Texto pertinente a efectos del EEE)¹¹⁷.

En materia de fusiones, la Comisión adoptó la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de [...] relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (Texto codificado)¹¹⁸ que, posteriormente, dio lugar a la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas¹¹⁹ que deroga la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del ap. 3 del art. 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas¹²⁰.

Finalmente, en el sector de las sociedades cooperativas, la Comisión presentó un informe al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la revisión de la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Esta-

¹¹² Doc. COM (2010) 388 final, de 26 de agosto.

¹¹³ Doc. COM (2011) 29 final, de 1 de febrero.

¹¹⁴ Doc. COM (2010) 676 final, de 17 de noviembre.

¹¹⁵ DO L 283 de 28.10.2008.

¹¹⁶ Doc. COM (2011) 84 final, de 28 de febrero.

¹¹⁷ Doc. COM (2011) 79 final, de 24 de febrero.

¹¹⁸ Doc. COM (2010) 391 final, de 30 de agosto.

¹¹⁹ DO L 110 29.4.2011.

¹²⁰ DO L 110 de 29.4.2011.

tuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores¹²¹.

3. Políticas relacionadas con el mercado interior

3.1. Política de competencia

Señalar, en primer lugar, que como es habitual la Comisión publicó el “Informe sobre la política de competencia 2009”, en relación con el Informe General sobre la actividad de la Unión Europea 2009¹²². Asimismo, el “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo – Vigésimo octavo informe anual sobre las actividades antidumping, antisubvenciones y de salvaguardia de la Unión Europea (2009)”¹²³.

Además, la Comisión adoptó una serie de medidas encaminadas a coadyuvar en la respuesta a la crisis internacional. Se trata, concretamente, de unas Directrices relativas a las restricciones verticales¹²⁴; así como cuatro Reglamentos de exención por categorías en aplicación del art. 81.3º TCE o 101.3º TFUE, en relación a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas: el Reglamento (UE) nº 330/2010¹²⁵, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del art. 101, ap. 3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, por el que se exime de la aplicación de las normas de competencia a una amplia gama de acuerdos entre fabricantes y distribuidores para la venta de productos y servicios, garantizando con ello a los consumidores mejores posibilidades de elección y mejores precios; el Reglamento 461/2010, de 27 de mayo de 2010, relativo a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor¹²⁶; el Reglamento 1217/2010¹²⁷, de 14 de diciembre de 2010, relativo a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo; y el Reglamento 1218/2010¹²⁸, de 14 de diciembre de 2010, relativo a determinadas categorías de acuerdos de especialización.

En enero de 2011, la Comisión adoptó, a través de una Comunicación, las Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal¹²⁹, en las que se establecen los principios de aplicación a los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas con-

¹²¹ Doc. COM (2010) 481 final, de 16 de septiembre.

¹²² Doc. COM (2010) 282 final, de 3 de junio.

¹²³ Doc. COM (2010) 558 final, de 13 de octubre.

¹²⁴ DO C 130 de 19.5.2010.

¹²⁵ DO L 102 de 23.4.2010.

¹²⁶ DO L 129 de 28.5.2010.

¹²⁷ DO L 335 de 18.12.2010.

¹²⁸ DO L 336 de 21.12.2010.

¹²⁹ DO C 11 de 14.1.2011.

certadas en lo que se refiere a la cooperación horizontal entre empresas. Estas Directrices fueron objeto de una corrección de errores por parte de la Comisión en febrero de 2011¹³⁰.

3.2. Política de protección de los consumidores

A lo largo de este periodo también se realizaron avances en materia de protección de los consumidores. En primer lugar, reseñar el reciente acuerdo alcanzado por el Parlamento Europeo y el Consejo en relación a la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores¹³¹.

Por otra parte, la cooperación entre autoridades nacionales se ha visto reforzada con la adopción por la Comisión de una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (Texto pertinente a efectos del EEE)¹³²; y una Comunicación de la Comisión de conformidad con el art. 5, ap. 2 Reglamento (CE) 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 únicas¹³³.

En relación a las reclamaciones y consultas de los consumidores, la Comisión adoptó una Recomendación sobre el uso de una metodología armonizada para la clasificación y notificación de las reclamaciones y consultas de los consumidores¹³⁴.

Del mismo modo, por lo que respecta a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, la Comisión ha adoptado en este periodo dos Comunicaciones conforme al art. 4, ap. 3 Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, en las que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al art. 2 de dicha Directiva¹³⁵.

Por otra parte, sobre la base del proceso de consulta pública que lanzó con ocasión de la publicación de su Comunicación sobre *Derecho contractual europeo*¹³⁶, la Comisión ha seguido avanzando en esta materia con el fin de iden-

¹³⁰ DO C 33 de 2.2.2011.

¹³¹ Doc. COM (2008) 614 final, de 8 de octubre.

¹³² Doc. COM (2010) 791 final, de 3 de enero.

¹³³ DO C 244 de 10.9.2010.

¹³⁴ DO L 136 de 2.6.2010.

¹³⁵ DOC 167 de 25.6.2010 y DO C 158 de 27.5.2011.

¹³⁶ Doc. COM (2001) 398 final, de 11 de julio.

tificar los problemas derivados de la disparidad legislativa entre los distintos Estados miembros en esta materia. El objetivo es reforzar el mercado interior en materia de Derecho contractual europeo con la finalidad de fomentar las transacciones transfronterizas, la competencia transfronteriza y, en definitiva, una mayor confianza de las empresas y consumidores en el mercado interior. El resultado ha sido la adopción del “Libro verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas”¹³⁷.

La Comisión también ha buscado asesoramiento para la preparación de los actos legislativos que afecten a los usuarios de servicios financieros, entendiendo por tales a los consumidores, los inversores minoristas y las microempresas, para lo que ha adoptado una Decisión por la que se crea un Grupo de los usuarios de Servicios financieros¹³⁸.

Además, la Comisión adoptó otras disposiciones en materia de protección de los consumidores durante este periodo: la Decisión 2010/462/UE, de 18 de agosto de 2010, relativa a la adopción de una decisión de financiación sobre un proyecto piloto destinado a promover la capacitación de los consumidores, así como la eficiencia y la estabilidad de los mercados financieros europeos, impartiendo formación a las asociaciones de consumidores y organizaciones similares¹³⁹; y la Decisión 2011/141/UE, de 1 de marzo de 2011, que modifica la Decisión 2007/76/CE, por la que se aplica el Reglamento (CE) n° 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 lo que respecta a la asistencia mutua¹⁴⁰.

Finalmente, por lo que respecta a la protección del consumidor y la utilización de medios de transporte para desplazarse dentro del territorio comunitario, la Comisión ha adoptado dos interesantes Reglamentos: el Reglamento (UE) n° 1177/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004¹⁴¹; y el Reglamento (UE) n° 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004¹⁴².

¹³⁷ Doc. COM (2010) 348 final, de 1 de julio.

¹³⁸ DO C 199 de 21.7.2010.

¹³⁹ DO L 219 de 20.8.2010.

¹⁴⁰ DOL 59 de 4.3.2011.

¹⁴¹ DO L 334 de 17.12.2010

¹⁴² DO L 55 de 28.2.2011.

4. Otros sectores

4.1. Propiedad industrial e intelectual

En el marco de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a las disposiciones sobre traducción aplicables a la patente de la Unión Europea¹⁴³, y a instancias de varios Estados miembros que manifestaron su voluntad de crear una patente unitaria en el marco de una cooperación reforzada si el Consejo no conseguía llegar a un acuerdo sobre las disposiciones en materia de traducción del proyecto existente para la patente, la Comisión presentó la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria¹⁴⁴.

Asimismo, en el ámbito de la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual, la Comisión ha realizado una primera evaluación de impacto de la Directiva 2004/48¹⁴⁵ que pone de relieve el progreso en esta materia. Lo ha hecho mediante la adopción del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones. Aplicación de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual¹⁴⁶.

Recientemente, en mayo de 2011, la Comisión ha presentado una Comunicación titulada *“Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A Single market for Intellectual Property Rights Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe”*¹⁴⁷; una Propuesta de Reglamento por el que se crea el Observatorio europeo sobre piratería *“Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on entrusting the Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) with certain tasks related to the protection of intellectual property rights, including the assembling of public and private sector representatives as a European Observatory on Counterfeiting and Piracy”*¹⁴⁸; y una Propuesta de Directiva sobre reconocimiento mutuo de obras huérfanas, *“Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain permitted uses of orphan Works”*¹⁴⁹.

¹⁴³ Doc. COM (2010) 350 final, de 30 de junio.

¹⁴⁴ Doc. COM (2010) 790 final, de 14 de diciembre.

¹⁴⁵ DO L 157 de 30.4.2004.

¹⁴⁶ Doc. COM (2010) 779 final, de 22 de diciembre.

¹⁴⁷ Doc. COM (2011) 287 final, de 24 de mayo.

¹⁴⁸ Doc. COM (2011) 288 final, de 24 de mayo.

¹⁴⁹ Doc. COM (2011) 289 final, de 24 de mayo.

4.2. Sociedad de la información

Durante este periodo la Comisión adoptó diversas iniciativas, en concreto, en materia de facturación electrónica, una Decisión por la que se establece el Foro Europeo Multilateral sobre facturación electrónica¹⁵⁰; y una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Aprovechar en Europa las ventajas de la facturación electrónica¹⁵¹.

Además, en octubre de 2010, la Comisión adoptó “El libro verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE”¹⁵², amparado en el reconocimiento de las mejoras que aporta la contratación electrónica y en la necesidad de transformar el funcionamiento de la administración pública a través de la utilización de medios electrónicos.

En fin, en febrero de 2011 y en el ámbito de los servicios en el mercado interior, la Comisión adoptó una Decisión 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/CE¹⁵³ del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior¹⁵⁴.

4.3. Datos personales

Con carácter general, en noviembre de 2010, la Comisión presentó una nueva estrategia en relación a la protección de datos personales, adoptando para ello la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada “Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea”¹⁵⁵. Previamente había publicado una Comunicación sobre el enfoque global de las transferencias de datos de los registros de nombres de los pasajeros (PNR) a los terceros países¹⁵⁶.

Por otra parte, en relación a la Directiva 95/46, 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, la Comisión adoptó una Decisión relativa a la protección adecuada de los datos personales por el Estado de Israel en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales¹⁵⁷.

¹⁵⁰ DO C 326 de 3.12.2010.

¹⁵¹ Doc. COM (2010) 712 final, de 2 de diciembre.

¹⁵² Doc. COM (2010) 571 final, de 18 de octubre.

¹⁵³ DO L 376 de 27.12.2006.

¹⁵⁴ DO L 53 de 26.2.2011.

¹⁵⁵ Doc. COM (2010) 609 final, de 4 de noviembre.

¹⁵⁶ Doc. COM (2010) 492 final, de 21 de septiembre.

¹⁵⁷ DO L 127 de 1.2.2011.

Destacar, igualmente, la Decisión de la Comisión, de 29 de marzo de 2011, de conformidad con el Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adecuación del grado de protección que ofrece Japón en lo que atañe a los datos personales transferidos desde la Unión Europea en el supuesto específico de transferencia efectuada por la Comisión Europea a las autoridades aduaneras japonesas con arreglo a la Decisión n° 1/2010 del Comité mixto de cooperación aduanera, en virtud del art. 21 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Japón sobre cooperación y asistencia administrativa mutua en materia aduanera sobre el reconocimiento mutuo de los regímenes de operador económico autorizado en la Unión Europea y en Japón a los fines únicos y específicos de esa Decisión n° 1/2010 del Comité mixto de cooperación aduanera¹⁵⁸.

Finalmente, en febrero de 2011, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos terroristas y delitos graves¹⁵⁹; y, en marzo de 2011, una Recomendación sobre directrices para la aplicación de las normas de protección de datos en el Sistema de cooperación para la Protección del consumidor (CPCS)¹⁶⁰.

¹⁵⁸ DO L 85 de 31.3.2011.

¹⁵⁹ Doc. COM (2011) 32 final, de 2 de febrero.

¹⁶⁰ DO L 57, de 2.3.2011.

TEXTOS LEGALES

Colaboran en la presente sección:

Rafael Arenas García
José María de Dios Marcé
Pedro A. de Miguel Asensio
José Carlos Fernández Rozas
Eloy Gayán Rodríguez

Cristina González Beilfuss
Pilar Jiménez Blanco
Miguel Ángel Michinel Álvarez
Pilar Rodríguez Mateos
Ana María Sáez Crespo

Lidia Santos i Arnau

UNIÓN EUROPEA

REGLAMENTOS

Reglamento (UE) n° 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de marzo de 2010 por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) n° 562/2006 por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración

(DO L 85 de 31.3.2010)

Obs.: Ante la multiplicación de casos en que, tras la entrada de nacionales de terceros países en su territorio, los Estados miembros no reemplazan los visados de larga duración por permisos de residencia, o lo hacen solo con considerable retraso el DO L 85 de 31 de marzo de 2010 publica el Reglamento (UE) n° 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de marzo de 2010 por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) n° 562/2006 por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración que, en línea con la práctica actual seguida por los Estados miembros, establece la obligación de que los Estados miembros expidan los visados de larga duración siguiendo el modelo uniforme para visados establecido en el Reglamento (CE) n° 1683/95 del Consejo. Para superar los problemas experimentados por los nacionales de terceros países que residen en un Estado miembro al amparo de un visado de larga duración el presente Reglamento amplía el principio de equivalencia entre permisos de residencia y visados de corta duración expedidos por los Estados miembros que aplican plenamente el acervo de Schengen a los visados de larga duración. Como consecuencia, un visado de este tipo debe tener los mismos efectos que un permiso de residencia por lo que se refiere a la libre circulación del titular en el espacio Schengen. En consecuencia, un nacional de un tercer país titular de un visado de larga duración expedido por un Estado miembro debe poder viajar a otros Estados miembros durante tres meses en cualquier período de seis meses, en las mismas condiciones que el titular de un permiso de residencia. El presente Reglamento no afectará a la obligación de los Estados miembros de expedir permisos de residencia a los nacionales de terceros países tal como se establece en otros instrumentos de la Unión y dispone que la Comisión y los Estados miembros informarán correcta y cumplidamente a los nacionales de terceros países afectados sobre el mismo.

Reglamento (UE) n° 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 2010 por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo

(DO L 132 de 29.5.2010)

Obs.: La política de la Unión relativa al Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) tiene por objeto, de acuerdo con el programa de La Haya, establecer un espacio común de asilo, por medio de un procedimiento armonizado efectivo de acuerdo con los valores y con la tradición humanitaria de la Unión Europea. Tras la introducción de normas mínimas comunes, en los últimos años ha habido considerables avances en la implantación del SECA. No obstante, seguían existiendo grandes disparidades entre los Estados miembros respecto a la concesión de protección internacional y a las formas que ésta reviste. Para su subsanación el DO de 29 de mayo publicó el Reglamento (UE) n° 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 2010 por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo con el fin de contribuir a una mejor implantación del SECA, reforzar la cooperación práctica en

materia de asilo entre los Estados miembros y prestar apoyo operativo o coordinar el apoyo operativo prestado a los Estados miembros, en particular aquellos cuyos sistemas de asilo y acogida estén sometidos a especial presión.

Dentro de sus cometidos, la Oficina de Apoyo: a) facilitará, coordinará y reforzará la cooperación práctica entre los Estados miembros en los múltiples aspectos del problema del asilo, y contribuirá a una mejor implantación del SECA; b) prestará apoyo operativo efectivo a los Estados miembros cuyos sistemas de asilo y acogida estén sometidos a especial presión, sirviéndose de los recursos útiles de que disponga, que podrán incluir la coordinación de los recursos prestados por los Estados miembros de acuerdo con las condiciones establecidas en el presente Reglamento; y, c) proporcionará asistencia científica y técnica respecto a la política y la legislación de la Unión en todos los ámbitos que tengan una incidencia directa o indirecta en el asilo, con el fin de poder prestar su pleno apoyo a la cooperación práctica en materia de asilo y desempeñar eficazmente sus funciones. La Oficina llevará a cabo su cometido en estrecha cooperación con las autoridades de asilo de los Estados miembros, con los servicios nacionales de inmigración y de asilo y demás servicios nacionales pertinentes y con la Comisión, pero no tendrá competencia alguna respecto de las decisiones que las autoridades de asilo de los Estados miembros adopten sobre las solicitudes concretas de protección internacional.

Reglamento (UE) n° 541/2010, de 3 de junio de 2010, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1104/2008, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)

(DO L 155 de 22.6.2010)

Reglamento (UE) n° 542/2010, de 3 de junio de 2010, por el que se modifica la Decisión 2008/839/JAI, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)

(DO L 155 de 22.6.2010)

Obs.: La última ampliación europea aumentó el número de ciudadanos que podían disfrutar del espacio de libertad, seguridad y justicia. Esto supuso ciertos retos específicos para algunas políticas, como el refuerzo de las fronteras exteriores, la instauración de la segunda generación del sistema de información Schengen (*SIS II*) y, en general, la preparación de los nuevos Estados miembros a participar plenamente en el “acervo Schengen” en la perspectiva de la supresión de los controles en las fronteras interiores. Sobre este último aspecto conviene tener en cuenta que la Unión está proporcionando los medios necesarios, como la “Facilidad Schengen”, para reforzar las fronteras exteriores de los nuevos Estados miembros. El Sistema de Información de Schengen de segunda generación (*SIS II*) fue establecido por el Reglamento (CE) n° 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (*SIS II*), y por la Decisión 2007/533/JAI del Consejo, de 12 de junio de 2007, relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (*SIS II*). Las condiciones, los procedimientos y las responsabilidades aplicables a la migración del *SIS 1+* al *SIS II* se establecieron en el Reglamento (CE) n° 1104/2008 del Consejo y en la Decisión 2008/839/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (*SIS 1+*) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (*SIS II*).

La Comisión y los Estados miembros han seguido cooperando estrechamente en todas las fases del desarrollo y de la migración hasta la terminación del proceso. En las conclusiones del Consejo de los

días 26 y 27 de febrero y 4 y 5 de junio de 2009 sobre el SIS II, se creaba un órgano informal compuesto por especialistas de los Estados miembros, al que se denominaba Consejo de Gestión del Programa Global, con el fin de intensificar la cooperación y facilitar ayuda directa de los Estados miembros al proyecto SIS II Central.

Con el objetivo de permitir que los nuevos Estados miembros participen plenamente en el dispositivo Schengen, así como la supresión de los controles en las fronteras interiores cuanto antes, fue necesario aplicar el SIS II y poner en marcha el proceso de evaluación previsto en el acervo. Del mismo modo, en el ámbito judicial aprobar medidas destinadas a incrementar la confianza mutua con el fin de consolidar el principio de reconocimiento mutuo resulta más indispensable todavía en la Unión ampliada. A estos efectos, los Reglamentos (UE) n.ºs 541/2010 y 542/2010, de 3 de junio de 2010, publicados en el DO de 22 de junio, de conformidad con el principio de subsidiaridad (art. 5 TUE), pretenden la creación de una arquitectura provisional de migración y la migración de datos del SIS 1+ al SIS II. La descripción de los componentes técnicos de la arquitectura de migración deberá adaptarse para permitir otra solución técnica, y en particular el SIS 1+RE, al desarrollo del SIS II Central. Dicho sistema tiene como característica principal la unidad de medios entre el desarrollo del SIS II y el SIS 1+. En caso de aplicación de un marco técnico alternativo, las referencias a la arquitectura técnica del SIS II y al proceso de migración que aparecen en el presente Reglamento se entenderán como referencias al SIS II basado en otra solución técnica, aplicadas *mutatis mutandis* a las características técnicas específicas de esta solución, de conformidad con el objetivo de desarrollar el SIS II Central. Sea cual sea el marco técnico, la migración a nivel central debe tener como resultado la disponibilidad de la base de datos SIS 1+ y de las nuevas funciones del SIS II, incluidas las categorías de datos adicionales, en el SIS II Central. No obstante, los Estados miembros seguirán siendo responsables de sus sistemas nacionales (N.SIS II) pues se considera prioritario mantener y, en su caso, seguir desarrollando los N.SIS II.

Reglamento(UE) n.º 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial

(DO L 343 de 29.12.2010)

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,
Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, su art. 81, ap. 3,

Vista la Decisión 2010/405/UE del Consejo, de 12 de julio de 2010, por la que autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal,

Vista la propuesta de la Comisión Europea,

Previa transmisión del proyecto de acto legislativo a los Parlamentos nacionales,

Visto el dictamen del Parlamento Europeo,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo,

De conformidad con un procedimiento legislativo especial,

Considerando lo siguiente:

(1) La Unión se ha marcado como objetivo mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia que garantice la libre circula-

ción de las personas. Para el progresivo establecimiento de dicho espacio, la Unión debe adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en los asuntos civiles con repercusión transfronteriza, en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior.

(2) De conformidad con lo dispuesto en el art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, esas medidas incluyen, en particular, las destinadas a garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes.

(3) La Comisión adoptó, el 14 de marzo de 2005, un Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio. Este Libro Verde puso en marcha una amplia consulta pública sobre las posibles soluciones a los problemas que puedan surgir en la situación actual.

(4) La Comisión propuso, el 17 de julio de 2006, un Reglamento destinado a modificar el

Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo por lo que se refiere a la competencia y a introducir normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial.

(5) El Consejo, reunido en Luxemburgo los días 5 y 6 de junio de 2008, concluyó que no había unanimidad sobre esta propuesta y que existían dificultades insuperables que hacían imposible, en ese momento y en el futuro próximo, toda unanimidad. Observó que los objetivos de la propuesta no podían alcanzarse en un plazo razonable aplicando las disposiciones pertinentes de los Tratados.

(6) Bélgica, Bulgaria, Alemania, Grecia, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia presentaron posteriormente a la Comisión una solicitud en la que manifestaban su intención de instaurar entre ellos una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable en materia matrimonial. El 3 de marzo de 2010 Grecia retiró su solicitud.

(7) El Consejo adoptó, el 12 de julio de 2010, la Decisión 2010/405/UE por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal.

(8) Según el art. 328, ap. 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las cooperaciones reforzadas están abiertas a todos los Estados miembros en el momento en que se establecen, siempre y cuando se respeten las posibles condiciones de participación establecidas en la decisión de autorización. También lo están en cualquier otro momento, siempre y cuando se respeten, además de las mencionadas condiciones, los actos ya adoptados en ese marco. La Comisión y los Estados miembros que participen en una cooperación reforzada procurarán fomentar la participación del mayor número posible de Estados miembros. El presente Reglamento debe ser vinculante en su totalidad y directamente aplicable solo en los Estados miembros participantes de conformidad con los Tratados.

(9) El presente Reglamento debe crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes, garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad, e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el

otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses.

(10) El ámbito de aplicación material y el articulado del presente Reglamento deben ser coherentes con los del Reglamento (CE) nº 2201/2003. No obstante, el presente Reglamento no debe aplicarse a la anulación del matrimonio.

El presente Reglamento solo debe aplicarse a la disolución o la relajación del vínculo matrimonial. La ley que determinen las normas sobre conflicto de leyes del presente Reglamento debe aplicarse a los motivos para el divorcio y la separación judicial.

Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate.

(11) Con el fin de delimitar con claridad el ámbito de aplicación territorial del presente Reglamento, conviene determinar los Estados miembros que participan en la cooperación reforzada.

(12) El presente Reglamento debe tener carácter universal, de modo que, con arreglo a sus normas uniformes de conflicto de leyes, se pueda designar como ley aplicable la ley de un Estado miembro participante, la de un Estado miembro no participante o la de un Estado que no pertenezca a la Unión Europea.

(13) El presente Reglamento debe aplicarse independientemente de la naturaleza del órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda. Si ha lugar, conviene considerar que se ha incoado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional atendiendo a las disposiciones del Reglamento (CE) nº 2201/2003.

(14) Para que los cónyuges puedan designar una ley aplicable con la que tengan vínculos estrechos o, a falta de elección, para que pueda aplicarse a su divorcio o separación judicial una ley de esas características, esta debe ser aplicable aunque no sea la de un Estado miembro participante. En caso de designación de la ley de otro Estado miembro, la Red establecida por medio de la Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de

mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil podría prestar asistencia a los órganos jurisdiccionales informándoles sobre el contenido de la ley extranjera.

(15) Aumentar la movilidad de los ciudadanos requiere, por una parte, más flexibilidad y, por otra, mayor seguridad jurídica. Para contribuir a este objetivo, el presente Reglamento debe reforzar la autonomía de las partes en materia de divorcio y de separación judicial, dejándoles cierto margen para elegir la ley aplicable a su divorcio o separación.

(16) Es importante que los cónyuges puedan elegir como ley aplicable a su divorcio o separación judicial la de un país con el que tengan una vinculación especial, o la ley del foro. La ley elegida debe ser conforme a los derechos fundamentales reconocidos en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

(17) Antes de designar la ley aplicable, es importante que los cónyuges tengan acceso a información actualizada sobre los principales aspectos de la legislación nacional, del Derecho de la Unión Europea y de los procedimientos de divorcio y separación judicial. Con el fin de garantizar ese acceso a una información pertinente y de calidad, la Comisión actualiza periódicamente los datos del sistema de información al público a través de Internet, establecido mediante la Decisión 2001/470/CE.

(18) La elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento. Es importante que cada cónyuge sepa exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable. La posibilidad de elegir de común acuerdo la ley aplicable no debe afectar a los derechos ni a la igualdad de oportunidades de los cónyuges. Por esa razón, es importante que los jueces de los Estados miembros participantes sean conscientes de la importancia de que los cónyuges hagan una elección informada, con conocimiento de las consecuencias jurídicas del convenio que celebren para elegir la ley aplicable.

(19) Procede definir normas relativas a la validez material y formal para facilitar la elección informada de los cónyuges y para que se respete su consentimiento a fin de garantizar la seguridad jurídica y un mejor acceso a la justicia. Por lo que respecta a la validez formal, es conveniente

introducir ciertas salvaguardias para garantizar que los cónyuges sean conscientes de las consecuencias de su elección. Como mínimo, el convenio respecto a la elección de la ley aplicable debe formularse por escrito y estar fechado y firmado por ambas partes. No obstante, es importante que se respeten los requisitos formales adicionales que pueda estipular la legislación del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio. Pueden existir requisitos formales adicionales, por ejemplo, en un Estado miembro participante en el que el convenio se inserte en el contrato de matrimonio. Si, en la fecha de celebración del convenio, los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros participantes en los que se apliquen requisitos formales diferentes entre sí, bastaría con que se respetasen los requisitos formales de uno de esos dos Estados. Si, en la fecha de celebración del convenio, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante en el que se apliquen requisitos formales adicionales, estos deben respetarse.

(20) Es conveniente que el convenio de designación de la ley aplicable pueda celebrarse y modificarse a más tardar en la fecha en la que se interponga la demanda ante el órgano jurisdiccional, o incluso durante el procedimiento si así lo prevé la ley del foro. En tal caso, debe bastar con que dicha designación sea registrada por el órgano jurisdiccional de conformidad con la ley del foro.

(21) A falta de elección de la ley aplicable, es conveniente que el presente Reglamento establezca normas armonizadas de conflicto de leyes basadas en una escala de criterios de vinculación sucesivos fundados en la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley de que se trate, para garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses. Esos criterios de vinculación deben elegirse de modo que se garantice que el procedimiento de divorcio o separación judicial se rija por una ley con la que los cónyuges tengan un vínculo estrecho.

(22) En los casos en que el presente Reglamento hace referencia a la nacionalidad como criterio de vinculación a efectos de la aplicación de la ley de un determinado Estado, el tratamiento de los casos de nacionalidad múltiple debe regirse por la legislación nacional, respetando plenamente los principios generales de la Unión Europea.

(23) Si se recurre a un órgano jurisdiccional para convertir una separación judicial en divorcio y las partes no han elegido la ley aplicable, la ley que se haya aplicado a la separación debe aplicarse también al divorcio. Esta continuidad supondría una mayor previsibilidad para las partes y aumentaría la seguridad jurídica. Si la ley que se ha aplicado a la separación judicial no prevé que esta pueda convertirse en divorcio, es conveniente que el divorcio se rija por las normas sobre conflicto de leyes que sean aplicables a falta de elección de las partes. Esto no debe impedir que los cónyuges traten de obtener el divorcio basándose en otras normas del presente Reglamento.

(24) En algunas situaciones es oportuno, no obstante, que se aplique la ley del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la demanda, por ejemplo cuando la ley aplicable no contemple el divorcio o cuando no conceda a uno de los cónyuges, por razones de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial. Estos supuestos deben entenderse, no obstante, sin perjuicio de la cláusula relativa al orden público.

(25) En circunstancias excepcionales, es conveniente que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes puedan, por consideraciones de interés público, descartar una disposición de la ley extranjera si su aplicación a un caso concreto es manifiestamente contraria al orden público del foro. No obstante, los órganos jurisdiccionales no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar una disposición de la ley de otro Estado si con ello se vulnera la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular su art. 21, que prohíbe toda forma de discriminación.

(26) Las referencias del presente Reglamento al hecho de que la ley del Estado miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se ha recurrido no contempla el divorcio deben interpretarse en el sentido de que la ley de tal Estado miembro carece de la figura del divorcio. En tal caso, no debe obligarse al órgano jurisdiccional a

pronunciar una sentencia de divorcio en virtud del presente Reglamento.

Las referencias del presente Reglamento al hecho de que la ley de Estado miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se recurre no considera válido el matrimonio de que se trate a los efectos de un proceso de divorcio deben interpretarse, entre otras cosas, en el sentido de que ese matrimonio no existe según la ley de tal Estado miembro. En tal caso, no debe obligarse al órgano jurisdiccional a pronunciar una sentencia de divorcio o separación judicial en virtud del presente Reglamento.

(27) Dado que en varios Estados y Estados miembros participantes coexisten dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas respecto de las cuestiones reguladas por el presente Reglamento, es conveniente estipular en qué medida las disposiciones del presente Reglamento se aplican en las distintas unidades territoriales de estos Estados y Estados miembros participantes, o a diferentes categorías de personas de esos Estados y Estados miembros participantes.

(28) A falta de normas que designen la ley aplicable, es importante que las partes que elijan la ley del Estado de nacionalidad de una de ellas indiquen al mismo tiempo cuál es la unidad territorial cuya ley han elegido en caso de que el mencionado Estado comprenda varias unidades territoriales, cada una de ellas con su propio sistema jurídico o conjunto de normas aplicable al divorcio.

(29) Dado que los objetivos del presente Reglamento, a saber, el aumento de la seguridad jurídica, la previsibilidad y la flexibilidad en los procesos matrimoniales de ámbito internacional y por lo tanto la facilitación de la libre circulación de personas en la Unión, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a las dimensiones y los efectos del presente Reglamento, pueden lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas por medio de una cooperación reforzada, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el art. 5 del Tratado de la Unión Europea. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar esos objetivos.

(30) El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios

reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en concreto por su art. 21, que prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. El presente Reglamento debe ser aplicado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes en cumplimiento de estos derechos y principios.

Ha adoptado el presente Reglamento:

Capítulo I

Ámbito aplicación, relación con el Reglamento (CE) nº 2201/2003, definición y aplicación universal

Art. 1. Ámbito de aplicación. 1. El presente Reglamento se aplicará, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial.

2. El presente Reglamento no se aplicará a los siguientes asuntos, aun cuando se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o separación judicial:

- a) la capacidad jurídica de las personas físicas;
- b) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio;
- c) la nulidad matrimonial;
- d) el nombre y apellidos de los cónyuges;
- e) las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales;
- f) la responsabilidad parental;
- g) las obligaciones alimentarias;
- h) los fideicomisos o sucesiones.

Art. 2. Relación con el Reglamento (CE) nº 2201/2003. El presente Reglamento no afectará a la aplicación del Reglamento (CE) nº 2201/2003.

Art. 3. Definiciones. A efectos del presente Reglamento se entenderá por:

- 1) “Estado miembro participante”, el Estado miembro que participa en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en virtud de la Decisión 2010/405/UE o en virtud de una decisión adoptada de conformidad con el art. 331, ap. 1, párrafos

segundo o tercero, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea;

- 2) “órgano jurisdiccional”, todas las autoridades de los Estados miembros participantes con competencia en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del presente Reglamento.

Art. 4. Aplicación universal. La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante.

Capítulo II

Normas uniformes sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial

Art. 5. Elección de la ley aplicable por las partes. 1. Los cónyuges podrán convenir 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 de residencia habitual de los cónyuges, 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 del foro.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el ap. 3, 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.

3. Si la ley del foro así lo establece, los cónyuges también podrán designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento. En tal caso, el órgano jurisdiccional registrará la designación de conformidad con la ley del foro.

Art. 6. Consentimiento y validez material. 1. La existencia y la validez de un convenio de elección de la ley aplicable y de sus cláusulas se determinarán con arreglo a la ley por la que se regirá el convenio en virtud del presente Reglamento si el convenio o cláusula fuera válido.

2. No obstante, el cónyuge que desee establecer que no dio su consentimiento podrá acogerse

a la ley del país en el que tenga su residencia habitual en el momento en que se interponga la demanda ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias se desprende que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el ap. 1.

Art. 7. Validez formal. 1. El convenio contemplado en el art. 5, aps. 1 y 2, se formulará por escrito y estará fechado y firmado por ambos cónyuges. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio.

2. No obstante, si la legislación del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en la fecha de celebración del convenio establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación.

3. Si, en la fecha de celebración del convenio, los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros participantes y si las legislaciones de ambos Estados disponen requisitos formales diferentes, el convenio será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos legislaciones.

4. Si, en la fecha de celebración del convenio, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante y si la legislación de tal Estado establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación.

Art. 8. Ley aplicable a falta de elección por las partes. A falta de una elección según lo establecido en el art. 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado:

a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,

b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto;

c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,

d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

Art. 9. Conversión de la separación judicial en divorcio. 1. En caso de conversión de la separación judicial en divorcio, la ley aplicable al divorcio será la que se haya aplicado a la separación, salvo que las partes hayan convenido otra cosa de conformidad con el art. 5.

2. No obstante, si la ley aplicada a la separación judicial no prevé la conversión de la separación judicial en divorcio, se aplicará lo dispuesto en el art. 8, salvo que las partes hayan convenido otra cosa de conformidad con el art. 5.

Art. 10. Aplicación de la ley del foro. Cuando la ley aplicable con arreglo a los arts. 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro.

Art. 11. Exclusión del reenvío. Cuando el presente Reglamento prescriba la aplicación de la ley de un Estado, se entenderá por ello las normas jurídicas en vigor en dicho Estado con exclusión de las normas de Derecho internacional privado.

Art. 12. Orden público. Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

Art. 13. Diferencias en las legislaciones nacionales. Nada de lo dispuesto en el presente Reglamento obligará a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud de la aplicación del presente Reglamento.

Art. 14. Estados con dos o más sistemas jurídicos – conflictos territoriales de leyes. Si un Estado se compone de varias unidades territoriales, cada una de las cuales con su propio sistema jurídico o conjunto de normas respecto de las cuestiones reguladas por el presente Reglamento:

a) toda referencia a la legislación de tal Estado se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo al presente Reglamento, como una referencia a la legislación vigente en la unidad territorial de que se trate;

b) toda referencia a la residencia habitual en tal Estado se entenderá como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial;

c) toda referencia a la nacionalidad se referirá a la unidad territorial designada por la ley de tal Estado o, a falta de normas a estos efectos, a la unidad territorial elegida por las partes, o bien, a falta de elección, a la unidad territorial con la que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente vinculados.

Art. 15. Estados con dos o más sistemas jurídicos – conflictos interpersonales de leyes. Toda referencia a la ley de un Estado que tenga dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en lo que se refiere a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento se entenderá como una referencia al sistema jurídico determinado por las normas vigentes en tal Estado. A falta de tales normas, se aplicará el sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente vinculados.

Art. 16. Inaplicación del presente Reglamento a los conflictos internos de leyes. Los Estados miembros participantes en los que se apliquen diferentes sistemas jurídicos o conjuntos de normas a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento no estarán obligados a aplicarlo a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre esos sistemas jurídicos o conjuntos de normas.

Capítulo III

Otras disposiciones

Art. 17. Información facilitada por los Estados miembros participantes. 1. A más tardar el 21 de septiembre de 2011, los Estados miembros participantes comunicarán a la Comisión, en su caso, sus disposiciones nacionales relativas a:

a) los requisitos formales que sean de aplicación a los convenios sobre elección de la ley aplicable en virtud del art. 7, aps. 2, 3 y 4, y

b) la posibilidad de designar la ley aplicable de conformidad con el art. 5, ap. 3.

Los Estados miembros participantes comunicarán a la Comisión cualquier modificación ulterior de dichas disposiciones.

2. La Comisión pondrá a disposición del público la información que reciba de conformidad

con el ap. 1, a través de los medios que considere adecuados, en particular mediante el sitio web de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.

Art. 18. Disposiciones transitorias. 1. El presente Reglamento se aplicará solamente a las demandas interpuestas y a los convenios a que se refiere el art. 5 celebrados a partir del 21 de junio de 2012.

No obstante, se dará también efecto a todo convenio relativo a la elección de la ley aplicable celebrado antes del 21 de junio de 2012, siempre y cuando cumpla lo dispuesto en los arts. 6 y 7.

2. El presente Reglamento no afectará a los convenios relativos a la elección de la ley aplicable celebrados de conformidad con la legislación del Estado miembro participante del órgano jurisdiccional ante el que se haya interpuesto una demanda antes del 21 de junio de 2012.

Art. 19. Relación con convenios internacionales existentes. 1. Sin perjuicio de las obligaciones que incumben a los Estados miembros participantes de conformidad con el art. 351 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales de los que uno o más Estados miembros participantes sean parte en la fecha de adopción del presente Reglamento o en la fecha de adopción de la decisión a que se refiere el art. 331, ap. 1, párrafos segundo o tercero, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y que establezcan normas sobre conflictos de leyes en relación con el divorcio o la separación.

2. Sin embargo, el presente Reglamento prevalecerá, entre los Estados miembros participantes, sobre los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más de ellos, en la medida en que esos convenios se refieran a materias reguladas por el presente Reglamento.

Art. 20. Cláusula de revisión. 1. A más tardar el 31 de diciembre de 2015, y a continuación cada cinco años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe relativo a la aplicación del presente Reglamento. En caso necesario el informe irá acompañado de propuestas de adaptación del presente Reglamento.

2. A tal fin, los Estados miembros participantes comunicarán a la Comisión la información

pertinente sobre la aplicación del presente Reglamento por sus órganos jurisdiccionales.

Capítulo IV

Disposiciones finales

Art. 21. Entrada en vigor y fecha de aplicación. El presente Reglamento entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Será aplicable a partir del 21 de junio de 2012, con la excepción del art. 17, que se aplicará a partir del 21 de junio de 2011.

Para los Estados miembros participantes que participen en la cooperación reforzada en virtud de una decisión adoptada de conformidad con el art. 331, ap. 1, párrafos segundo o tercero, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el presente Reglamento se aplicará a partir de la fecha indicada en la decisión correspondiente.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro de conformidad con los Tratados.

Hecho en Bruselas, el 20 de diciembre de 2010.

DIRECTIVAS

Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (Versión refundida)

(DO L 335 de 17.12.2009)

Obs.: Resulta oportuno establecer un marco legal dentro del cual las empresas de seguros y de reaseguros desarrollen la actividad aseguradora en todo el mercado interior, haciendo así más fácil para las empresas de seguros y de reaseguros con domicilio social en la Comunidad la cobertura de los riesgos y los compromisos localizados en ella. A tal efecto, el DO de 17 de diciembre de 2009 publicó la versión refundida de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II). Se introducen modificaciones a las siguientes Directivas: Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio; Directiva 78/473/CEE del Consejo, de 30 de mayo de 1978, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de coaseguro comunitario; Directiva 87/344/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica; Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios; Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida (tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida); Directiva 98/78/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 1998, relativa a la supervisión adicional de las empresas de seguros que formen parte de un grupo de seguros; Directiva 2001/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros; Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida y Directiva 2005/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2005, sobre el reaseguro. Resulta oportuno refundir dichas Direc-

tivas a fin de facilitar el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, es necesario eliminar las diferencias más importantes entre las legislaciones de los Estados miembros en lo que respecta a la regulación de las empresas de seguros y de reaseguros.

Directiva 2010/64 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de octubre relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales

(DO L 280 de 26.10.2010)

Obs.: 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 la adecuación de las normas de los otros Estados miembros, sino también en que dichas normas se aplican correctamente. Con esta finalidad el 20 de octubre (DO 26.10.2010) se aprobó la Directiva 2010/64 del Parlamento europeo y del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción donde se establecen normas mínimas comunes que deberán aplicarse en el ámbito de la interpretación y de la traducción en los procesos penales para aumentar la confianza mutua entre los Estados miembros. El derecho a traducción e interpretación para aquellas personas que no hablan o entienden la lengua del procedimiento se consagra en el art. 6 CEDH, según la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La presente Directiva facilita la aplicación de tal derecho en la práctica. Para ello, la presente Directiva tiene por objetivo garantizar el derecho del sospechoso o acusado a la interpretación y traducción en los procesos penales con vistas a garantizar su derecho a un juicio equitativo. Los derechos que establece la presente Directiva deben aplicarse también, como medidas necesarias de acompañamiento, a la ejecución de una orden de detención europea y los Estados miembros de ejecución deben facilitar y sufragar los costes de interpretación y traducción para la persona reclamada que no entienda o no hable la lengua del procedimiento. La interpretación y traducción en virtud de la presente Directiva deben facilitarse en la lengua materna del sospechoso o acusado o en cualquier otra lengua que entienda o hable con objeto de permitir el pleno ejercicio del derecho a la defensa, y con el objeto de salvaguardar la equidad del proceso.

LEGISLACION ESPAÑOLA

DISPOSICIONES GENERALES

Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista

(BOE, 2-III-2010)

Artículo único. *Modificación de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.* La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, queda modificada como sigue:

.....
Cuatro. El ap. 2 del art. 38 queda redactado como sigue:

“2. Las empresas de ventas a distancia deberán comunicar en el plazo de tres meses el inicio de su actividad al Registro de ventas a distancia, que recogerá los datos que reglamentariamente se establezcan.

Las empresas de terceros países, no establecidas en España, que practiquen ventas a distancia en territorio español lo comunicarán directamente al Registro de ventas a distancia del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo de tres meses desde el inicio de la actividad.

El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio informará a las Comunidades Autónomas de las empresas de ventas a distancia registradas.

Del mismo modo, las Comunidades Autónomas comunicarán al Registro de ventas a distancia del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio las modificaciones que se produzcan en el registro autonómico correspondiente”.

.....
Ocho. El ap. 2 del art. 62 queda redactado como sigue:

“2. Las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en territorio español la actividad de franquiciadores a que se refiere el apartado anterior, deberán comunicar el inicio de su actividad en el plazo de tres meses desde su inicio

al Registro de Franquiciadores, que recogerá los datos que reglamentariamente se establezcan.

Las empresas de terceros países, no establecidas en España, que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores, lo comunicarán directamente al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo de tres meses desde su inicio.

El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio informará a las Comunidades Autónomas de las empresas franquiciadoras registradas.

Del mismo modo, las Comunidades Autónomas comunicarán al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio las modificaciones que se produzcan en el registro autonómico correspondiente”.

.....
Disposición adicional séptima. *Compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento.*

Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta ley o en el Derecho comunitario europeo afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. En el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite se garantizará, en todo caso, la audiencia de la Administración afectada, pudiendo compensarse el importe que se determine con cargo a las transferencias financieras que la misma reciba.

La Administración del Estado podrá compensar dicha deuda contraída por la Administración responsable con la Hacienda Pública estatal con las cantidades que deba transferir a aquella, de

acuerdo con el procedimiento regulado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En todo caso, en el procedimiento de imputación de

responsabilidad que se tramite se garantizará, la audiencia de la Administración afectada.

Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria

(BOE, 2-III-2010)

Real Decreto 247/2010, de 5 de marzo, por el que se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio

(BOE, 6-III-2010)

Artículo único. *Modificación del Real Decreto 997/2003, de 25 julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.* El Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 julio, queda modificado en los siguientes términos:

Dos. Se suprime el actual párrafo l) del ap. 3 del art. 1, quedando la redacción de los párrafos j) a p) del siguiente modo

“j) La asistencia jurídica en materia de Derecho de la Unión Europea, así como la representación y defensa del Reino de España ante los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea.

k) Cuanto se relacione con la representación y defensa del Estado, organismos autónomos, restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales o fundaciones con participación estatal, cuando así corresponda legal o convencionalmente, y órganos constitucionales ante cualesquiera jurisdicciones o procedimientos prejudiciales o extrajudiciales en el extranjero.

l) La representación y defensa jurídica del Reino de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, correspondiéndole el estudio y preparación de informes, observaciones y memorias que hayan de presentarse ante aquél, de

conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y sus Protocolos. Le corresponden también las mismas funciones ante cualesquiera órganos internacionales competentes en materia de salvaguarda de los derechos humanos, de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales vigentes en España.

m) La asistencia jurídica del Reino de España en otros organismos internacionales.

Tres. El ap. 1 del art. 3 queda redactado del siguiente modo:

“1. La Abogacía General del Estado—Dirección del Servicio Jurídico del Estado, bajo la superior dirección de su titular, se organiza en las siguientes Subdirecciones Generales:

d) Subdirección General de Asuntos de la Unión Europea e Internacionales, a la que corresponde la dirección jurídica y la representación y defensa del Reino de España ante los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, y ante la Corte Penal Internacional, de conformidad y según los procedimientos previstos en la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional; dicha dirección jurídica, representación y defensa se extenderá a los órganos constitucionales y a los organismos autónomos, restantes organismos y

entidades públicos, sociedades mercantiles, estatales o fundaciones con participación estatal, cuando así corresponda legal o convencionalmente. Le corresponde, asimismo, la asistencia jurídica en materia de Derecho de la Unión Europea. En particular, dicha Subdirección prestará asistencia jurídica a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, de conformidad con el Real Decreto 260/1986, de 17 de enero, de creación de la Representación Permanente de España ante las Comunidades Europeas. Por último, le corresponde colaborar con los órganos competentes del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación en la asistencia jurídica en los procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea contra el Reino de España. Todo ello con la excepción de lo previsto en el apartado f) de este art. 3.1.

Esta Subdirección General se halla integrada, bajo la Jefatura de su Subdirector General, por la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por los Abogados del Estado que, en su caso, pudiesen actuar de conformidad con lo previsto en el art. 1.5 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, así como por los Abogados del Estado que presten servicio como Consejeros Jurídicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea y cualquier Abogacía del Estado que se cree para la asistencia jurídica del Reino de España ante Organismos Internacionales, con excepción de lo previsto en el apartado f) de este art. 3.1.

Los Abogados del Estado de la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea serán nombrados Agentes del Reino de España por el Ministro de Justicia, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Todo ello sin perjuicio de las funciones atribuidas por su normativa a la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación como órgano asesor en materia de Derecho Internacional, que colaborará con esta Subdirección General mediante el asesoramiento en esta materia.

.....

f) Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos, a la que corresponde la representación y defensa en juicio ante el Tribunal Constitucional del Estado y sus organismos

autónomos y, cuando así corresponda legal o convencionalmente, de los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, y de los órganos constitucionales en los términos legalmente establecidos, así como, en su caso, de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales; del mismo modo, desarrollará el asesoramiento sobre cuestiones procesales o de fondo derivadas del planteamiento o tramitación de procedimientos constitucionales; así como, en particular, el asesoramiento, cuando lo solicite el Gobierno o cualquiera de sus miembros, sobre la constitucionalidad de los anteproyectos y proyectos de disposiciones de cualquier rango que hayan de someterse a su aprobación, y el examen e informe en Derecho, a petición del Gobierno o de cualquiera de sus miembros, de las disposiciones o resoluciones de las comunidades autónomas que sean susceptibles de impugnación ante el Tribunal Constitucional.

Tiene además a su cargo las funciones de representación y defensa jurídica del Reino de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el estudio y preparación de informes, observaciones y memorias que hayan de presentarse ante aquél, de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y sus Protocolos. Le podrán corresponder también todas o algunas de las mismas funciones ante cualesquiera órganos de tratados responsables de la salvaguarda de los derechos humanos, de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales vigentes en España. Igualmente, podrá prestar el asesoramiento jurídico necesario en el estudio y preparación de informes, observaciones y memorias que hayan de presentarse ante cualesquiera otros mecanismos de Naciones Unidas responsables de la salvaguarda de los derechos humanos.

Esta Subdirección General está integrada, bajo la Jefatura de su Subdirector General, por la Abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional, y la Abogacía del Estado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros órganos internacionales competentes en materia de salvaguarda de los derechos humanos.

Los Abogados del Estado destinados en esta Subdirección General tendrán el carácter de Agentes del Reino de España a los efectos del

Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y serán nombrados por real decreto a propuesta conjunta de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y de Justicia.

En el ejercicio de las funciones encomendadas, estos Abogados del Estado, tendrán las siguientes competencias:

1.^a Recabar de los órganos judiciales, Departamentos Ministeriales y de las autoridades del Estado, comunidades autónomas y Administraciones públicas, en general, las informaciones de hecho así como la colaboración que sea necesaria para la correcta representación en los asuntos que afecten al Reino de España, bien ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros órganos de derechos humanos del Consejo de Europa,

bien ante cualesquiera otros órganos de tratados y otros mecanismos de Naciones Unidas responsables de la salvaguarda de los derechos humanos.

2.^a Cuando les sea solicitado, asesorar a la representación del Reino de España ante el Consejo de Europa y ante las Naciones Unidas, en los asuntos y procedimientos sobre derechos humanos que conciernan a aquél.

3.^a Asesorar a las autoridades del Estado en todas las cuestiones de carácter jurídico que afecten al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a sus protocolos, así como a los demás tratados internacionales en esta materia.

.....

Ley Orgánica 3/2010, de 10 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y complementaria a la Ley para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso por la Comisión de infracciones penales

(BOE, 11-III-2010)

Preámbulo

La Ley 4/2010, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, establece, en el art. 4, la competencia de los Jueces de lo Penal para la adopción de las medidas previstas en dicha ley cuando España sea Estado de ejecución de las resoluciones objeto de tal regulación. Por este motivo, es necesario modificar la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que enumera las competencias de los órganos jurisdiccionales.

Se continúa con ello la tendencia de los últimos años de modificar la citada Ley Orgánica para recoger la nueva atribución. Una reforma que en este caso se lleva a cabo mediante la incorporación de un nuevo ap. 4 al art. 89 bis, para prever la nueva competencia de los Juzgados de lo Penal en relación con la ejecución de las resoluciones de decomiso dictadas por tribunales de otros Estados miembros de la Unión Europea para su cumplimiento en nuestro país.

Artículo único. *Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.*

Se adiciona un nuevo ap. 4 al art. 89 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

“4. Corresponde a los Juzgados de lo Penal el reconocimiento y ejecución de las resoluciones de decomiso transmitidas por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, cuando las mismas deban cumplirse en territorio español”.

Disposición final única. *Entrada en vigor.*

La presente ley orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”

Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso

(BOE, 11-III-2010)

PREÁMBULO

I

La creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, exige un importante esfuerzo para mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros, que tiene su «piedra angular» en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Este principio se basa en la confianza mutua de que las resoluciones que van a reconocerse y a ejecutarse cumplen plenamente las exigencias básicas de legalidad y proporcionalidad en todos los países comunitarios.

De manera progresiva, la Unión ha venido adoptando instrumentos jurídicos en los que se plasma el principio de reconocimiento mutuo. El primero de ellos fue la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, que se incorporó al Derecho español a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, y de la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior.

A las citadas normas siguieron la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, incorporada a nuestro Derecho mediante la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, complementada por la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio. Y después la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, cuya transposición se ha realizado en la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias y la Ley Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder

Judicial, y complementaria a la Ley para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias.

El siguiente paso en este proceso viene constituido por la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, cuya incorporación a nuestro Derecho se efectúa en esta ley, dirigida a garantizar en España la máxima cooperación judicial con el resto de Estados miembros de la Unión Europea.

II

El objeto de esta norma consiste, en primer lugar, en regular el procedimiento a través del cual se van a transmitir, por parte de las autoridades judiciales españolas, aquellas sentencias firmes por las que se imponga un decomiso, a otros Estados miembros de la Unión Europea. Y, en segundo lugar, en establecer el modo en el que las autoridades judiciales españolas van a reconocer y a ejecutar tales resoluciones cuando le sean transmitidas por otro Estado miembro.

Al igual que en las decisiones marco señaladas, y las leyes que ya las han incorporado a nuestro Derecho, la renuncia a la exigencia de control de la doble incriminación para las infracciones que se establecen y siempre que para ellas se prevean “penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años”.

La Ley recoge novedades que provienen de la Decisión marco 2006/783/JAI y que derivan de las exigencias de eficacia que ha de acompañar al reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso. La primera es la de contar con un concepto homogéneo de decomiso, que viene dado por la incorporación a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la Decisión marco 2005/212/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. En este sentido, el alcance que tiene el decomiso en esta ley alcanza a bienes que provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período

anterior a la condena, o cuando se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de su procedencia delictiva. En cambio, quedan fuera de esta ley los supuestos de restitución de bienes a sus legítimos propietarios.

La ley también incorpora las novedades mediante las cuales se tratan de remediar los problemas derivados de las dudas de localización de los bienes objeto de decomiso, y ante los cuales se permite que una autoridad judicial transmita su resolución simultáneamente a varios Estados miembros de la Unión Europea. Una previsión que, a su vez, obliga a que haya una mayor comunicación entre las autoridades judiciales para evitar excesos de ejecución.

Finalmente, la ley incluye previsiones, ya contenidas en la Decisión marco 2006/783/JAI, que remiten determinados aspectos al acuerdo tanto de las autoridades competentes de los Estados miembros como de sus autoridades judiciales, en cuestiones como el destino de los bienes decomisados o el reembolso de determinados gastos.

También es nueva la previsión de que el Juez de lo Penal pida informe al Ministerio Fiscal antes de reconocer y ejecutar una resolución de decomiso procedente de otro Estado de la Unión Europea, habida cuenta de la complejidad que pueden conllevar esas resoluciones.

Junto a estas novedades, también la ley viene a confirmar cuestiones que ya aparecen en las leyes anteriores que incorporaban las Decisiones marco sobre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea. Tal es el caso de las normas que han de cumplir los jueces españoles para transmitir y ejecutar las correspondientes resoluciones judiciales y, en especial, el empleo de formularios o certificados. Las Decisiones marco ya se basan en el uso de los formularios que se han de traducir a la lengua que señale el Estado donde esté la autoridad judicial que haya de ejecutar la resolución judicial de que se trate, lo que se concibe como fórmula de superación del obstáculo que puede suponer el desconocimiento por parte del juez del idioma en el que reciba una resolución proveniente de otro Estado.

En este sentido y al igual que han hecho las leyes anteriores, se exige la traducción al español (término acuñado ante las instituciones comunita-

rias para designar a nuestro idioma) de los formularios que se remitan a nuestro país por las autoridades competentes de los demás Estados miembros. Con ello se consolida una línea de política lingüística que constituye una pieza básica para la eficacia del sistema, consistente en optar por la lengua que conocen todos los jueces de España, sin necesidad de nuevas traducciones en el supuesto de reenvíos de las resoluciones dentro del territorio español o de desconocimiento del juez de la lengua cooficial y, en definitiva, retrasos en la eficacia de las resoluciones a las que se refiere el certificado. Asimismo, esta es la única opción que se ajusta a las Decisiones marco que se refieren a la traducción a la lengua oficial del Estado de ejecución, condición que en España sólo corresponde al castellano o español, mientras que para las restantes lenguas españolas la cooficialidad se reduce al territorio de la Comunidad Autónoma de que se trate. Debe destacarse, además, que esta opción no excluye que en las actuaciones judiciales que tengan lugar en nuestro país resulte de aplicación el art. 231 LOPJ, que posibilita la utilización de las lenguas oficiales propias de las Comunidades Autónomas.

III

La ley se estructura en tres capítulos, a los que se añaden cinco disposiciones adicionales, otra transitoria y tres finales, más un anexo que incluye el certificado o formulario para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.

El primer capítulo contiene las disposiciones generales, referidas al objeto de la ley y la posibilidad de mejora del régimen que establece mediante convenios entre los Estados miembros, se concretan las autoridades que en España serán competentes tanto para emitir las resoluciones objeto de la ley como para ejecutarlas. Se precisa también el concepto de decomiso, así como el régimen de indemnizaciones y reembolsos que deriven de la ejecución de las resoluciones de decomiso.

El segundo capítulo regula la transmisión por las autoridades judiciales españolas de las resoluciones de decomiso a otros Estados miembros de la Unión Europea, para que éstos procedan a su ejecución. En especial se atiende a la forma de transmisión y al modo en que aquélla ha de documentarse, así como a las consecuencias que se desprenden de la transmisión de una resolu-

ción, en especial cuando la petición de decomiso se envía a varios Estados.

Se establece la regla de que la transmisión de la resolución, acompañada de su certificado, no impide que la autoridad judicial española pueda ejecutarla, pero sí la limita en cuanto a la cantidad de dinero que puede decomisar y le obliga a informar a la autoridad competente del Estado de ejecución que ella misma o la autoridad de otro Estado al que se haya remitido la misma resolución haya efectuado y el importe que, en su caso, no se haya ejecutado. Se prevé la transformación del decomiso que afecte a un bien en concreto en una cantidad de dinero equivalente.

Este segundo capítulo se cierra con la obligación de información de la autoridad judicial española a la autoridad competente en el Estado de ejecución de la adopción de cualquier medida que deje sin efecto el decomiso y los recursos que proceden ante aquella.

Por último, el capítulo tercero se refiere a la ejecución en España de aquellas resoluciones que le sean transmitidas por otros Estados miembros de la Unión Europea.

Esta regulación parte del reconocimiento del principio de no sujeción al control de la doble tipificación y por tanto del reconocimiento y ejecución automático de la resolución, para admitir a continuación la existencia de una serie de supuestos en que sí se exige la doble tipificación o en los que la autoridad competente puede denegar el reconocimiento y ejecución del decomiso. Regula también las normas aplicables a la ejecución de la resolución. Como excepción al automatismo de la ejecución, la ley regula una serie de motivos que justifican la denegación del reconocimiento y la ejecución de la resolución, así como la suspensión de la resolución de decomiso, y el régimen de revisión de la sentencia e indulto. Se ha tenido en cuenta al regular estos aspectos la modificación que operada por la Decisión marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero de 2009 por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. Esta reforma ha afectado tanto a la regulación de las

causas de denegación del reconocimiento de una resolución como al formulario que se incluye como anexo en esta ley.

La ley finaliza con la regulación de la disposición de los bienes decomisados en España, ya sean dinero u otro tipo de bienes. Un régimen que no desplaza la aplicación de aquellas normas especiales ya existentes, tales como las que se aplican al contrabando o tráfico ilícito de drogas.

La parte final de la ley contiene una disposición adicional relativa a la remisión de información estadística. Se incluyen también una disposición transitoria, que determina el régimen jurídico de las resoluciones que se encuentren en curso a la entrada en vigor de la ley, y tres disposiciones finales. La primera de ellas fundamenta la competencia estatal para dictar esta ley en el art. 149.1.6.^a de la Constitución, la segunda señala que la nueva ley incorpora al Derecho español la Decisión Marco 2006/783/JAI y la última establece el momento de su entrada en vigor. Se incluye finalmente, en el anexo, el certificado que han de remitir los tribunales españoles para el reconocimiento de las resoluciones de decomiso impuestas por ellos en otros Estados miembros de la Unión Europea.

Capítulo I

Disposiciones generales

Art. 1. Objeto. 1. Esta ley tiene por objeto regular el procedimiento que deben seguir las autoridades judiciales españolas para transmitir a las autoridades correspondientes de los demás Estados miembros de la Unión Europea, una resolución de decomiso firme impuesta como consecuencia de la comisión de una infracción penal.

2. Se regula, asimismo, la actuación que han de desarrollar las autoridades judiciales españolas cuando reciban una resolución de decomiso firme emitida por la autoridad competente de otro Estado miembro de la Unión Europea e impuesta como consecuencia de la comisión de una infracción penal, para su reconocimiento y ejecución.

3. Las disposiciones de esta ley se entenderán sin perjuicio de la aplicación de aquellos Convenios con otros Estados miembros de la Unión Europea celebrados por España que contribuyan a una mayor simplificación y agilidad en los

procedimientos de ejecución de resoluciones de decomiso.

Art. 2. Estado de emisión y Estado de ejecución. A los efectos regulados en esta ley, se entenderá por:

a) Estado de emisión: El Estado miembro en el que se ha dictado la resolución de decomiso en relación con una causa penal.

b) Estado de ejecución: El Estado miembro al que se ha transmitido la resolución de decomiso para su reconocimiento y ejecución.

Art. 3. Resolución de decomiso. 1. Se entenderá por resolución de decomiso la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes.

2. A los efectos de esta ley, la resolución de decomiso podrá afectar a cualquier tipo de bienes, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos con fuerza jurídica u otros documentos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes respecto de los cuales el órgano jurisdiccional del Estado de emisión haya decidido:

a) Que constituyen el producto de una infracción penal o equivalen total o parcialmente al valor de dicho producto.

b) Que constituyen los instrumentos de dicha infracción.

c) Que pueden ser decomisados con motivo de la aplicación en el Estado de emisión de cualquiera de los supuestos de potestad de decomiso ampliada que se especifican en el art. 3, aps. 1 y 2, de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

d) O que pueden ser decomisados a tenor de cualesquiera otras disposiciones relacionadas con una potestad de decomiso ampliada de conformidad con el Derecho del Estado de emisión.

Art. 4. Autoridades judiciales españolas competentes. 1. Será competente para transmitir una resolución de decomiso firme impuesta a una persona natural o jurídica a otro Estado miembro de la Unión Europea en el que se encuentren los bienes objeto de decomiso, el

juez o tribunal penal competente para su ejecución en España.

2. Son autoridades competentes para ejecutar en España una resolución de decomiso transmitida por las autoridades judiciales competentes del Estado de emisión los Jueces de lo Penal del lugar donde se encuentren los bienes objeto de dicha resolución. Si la resolución transmitida no concreta el lugar donde se encuentran esos bienes, será competente el Juez de lo Penal del lugar de residencia del condenado y en tanto no se localicen aquellos bienes en otro lugar distinto.

Art. 5. Indemnizaciones y reembolsos. 1. El Estado español reembolsará al Estado al que se haya transmitido la resolución las cantidades abonadas en concepto de reparación de daños y perjuicios causados a los titulares de derechos e intereses legítimos, siempre y cuando éstos no se debieran exclusivamente a la actividad de dicho Estado.

2. El Estado español reclamará al Estado de la autoridad judicial de emisión el reembolso de las cantidades abonadas en concepto de reparación de daños y perjuicios causados a los titulares de derechos e intereses legítimos, siempre y cuando éstos no sean consecuencia exclusivamente del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o de error judicial.

Capítulo II

Transmisión por las autoridades judiciales españolas de una resolución de decomiso para su ejecución en otro Estado miembro de la Unión Europea

Art. 6. Transmisión de una resolución de decomiso. 1. La autoridad judicial penal española competente para ejecutar un decomiso impuesto a una persona natural o jurídica transmitirá la resolución a la autoridad competente de otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que ésta sea firme, y tenga motivos fundados de que los bienes objeto de decomiso se encuentran en dicho Estado.

En caso de que en relación con esos bienes se hubiera dictado y ejecutado con anterioridad una resolución en aplicación de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de prueba en procedimientos penales, el Juez de lo

Penal recabará los antecedentes al Juez de Instrucción a los efectos de continuar su tramitación.

2. En el caso de que la autoridad judicial penal española no conozca cuál es la autoridad competente para ejecutar la resolución, efectuará todas las investigaciones que considere oportunas y se valará de todos los medios que resulten necesarios, incluidos los puntos de contacto de la Red Judicial Europea.

3. Si la autoridad judicial penal española no tiene motivos fundados que le permitan determinar el Estado al que pueda trasladar la resolución de decomiso, la transmitirá a la autoridad competente del Estado miembro donde la persona natural o jurídica contra la que se ha dictado la resolución resida habitualmente o tenga su domicilio social, respectivamente.

Art. 7. Documentación y modo de transmisión. 1. La resolución que se pretende ejecutar deberá ir acompañada de un certificado, cuyo modelo figura en el anexo, el cual irá firmado por la autoridad judicial penal española que, conforme a la legislación interna, fuere competente para su ejecución.

2. La autoridad judicial penal española transmitirá la resolución original o una copia certificada de la misma, junto con el certificado, directamente a la autoridad encargada de la ejecución, por correo certificado, fax o medios informáticos o telemáticos que permitan acreditar la autenticidad del contenido, la certeza de la fecha y la identidad del remitente. Todas las comunicaciones entre autoridades judiciales se efectuarán por estos medios.

La autoridad judicial penal española mantendrá comunicación de forma directa con la autoridad a la que se dirige la resolución.

3. El certificado deberá traducirse a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado al que se dirige o, en su caso, a una lengua oficial de las instituciones comunitarias que hubiera aceptado dicho Estado.

Art. 8. Transmisión de una resolución de decomiso a más de un Estado miembro. 1. Una resolución de decomiso referente a bienes concretos se podrá transmitir simultáneamente a más de un Estado de ejecución cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

a) Que la autoridad judicial española competente tenga motivos fundados para creer que los

distintos bienes objeto de la resolución de decomiso se encuentran en distintos Estados de ejecución.

b) Que el decomiso de un bien concreto incluido en la resolución de decomiso requiera la intervención en más de un Estado de ejecución.

c) Que la autoridad judicial española competente tenga motivos fundados para creer que un bien concreto incluido en la resolución de decomiso está localizado en uno de los dos o más Estados de ejecución determinados.

2. Una resolución de decomiso referente a una cantidad de dinero podrá transmitirse simultáneamente a más de un Estado de ejecución cuando la autoridad judicial española competente considere que hay motivos específicos para hacerlo. Entre otros supuestos, se considera que concurren tales motivos:

a) Cuando los bienes afectados no hayan sido embargados con arreglo a la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales.

b) Cuando el valor de los bienes que pueden ser decomisados en el Estado de emisión y en cualquier Estado de ejecución probablemente no sea suficiente para ejecutar la cantidad total objeto de la resolución de decomiso.

3. Cuando no fuera posible llevar a cabo la transmisión simultánea a varios Estados miembros de la Unión Europea y siempre que no se haya cumplido en su totalidad la resolución de decomiso, se efectuará su remisión de forma sucesiva a los Estados en los que se presume que se encuentran bienes del condenado.

Art. 9. Consecuencias de la transmisión de una resolución de decomiso. 1. La transmisión de una resolución de decomiso no impedirá que la autoridad judicial penal española pueda proceder a su ejecución.

2. En caso de transmisión a uno o más Estados de ejecución de una resolución de decomiso referente a una cantidad de dinero, la autoridad judicial española garantizará que el valor total derivado de la ejecución de la resolución no exceda del importe máximo especificado en la misma.

3. La autoridad judicial penal española informará de inmediato a la autoridad competente de todo Estado de ejecución afectado, por cual-

quier medio que pueda dejar constancia escrita, en los siguientes casos:

a) Cuando considere que hay riesgo de que la ejecución supere el importe máximo especificado. Informará, asimismo, cuando considere que el riesgo mencionado ha dejado de existir.

b) Cuando la totalidad o parte de la resolución de decomiso haya sido ejecutada en España o en otro Estado de ejecución. En este caso, se especificará en la comunicación el importe de la sentencia de decomiso que aún no haya sido ejecutado.

c) Si, con posterioridad a la transmisión de una resolución de decomiso, una autoridad española ha recibido una cantidad de dinero pagada voluntariamente por el condenado en cumplimiento de la resolución de decomiso. En este caso, se indicará si queda parte de la resolución por ejecutar y su importe.

Art. 10. Transformación del decomiso. Cuando una resolución de decomiso afecte a un bien en concreto y por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso del mismo, la autoridad judicial española solicitará a la autoridad competente del Estado de ejecución que el decomiso adopte la forma de obligación de pago de una cantidad de dinero equivalente al valor del bien de que se trate.

Art. 11. Terminación de la ejecución. La autoridad judicial penal española informará de inmediato a la autoridad competente del Estado de ejecución de toda decisión o medida que tenga por efecto anular el carácter ejecutorio de la sentencia o retirar la resolución del Estado de ejecución por cualquier otro motivo.

Art. 12. Reembolso de gastos excepcionales. La autoridad judicial española que reciba una comunicación de la autoridad del Estado de ejecución sobre gastos especiales que ha conllevado la ejecución de la resolución de decomiso, lo comunicará al Ministerio de Justicia a efectos de un posible acuerdo sobre el reparto de los costes con el Estado de ejecución.

Art. 13. Revisión de la resolución de decomiso. 1. En caso de impugnación de la resolución de decomiso, la misma se resolverá por la autoridad judicial competente para el conocimiento del recurso interpuesto.

2. En caso de estimación de un recurso que afecte a la resolución de decomiso, la autoridad judicial penal española lo comunicará inmediatamente al Estado de ejecución.

Capítulo III

Ejecución en España de una resolución de decomiso emitida por la autoridad judicial de otro Estado miembro de la Unión Europea

Art. 14. Principio de doble tipificación. 1. Las resoluciones de decomiso firmes adoptadas por el Estado de emisión para su ejecución en España no estarán sujetas a control de la doble tipificación cuando se refieran a hechos enjuiciados como algunos de los delitos que se enuncian a continuación, siempre que estén castigados en dicho Estado con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años. Estos delitos son los siguientes:

Pertenencia a una organización delictiva.

Terrorismo.

Trata de seres humanos.

Explotación sexual de menores y pornografía infantil.

Tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas.

Tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos.

Corrupción.

Fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

Blanqueo de los productos del delito.

Falsificación de moneda, con inclusión del euro.

Delitos informáticos.

Delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas.

Ayuda a la entrada y a la estancia irregulares.

Homicidio y agresión con lesiones graves.

Tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos.

Secuestro, retención ilegal y toma de rehenes.

Racismo y xenofobia.

Robos organizados o a mano armada.

Tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte.

Estafa.

Chantaje y extorsión de fondos.

Violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías.

Falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos.

Falsificación de medios de pago.

Tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento.

Tráfico ilícito de materias nucleares y radiactivas.

Tráfico de vehículos robados.

Violación.

Incendio provocado.

Delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Apoderamiento ilegal de aeronaves y buques.

Sabotaje.

2. Cuando el Juez de lo Penal competente reciba la resolución de una autoridad judicial de otro Estado miembro de la Unión Europea para que ejecute una resolución de decomiso impuesta por una infracción penal no prevista en el apartado anterior, supeditará el reconocimiento y la ejecución de la misma a la condición de que el hecho por el que la misma se haya dictado sea también constitutivo de infracción penal según el Derecho español.

Art. 15. Reconocimiento de las resoluciones.

1. El Juez de lo Penal competente estará obligado a reconocer y a ejecutar, sin más trámite que el informe del Ministerio Fiscal, una resolución de decomiso cuando el bien sobre el que recaiga se encuentre en España, que haya sido debidamente transmitida por la autoridad competente del Estado de emisión, salvo en aquellos casos en que concurra alguno de los motivos para el no reconocimiento o la no ejecución que se contemplan en el art. 19.

El Juez de lo Penal, previo informe del Ministerio Fiscal emitido en el plazo de 7 días, acordará el despacho de ejecución de la resolución de decomiso debidamente transmitida mediante auto, en un plazo máximo de 15 días desde su recepción. La adopción de la resolución de decomiso de que se trate sucederá, en su caso, a las medidas que sobre los mismos bienes se hubieran acordado en aplicación de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales.

Cuando el certificado que acompañe a la resolución de decomiso no venga traducido al español se remitirá inmediatamente a la autoridad judicial que lo hubiera firmado para que lleve a cabo la traducción correspondiente.

Los Jueces de lo Penal competentes admitirán las resoluciones de decomiso que regula esta ley que se efectúen mediante correo certificado, fax o medios informáticos o telemáticos que permitan acreditar la autenticidad del contenido, la certeza de la fecha y la identidad del remitente.

2. Cuando un Juez de lo Penal reciba una resolución para su reconocimiento y ejecución y no sea competente para ello, la transmitirá de oficio al que lo sea, si así se desprende de la documentación recibida, e informará de ello inmediatamente y por cualquier medio que deje constancia escrita a la autoridad del Estado de emisión.

Art. 16. Ejecución de las resoluciones. 1. En caso de que una solicitud de decomiso afecte a un bien concreto y por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso del mismo, los Jueces de lo Penal competentes acordarán que el decomiso adopte la forma de la obligación de pago de una cantidad de dinero correspondiente al valor del bien de que se trate.

2. En caso de que una resolución de decomiso se refiera a una cantidad de dinero, los Jueces de lo Penal competentes, en caso de que no puedan obtener el pago, ejecutarán la resolución de decomiso sobre cualquier bien disponible a tal efecto.

3. En caso de que una resolución de decomiso se refiera a una cantidad de dinero, los Jueces de lo Penal competentes convertirán, cuando sea necesario, el importe que deba decomisarse a la moneda del Estado de ejecución, aplicando el tipo de cambio vigente en el momento de dictarse la resolución de decomiso.

4. El Juez de lo Penal competente informará a la autoridad competente del Estado de emisión, por cualquier medio que deje constancia escrita, de la ejecución de la resolución tan pronto como ésta haya finalizado.

Art. 17. Ejecución de resoluciones de decomiso múltiples. 1. Cuando el Juez de lo Penal competente estuviera tramitando dos o más resoluciones de decomiso referentes bien a una

cantidad de dinero dictadas contra la misma persona natural o jurídica que no disponga de medios suficientes en España para que se ejecuten todas las resoluciones, o bien referentes a un mismo bien, habrá de decidir cuál o cuáles de las resoluciones de decomiso se ejecutarán, tras considerar debidamente todas las circunstancias. Para adoptar esta decisión se tendrá en cuenta principalmente y por este orden la existencia de un embargo preventivo, la gravedad relativa y el lugar de la infracción, las fechas de las resoluciones respectivas y las fechas de su transmisión. El Juez de lo Penal competente comunicará sin dilación su decisión a las autoridades competentes del Estado o Estados de emisión.

2. En caso de que el condenado pudiera facilitar la prueba del decomiso, total o parcial, efectuado en otro Estado, el Juez de lo Penal competente consultará a la autoridad competente del Estado de emisión por cualquiera de los medios previstos en el art. 7.2. En caso de decomiso de productos de un delito, toda porción del valor de los bienes afectados que se recupere en virtud de la resolución de decomiso en otro Estado se deducirá en su totalidad del valor de los bienes que se han de decomisar en España.

Art. 18. Derecho por el que se regirá la ejecución. 1. La ejecución de la resolución se regirá por el Derecho español y se llevará a cabo del mismo modo que si el decomiso se hubiera impuesto por un tribunal español.

2. También se ejecutará la resolución de decomiso que se haya impuesto en el Estado de emisión a una persona jurídica por una infracción para la que no se prevea su responsabilidad de acuerdo con el Derecho español.

3. En caso de imposibilidad de ejecución de una resolución de decomiso, el Juez de lo Penal informará a la autoridad competente del Estado de emisión sin dilación, sin que se puedan ejecutar medidas alternativas no previstas en el Derecho español.

Art. 19. Denegación del reconocimiento y ejecución de la resolución. 1. El Juez de lo Penal competente denegará el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones de decomiso en los siguientes casos:

a) Cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria contra la

misma persona y respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio non bis in idem en los términos previstos en las leyes y en los convenios o tratados internacionales ratificados por España, y aun cuando el condenado hubiera sido posteriormente indultado.

b) Cuando se trate de una resolución de decomiso impuesta por una infracción distinta de las reguladas en el ap. 1 del art. 14 y ésta no se encuentre tipificada en el Derecho español.

No obstante lo anterior, cuando la resolución de decomiso se haya impuesto por una infracción penal en materia tributaria o de control de cambios, no podrá denegarse la ejecución de la resolución de decomiso si el fundamento fuere que la legislación española no establece el mismo tributo o no contiene la misma regulación en materia tributaria y de control de cambios que la legislación del Estado de emisión.

c) Cuando exista una inmunidad que impida la ejecución de la resolución.

d) Cuando los derechos de las partes interesadas, incluidos los terceros de buena fe con arreglo a la legislación española, impiden la ejecución de la resolución de decomiso.

e) Cuando, según el certificado, el imputado no compareció en el juicio del que deriva la resolución de decomiso, salvo que en el certificado conste, con arreglo a otros requisitos procesales definidos en la legislación nacional del Estado de emisión alguna de las siguientes circunstancias:

1.^a Que, con la suficiente antelación, el imputado fue citado en persona e informado del lugar y la fecha previstos para el juicio del que deriva la resolución, o recibió información oficial de la fecha y lugar previstos para el juicio por otros medios que dejen constancia de su efectivo conocimiento, y fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia.

2.^a Que, teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio.

3.^a Que, tras serle notificada la resolución de decomiso y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso con la posibilidad de que de ese nuevo proceso, en el que tendría derecho a comparecer,

derivase una resolución contraria a la inicial, el imputado declaró expresamente que no impugnaba la resolución, o no solicitó la apertura de un nuevo juicio ni interpuso recurso dentro del plazo previsto para ello.

f) Cuando la resolución se refiera a hechos que el Derecho español considere cometidos en su totalidad o en parte en territorio español o cuando se hayan cometido fuera del Estado emisor y el Derecho español no permita la persecución de dichas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio.

g) Cuando el Juez considere incompatible con los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución la resolución adoptada en aplicación de las disposiciones sobre la potestad de decomiso ampliada a que se refiere la letra d) del ap. 2 del art. 3.

h) Cuando la resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español.

i) Cuando falte el certificado que ha de acompañar a la solicitud de ejecución de la resolución, sea incompleto o no se corresponda manifiestamente con la resolución.

2. En los casos a que hacen referencia las letras a), e), f), g) e i), así como de la letra d) cuando no se hubiera informado de la interposición de un recurso en España, del ap. 1 de este artículo, antes de denegar el reconocimiento y la ejecución de la resolución, el Juez de lo Penal habrá de consultar a la autoridad del Estado de emisión, por cualquiera de los medios previstos en el art. 7.2, para que aclare la situación y, en su caso, subsane el defecto en que se hubiera incurrido. En los demás casos del ap. 1 de este artículo, la consulta será potestativa para el Juez de lo Penal.

Art. 20. Supuestos de imposibilidad de ejecución de la resolución de decomiso. Cuando no sea posible ejecutar la resolución de decomiso debido a que el bien al que se refiera ya haya sido decomisado, hubiera desaparecido, haya sido destruido o no se encontrara en la localización indicada en el certificado o a que no se indicara con la suficiente precisión dónde se encuentra el bien, incluso tras consultar con el Estado de emisión, el Juez de lo Penal compe-

tente informará de ello sin demora a la autoridad competente del Estado de emisión.

Art. 21. Suspensión de la ejecución. 1. El Juez de lo Penal competente podrá suspender la ejecución de una resolución de decomiso transmitida en los siguientes supuestos:

a) Cuando, en el caso de una resolución de decomiso referente a una cantidad de dinero, considere que hay riesgo de que el valor total derivado de su ejecución pueda exceder del importe especificado en la resolución como consecuencia de su ejecución simultánea en más de un Estado miembro.

b) Cuando la ejecución de la resolución de decomiso pueda impedir el buen desarrollo de una investigación o actuación penal en curso, durante el tiempo que estime razonable.

c) Cuando considere necesario traducir, sin repercutir su coste al Estado de emisión, la resolución de decomiso o partes de ella, por el tiempo necesario para obtener su traducción.

d) Cuando el bien ya fuera objeto de un procedimiento de decomiso en España.

2. El Juez de lo Penal competente adoptará, durante el período de suspensión, las medidas necesarias para asegurar la ejecución de la resolución de decomiso.

3. En caso de suspensión de conformidad con la letra a) del ap. 1 de este artículo, el Juez de lo Penal competente informará de ello sin dilación a la autoridad competente del Estado de emisión por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita.

4. En los casos contemplados en letras b), c) y d) del ap. 1 de este artículo, el Juez de lo Penal comunicará sin dilación la suspensión de la ejecución de la resolución de decomiso, sus motivos y, si es posible, su duración prevista, a la autoridad competente del Estado de emisión por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita.

5. Tan pronto como hayan dejado de existir los motivos de suspensión, el Juez de lo Penal competente tomará de inmediato las medidas oportunas para ejecutar la resolución de decomiso e informará de ello a la autoridad competente del Estado de emisión por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita.

Art. 22. Comunicación al Ministerio Fiscal. Cualquiera que sea la decisión adoptada, el Juez

de lo Penal la notificará al Ministerio Fiscal al mismo tiempo que la transmite a la autoridad competente del Estado de emisión.

Art. 23. Recursos. 1. Contra las resoluciones dictadas por el Juez de lo Penal que resuelvan acerca del reconocimiento y ejecución de las resoluciones emitidas por una autoridad de otro Estado miembro de la Unión Europea, el Ministerio Fiscal, el condenado o los titulares de derechos e intereses legítimos que puedan verse afectados podrán interponer el recurso de reforma y el de apelación, que no suspenderán la ejecución.

El recurso de apelación podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado. En ningún caso será necesario interponer previamente el de reforma para presentar la apelación. Todos estos recursos se tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la recurribilidad de los autos de los Jueces de lo Penal en el procedimiento abreviado.

2. Tan pronto como se interpongan los recursos de reforma o de apelación, el Juez de lo Penal comunicará esta circunstancia al órgano judicial del Estado emisor, por cualquier medio que deje constancia escrita, en condiciones que permitan a la autoridad judicial a la que se dirige establecer su autenticidad, para que exponga, en su caso, las consideraciones que estime oportunas en el plazo de cinco días desde la recepción del certificado.

3. El Juez de lo Penal informará a la autoridad judicial del Estado de emisión, de la resolución del recurso de reforma o apelación.

4. Los motivos de fondo por los que se haya adoptado la resolución sólo podrán ser impugnados mediante un recurso interpuesto en el Estado miembro de la autoridad judicial de emisión.

Art. 24. Disposición de los bienes decomisados. 1. El Juez de lo Penal competente dispondrá del dinero obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Si el importe obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso es inferior a 10.000 euros o al equivalente a dicho importe, el mismo se ingresará en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales.

b) En todos los demás casos, se transferirá al Estado de emisión el 50 por 100 del importe que se haya obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso. El 50 por 100 restante se ingresará en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales.

Las cantidades que, en aplicación de lo dispuesto anteriormente, correspondan a España serán transferidas por el Secretario judicial al Tesoro Público con aplicación, en su caso, de lo que se establezca en normas especiales y, particularmente, en lo previsto por el art. 374 del Código Penal y por la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados y en su normativa de desarrollo.

2. El Juez de lo Penal competente decidirá que los bienes que no sean dinero u otros instrumentos de pago al portador obtenidos de la ejecución de la resolución de decomiso sean enajenados y aplicados de la forma prevista en el apartado anterior.

La enajenación de los bienes se realizará de acuerdo con la legislación española, observándose, cuando proceda, lo previsto por la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando y su normativa de desarrollo.

3. Cuando de la ejecución de la resolución de decomiso resulten afectados bienes integrantes del patrimonio histórico español, el Juez de lo Penal, en ningún caso, procederá a su enajenación o restitución al Estado de emisión. En tal supuesto, lo comunicará a las autoridades españolas competentes y serán de aplicación las disposiciones de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y su normativa de desarrollo.

4. El Estado español no reclamará al Estado de emisión el reembolso de los gastos que resulten de la ejecución de la resolución de decomiso. No obstante, si la ejecución de la resolución ha conllevado gastos que considera de índole sustancial o excepcional, el Juez de lo Penal lo comunicará al Ministerio de Justicia para que éste llegue a un acuerdo con las autoridades competentes del Estado de emisión sobre el reparto de costes.

Disposición adicional primera. Remisión de información estadística. De conformidad con las directrices que, en su caso, se fijen por la Comisión Nacional de Estadística Judicial, los Juzga-

dos o Tribunales que transmitan o reciban resoluciones de decomiso en los casos previstos en esta Ley, lo comunicarán al Consejo General del Poder Judicial.

El Consejo General del Poder Judicial remitirá semestralmente la información a la que se refiere el párrafo anterior al Ministerio de Justicia.

Disposición adicional segunda. Se modifica el art. 98 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que queda redactado como sigue:

“**Art. 98. Resolución judicial.** Transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la Oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos, el Juez dictará la resolución que proceda de conformidad con lo dispuesto en este título.

Esta resolución será apelable y tendrá la consideración de apelación más próxima a los solos efectos de reproducir las cuestiones planteadas en los recursos de reposición o incidentes concursales durante la fase común a que se refiere el art. 197.4”.

Disposición adicional tercera. Se modifica la disposición adicional octava de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, que queda redactada como sigue:

“**Disposición adicional octava.** Los Jueces de adscripción territorial a los que se refiere el art. 347 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial percibirán, en concepto de retribuciones complementarias fijadas en esta Ley:

1. Por grupo de población, el complemento de destino correspondiente a los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia al que estuvieran adscritos.

2. Por representación, el complemento de destino correspondiente a los Magistrados de los órganos unipersonales del grupo de población que les corresponda conforme a lo previsto en el apartado anterior.

Las retribuciones básicas serán las previstas en esta Ley de acuerdo con su categoría”.

Disposición adicional cuarta. Se modifica la disposición adicional primera y se añade una nueva disposición adicional cuarta, en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se

regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, quedando redactadas como siguen:

“**Disposición adicional primera.** En cuanto a la adquisición y pérdida de la condición de miembro de la Carrera Fiscal, incapacidades, situaciones administrativas, deberes y derechos, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades de los mismos, será de aplicación supletoria lo dispuesto para Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial”

“**Disposición adicional cuarta.** 1. Los miembros de la Carrera Fiscal se sustituirán entre sí, de acuerdo con lo dispuesto en este Estatuto, en las normas reglamentarias que lo desarrollen y en las Instrucciones que, con carácter general, dicte el Fiscal General del Estado.

2. Cuando no pueda acudir al sistema de sustituciones ordinarias, podrán ser nombrados con carácter excepcional Fiscales sustitutos en los casos de vacantes, licencias, servicios especiales u otras causas que lo justifiquen.

3. El régimen jurídico de los Fiscales sustitutos será objeto de desarrollo reglamentario en términos análogos a lo previsto para los Magistrados suplentes y Jueces sustitutos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que será aplicable supletoriamente en esta materia”.

Disposición adicional quinta. Se adicionan un nuevo art. 2 bis a la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, con la siguiente redacción:

“**Art. 2 bis.** 1. En cada Tribunal Superior de Justicia, y para el ámbito territorial de la provincia, se crean las plazas de Jueces de adscripción territorial que se fijan en el anexo IV de esta Ley, de acuerdo con lo previsto en el art. 347 bis de la LOPJ.

2. El desarrollo posterior de estas plazas de Jueces de adscripción territorial así como su modificación se efectuará mediante Real Decreto, de acuerdo con lo establecido en el art. 20 de esta Ley”.

Disposición transitoria única. Resoluciones en curso. 1. Esta ley será aplicable a las resoluciones que se transmitan o reciban con posterioridad a su entrada en vigor, con independencia de que hubieran sido dictadas con anterioridad.

2. Las resoluciones de decomiso que se encuentren en ejecución en el momento de la entrada en vigor de esta ley, seguirán tramitándose hasta su conclusión conforme a las normas vigentes en aquel momento.

Disposición final primera. *Título competencial.* Esta ley se dicta en ejercicio de la competencia atribuida al Estado en materia de legislación procesal por el art. 149.1.6.^a de la Constitución.

Disposición final segunda. *Incorporación de Derecho de la Unión Europea.* En esta ley se incorpora al Derecho español la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, así como la modificación que de esta norma efectúa la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos

procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

Disposición final tercera. *Entrada en vigor.* La presente ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

Lo dispuesto en las disposiciones adicionales segunda, tercera, cuarta y quinta entrará en vigor el día siguiente del que lo haga la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

.....

Anexo
Certificado para la ejecución de resoluciones de decomiso en otro Estado miembro de la Unión Europea

.....

NOTA

1. *Contexto.* El Título VI del Tratado de Maastricht instauró la cooperación judicial en materia penal dentro del denominado tercer pilar comunitario (“Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de justicia e interior”). Dicha cooperación salió fortalecida con el Tratado de Amsterdam, fijando el reconocimiento mutuo de decisiones como uno de sus contenidos [art. 31.1^o.a) TUE] y estableciendo la Decisión marco como el instrumento destinado a aproximar las disposiciones legales y reglamentarias entre los Estados miembros [art. 34.2^o.b) TUE]. Por su parte, dentro de la agenda de actuación de las instituciones comunitarias, el Consejo de Tampere, celebrado en octubre de 1999, supuso, sin duda, un punto de inflexión y un impulso al reconocimiento mutuo en el ámbito del Derecho penal que ha ido desarrollándose en diferentes etapas. En este contexto, la Ley 4/2010, que presentamos, supone un hito más en el camino emprendido por la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros (incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 3/2003, de 14 de marzo), la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (a través de la Ley 18/2006, de 5 de junio) y el reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (mediante la Ley 2/2008, de 4 de diciembre).

La Ley 4/2010 incorpora al Derecho español la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (DO L 328 de 24.11.2006), con la modificación realizada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81 de 27.3.2009). Tal y como establece la Decisión Marco 2006/783/JAI, esta iniciativa se inscribe dentro de las conclusiones fijadas en el Consejo de Tampere en relación con la lucha contra el blanqueo de capitales y, en general, en contra de la obtención de beneficios económicos por parte de la delincuencia organizada. El reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso es complementario de la ejecución de las resoluciones de embargo preventivo, cuya eficacia es limitada por

su carácter temporal. El instrumento utilizado (la Decisión Marco) y su ámbito de aplicación (el reconocimiento y la ejecución de resoluciones) responden al criterio competencial asumido por la Unión Europea en esta materia y a los criterios de intervención subsidiaria y proporcional, que relega a lo estrictamente necesario, la armonización de las normas penales sustantivas. En el caso concreto del decomiso, la Decisión Marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero de 2005 (DO L 68 de 15.3.2005) fijó un concepto armonizado de decomiso en dos aspectos: la inclusión en las legislaciones de los Estados miembros del decomiso como sanción para todas aquellas infracciones penales que lleven aparejada penas privativas de libertad superiores a un año y el establecimiento de supuestos de decomiso ampliado. Sobre esta base, la reciente reforma del Código Penal, operada con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE, 23-VI-10), ha introducido un cambio sustancial en el alcance del decomiso en el Derecho penal español (*vid.* A. Cereijo Soto, “Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso”, *Diario La Ley*, nº 7457, 30 de julio de 2010, www.diariolaley.es, pp. 1 ss).

No puede decirse que el reconocimiento y ejecución de las decisiones de decomiso sea un instrumento novedoso en el ámbito europeo. En este sentido, el Convenio del Consejo de Europa, de 8 de noviembre de 1990, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, ya había sido ratificado por España (BOE, 10-X-98) y por otros Estados de la Unión Europea. Sin embargo, tal y como se recoge en el cdo. 4 de la Decisión Marco 2006/783/JAI, ésta sí aporta en este ámbito un doble avance sustancial: primero, reduce significativamente los motivos de denegación de la ejecución, eliminando, para un amplio catálogo de delitos, el control de la doble tipicidad; segundo, se establece un sistema de reconocimiento “automático”, en los términos que veremos, que elimina la necesidad de cualquier trámite previo de homologación de la decisión dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado de emisión en una medida nacional del Estado de la ejecución.

2. *Estructura.* La Ley se estructura en tres Capítulos: el primero contiene disposiciones generales, mientras que el segundo y tercero fijan las condiciones de actuación de las autoridades españolas en las vertientes activa y pasiva: de solicitud para la ejecución de una resolución de decomiso española en otro Estado miembro (Capítulo II) y de reconocimiento y ejecución en España de las procedentes de órganos de otros Estados miembros (Capítulo III).

Se completa la Ley con una serie de Disposiciones adicionales, que exceden del objeto de este comentario, y que establecen diversas reformas legislativas en diferentes materias que nada tienen que ver con el título y el objeto de la Ley 4/2010. Una vez más, cabe criticar el empleo de una técnica normativa basada más en el criterio de la economía parlamentaria que en la coherencia de los textos jurídicos y en la seguridad jurídica de sus destinatarios.

3. *Concepto de resolución de decomiso.* Las Disposiciones generales incluidas en el Capítulo I delimitan el ámbito de aplicación de la Ley, precisando determinados conceptos y fijando las autoridades competentes a los efectos de las solicitudes, activas y pasivas, de ejecución.

En cuanto a las definiciones, interesa destacar el concepto de resolución de decomiso. Es importante precisar que el objeto de la Ley 4/2010, en consonancia con la Decisión Marco 2006/783/JAI que incorpora, regula las condiciones para el reconocimiento mutuo “de las resoluciones de decomiso” dictadas por órganos jurisdiccionales de Estados miembros, sin crear un título europeo *ad hoc* como supuso, en el ámbito penal, la orden de detención europea. Aquí de lo que se trata es de dar efectos a “resoluciones nacionales”, eso sí, certificadas conforme al modelo anexo a la Ley.

La resolución de decomiso, a los efectos de esta Ley, es una sanción o medida firme, impuesta por un órgano jurisdiccional como consecuencia de infracciones penales y que tenga como resultado la privación definitiva de bienes.

La exigencia de firmeza de la resolución viene establecida en el art. 2.c) de la Decisión Marco y es consecuente con el carácter del decomiso. Ya se ha indicado (L. Durbán Sicilia, “Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 316, 2011, pp. 31 ss, esp. p. 33) la necesidad de conciliar la exigencia

de tal firmeza con la posibilidad, reconocida en el art. 13 de la Ley, de impugnar las resoluciones que sean objeto de la transmisión de la solicitud de reconocimiento. Una interpretación sistemática coherente entre ambas disposiciones exigiría entender que los supuestos posibles de impugnación de las resoluciones de decomiso serían los recursos extraordinarios, como el de revisión de los arts. 954 ss LECrim, y las acciones de terceros de buena fe no responsables del delito que hubieran adquirido los bienes decomisados legalmente (art. 127.1º *in fine*). En esta misma clave cabría interpretar la referencia a los recursos que se realiza en el art. 23 de la Ley en relación con las resoluciones de decomiso objeto de reconocimiento mutuo en España.

Por otra parte, ni la Decisión Marco ni la Ley ofrecen una definición de “órgano jurisdiccional”, frente a lo que suele ser su práctica habitual en otro tipo de instrumentos europeos, particularmente en los ámbitos civil y mercantil. De ello cabe derivar una acepción estricta equivalente a “juez o tribunal”, sin ampliaciones a otro tipo de “autoridades” de los Estados miembros (L. Durbán Sicilia, *loc. cit.*, p. 34). De hecho, en el ámbito de los diversas Decisiones Marco relativas al reconocimiento mutuo en el ámbito penal, cuando se ha querido “extender” la intervención a otro tipo de autoridades así se ha indicado expresamente: así, la Decisión Marco 2005/514/JAI, en materia de sanciones pecuniarias, utiliza el término “órgano jurisdiccional” y, cuando quiere aludir a otras autoridades se refiere a ellas como “autoridad distinta de órgano jurisdiccional” [art. 1.a)ii) y iii)]; o bien, en vez de órgano jurisdiccional, se utiliza el término “autoridad judicial” “tal como se defina en el Derecho interno del Estado de emisión” [arts. 1 y 2.a) de la Decisión Marco 2003/577/JAI, en materia de resoluciones de embargo], lo que ha permitido reconocer la competencia al Ministerio Fiscal (*vid.*, en este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 18/2006).

Especial mención merece también la determinación de cuáles son los bienes susceptibles de decomiso a los efectos de esta Ley. El ap. 2 del art. 3 establece un elenco amplio tanto en función del tipo de objetos que pueden ser decomisados (materiales o inmateriales, muebles o inmuebles...) y de su relación con el delito (producto de una infracción penal o instrumentos de dicha infracción). Precisamente en este ámbito es donde se admiten las resoluciones de decomiso dictadas en virtud del ejercicio de la potestad de decomiso ampliada, ya deriven de la Decisión Marco 2005/212/JAI [art. 3.2º.c) de la Ley] o de la aplicación del Derecho del Estado de emisión [art. 3.2º.d) de la Ley].

La Decisión Marco 2005/212/JAI estableció un doble régimen para los denominados decomisos sustitutivos ampliados (apdos. 1 y 2 del art. 3) o decomisos extensibles a terceros (ap. 3 del art. 3) (*cf.* estas denominaciones en A. Cereijo Soto, *loc. cit.*, p. 13). En relación con los primeros, la Decisión Marco obliga a los Estados miembros a extender el decomiso de los bienes pertenecientes a una persona condenada por actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo, previendo tres sistemas posibles de extensión. En relación con los segundos, la Decisión Marco dispone que cada Estado miembros “podrá estudiar además la posibilidad” de adoptar decomisos sobre bienes adquiridos por allegados a la persona condenada o transferidos a una persona jurídica en la que el condenado ejerza control. Obviamente, dados los problemas constitucionales que una disposición de este tipo puede plantear, la Decisión Marco no establece en este último caso, a diferencia de los supuestos anteriores, la obligación de su adopción por parte de los Estados miembros. Debe considerarse, además, según establece su propio Cdo. 11, que esta Decisión Marco se subordina a la aplicación de los principios fundamentales en materia de garantías procesales de los Estados miembros, entre ellos, la presunción de inocencia y el derecho de propiedad. Esta posibilidad ha permitido que la Ley 4/2010 sólo se refiera expresamente a los decomisos ampliados de los aps. 1 y 2 del art. 3 de la Decisión Marco 2005/212/JAI, y no recoja los del citado ap. 3. Por su parte, tampoco la mencionada reforma del art. 127 Código Penal ha recogido el decomiso ampliado a bienes adquiridos por los allegados del condenado.

Como indicamos, el concepto de resolución de decomiso también incluye las dictadas en virtud de una potestad de decomiso ampliada conforme al Derecho del Estado de emisión [art. 3.2º.d) de la Ley 4/2010], lo que, por esta vía, permitiría dar eficacia en España a decomisos extensibles a terceros. Ahora bien, a diferencia de los supuestos amparados por los aps. 1 y 2 del art. 3 de la Decisión Marco

2005/212/JAI, el resto de los casos de decomisos ampliados quedan sujetos, como veremos, a un control de orden público por parte de las autoridades españolas como Estado de ejecución.

4. *Autoridades competentes.* La competencia de las autoridades judiciales españolas para la asistencia activa y pasiva se recoge en el art. 4 de la Ley. Cabe destacar que España no ha hecho uso de la opción abierta por la Decisión Marco 2006/783/JAI para el nombramiento de autoridades centralizadas encargadas de transmitir y recibir las solicitudes de reconocimiento y ejecución, sino que ha optado por aplicar al reconocimiento mutuo el esquema competencial establecido en nuestro sistema para la ejecución de este tipo de resoluciones.

En relación con la competencia para transmitir la solicitud a las autoridades de otros Estados miembros para reconocer y ejecutar una decisión española, la solución establecida en el art. 4.1º parte de la competencia del “juez o tribunal competente para su ejecución en España”, lo que supondrá la intervención, según los casos, de un Juez de lo Penal, de una Audiencia Provincial o, en determinados supuestos, del Tribunal Supremo o incluso de los Juzgados de instrucción (L. Durbán Sicilia, *loc. cit.*, p. 35).

La competencia material para la ejecución (debe añadirse también para el reconocimiento) en España de las resoluciones dictadas por autoridades de otros Estados miembros corresponde a los Juzgados de lo Penal, fijándose su competencia territorial en función de lugar donde se encuentren los bienes objeto del decomiso y, si dicho lugar no se ha concretado en la resolución, se prevé la competencia “temporal” del lugar de residencia del condenado “en tanto no se localicen aquellos bienes en otro lugar distinto”.

Varias precisiones de imponen en relación con este apartado. Lo primero que debe tenerse en cuenta que tal regulación responde a la reforma operada por la Ley Orgánica 3/2010, de 10 de marzo, de modificación de la LOPJ (BOE, 11-III-10), que ya establece, en el nuevo apartado 4 al art. 89 bis, dicha competencia de los Juzgados de lo penal para el “reconocimiento y ejecución” de las resoluciones de decomiso. La segunda precisión es el carácter, obviamente, territorial de la competencia de los órganos del Estado de ejecución que únicamente podrán ejecutar las resoluciones de decomiso sobre bienes que se localicen en el ámbito de ese Estado; en caso contrario, habrá que entender que estaríamos ante un supuesto de imposibilidad de ejecución, aunque no esté expresamente establecido como tal en el art. 20 de la Ley 4/2010. La tercera puntualización es que se echa falta en este ap. 2 del art. 4 de la Ley la referencia, junto a la residencia del condenado, al domicilio social de las personas jurídicas, dado que la Decisión Marco y la propia Ley expresamente recogen la ejecución de resoluciones de decomiso impuestas a tales entidades, al margen incluso de lo que establezca la Ley del Estado de ejecución sobre su responsabilidad penal (art. 18.2º de la Ley).

5. *Ejecución en otro Estado miembro.* Por lo que a las transmisiones de resoluciones de decomiso para su ejecución en otro Estado miembro se refiere, la regulación establecida en el Capítulo II de la Ley determina el Estado o, en su caso, los Estados miembros a los que se podrá transmitir la resolución de decomiso (arts. 6 y 8), en función de la localización del bien o bienes objeto del decomiso, la documentación que se deberá remitir y los modos de transmisión de la solicitud (art. 7). Debe destacarse, al hilo de lo indicado más arriba, la importancia de acompañar la resolución de decomiso con el certificado, según modelo del anexo, dado que su carencia, su carácter incompleto o su falta de correspondencia con la resolución de decomiso, podrán ser motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución (art. 8.1 de la Decisión Marco).

Importantes son también las previsiones que inciden sobre diferentes vicisitudes del procedimiento de ejecución, que pueden derivar del proceso de ejecución mismo o estar basadas en la resolución que se ha transmitido para tal ejecución.

En relación con las primeras, el art. 9 de la Ley establece la obligación de información por parte de las autoridades españolas a las autoridades del Estado de la ejecución en caso de que aquéllas hayan ejecutado, total o parcialmente, la resolución de decomiso, con la clara finalidad de evitar el *non bis in idem*. También se prevé la solicitud de conversión del decomiso (art. 10) o el reembolso de gastos excepcionales (art. 12).

En relación con las segundas, las autoridades judiciales españolas están obligadas a informar a las autoridades competentes del Estado de la ejecución de la privación de eficacia de la resolución de decomiso que sirve de base a la ejecución, ya sea porque la resolución ha sido anulada o retirada (art. 11) o revisada como consecuencia de la admisión de recurso frente a la misma (art. 13). Con ello pretende evitarse que pueda concluirse un procedimiento de ejecución en el Estado requerido respecto de un título que carece de efectos, o ha sido modificado, en el Estado de emisión.

6. *Ejecución en España*. La regulación sobre el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones de decomiso dictadas por órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros se contiene en el Capítulo III. Antes de comentar los aspectos esenciales de esta regulación, no podemos dejar de hacer una valoración negativa sobre la deficiente sistemática utilizada. Es cierto que la Decisión Marco 2006/783/JAI, en la que esta Ley tiene su origen, no es ningún ejemplo de articulado ordenado; pero este defecto, lejos de subsanarse, se acrecienta en la Ley 4/2010. De este modo, no debe buscarse en los arts. 14 ss un *iter* lógico sobre reconocimiento y ejecución, en términos procedimentales, sino más bien una yuxtaposición de disposiciones atinentes al reconocimiento (arts. 15 y 23), a la ejecución (arts. 16 a 18, 20, 21 y 24) y a los motivos que pueden, o no, invocarse para rechazar el reconocimiento y ejecución solicitada (art. 19 en relación con el art. 14). Para nuestra exposición, intentaremos suplir las dificultades que tal asistemática origina.

7. *Obligación de reconocimiento y ejecución* (arts. 15 y 23). Recoge el art. 15 de la Ley la obligación de reconocimiento “automático” impuesto por la Decisión Marco y la obligación de ejecución de las resoluciones de decomiso transmitidas por la autoridad competente del Estado de emisión cuando los bienes sobre la que recaiga se encuentren en España. Debe precisarse lo que aquí denominamos “automático”. Dice la Decisión Marco que los Estados miembros reconocerán “sin más trámite” las resoluciones de decomiso (art. 7.1º); también dice que se suprime “todo sistema de conversión de la resolución de decomiso en una medida nacional” (cdo. 4). Tal ausencia de procedimiento específico se recoge en el art. 15 de la Ley, limitándose a requerir un informe del Ministerio Fiscal, y debiendo, una vez descartados los motivos para rechazar el reconocimiento y la ejecución, dictar auto de despacho de ejecución en el plazo máximo de 15 días desde la recepción de la resolución de decomiso. Quiere esto decir que no existe procedimiento de homologación, como tal, de la resolución de decomiso, ni se requiere su previa declaración de ejecutoriedad como paso previo al inicio de la ejecución. A menos que concurra uno de los motivos del art. 19, el “trámite” concluye con un auto de despacho de ejecución, decisión judicial que inicia el procedimiento de ejecución propiamente dicho.

La solicitud de ejecución requiere que se transmita la resolución de decomiso, junto con el certificado que figura en el anexo de la Ley (documento que se da por supuesto en el párrafo 3º del art. 15.1º de la Ley), por cualquier medio que permita acreditar la autenticidad del contenido, la certeza de la fecha y la identidad del remitente. El destinatario de la solicitud debe ser, en función de la competencia establecida en nuestro sistema, el Juez de lo Penal territorialmente competente (recuérdese el art. 4.2º de la Ley). No obstante, indica el art. 15.2º que cuando “un Juez de lo Penal” reciba la solicitud y no sea competente la transmitirá de oficio a quien lo sea. A pesar de esta redacción, no debe realizarse una interpretación restrictiva que entienda como subsanable sólo la falta de competencia territorial, interpretación que ni permite el art. 4.5º Decisión Marco (se refiere a una autoridad que “no sea competente”, en general, para reconocer y ejecutar) ni se deriva del art. 278.2º LOPJ. Finalmente, se requiere que el certificado se traduzca al español. Obsérvese que la exigencia de la traducción no es una causa de rechazo al reconocimiento y ejecución, sino que opera en la fase previa de la admisibilidad de la solicitud (así dice el art. 15 de la Ley que cuando el certificado venga sin traducir... “lo remitirá inmediatamente...”). Por otra parte, la extensa justificación que merece en el Preámbulo de la Ley tanto la denominación “español” (en vez del término acuñado constitucionalmente de “castellano”), como la necesidad de utilizar exclusivamente dicha lengua evidencia la problemática derivada de la pluralidad lingüística en nuestro país.

Se recoge, en el art. 23 de la Ley, la posibilidad de recurrir, sin efectos suspensivos, las resoluciones del Juez de lo Penal que resuelvan acerca del reconocimiento y ejecución de las resoluciones de decomiso. Dada la indicada ausencia de declaración de ejecutoriedad, debe entenderse que las resoluciones

objeto de recurso son los autos que despachan ejecución. Se establece la cautela expresa acerca de la imposibilidad de recurrir ante las autoridades del Estado de ejecución alegando motivos de fondo de la resolución, que sólo podrán invocarse ante los tribunales del Estado de emisión.

8. *Causas posibles de denegación del reconocimiento y ejecución* (arts. 19, 14 y 18.2º). Como ya se ha indicado, uno de los grandes avances del reconocimiento mutuo en materia penal establecido en el marco del Derecho de la Unión Europea ha sido la eliminación del control de la doble tipicidad para un amplio catálogo de delitos, recogidos en el art. 14.1º de la Ley, siempre que la sanción en el Estado emisor sea una pena privativa de libertad cuya duración máxima sea al menos de tres años. Ello supone que, en relación con estos delitos, el Estado de la ejecución no podrá rechazar el reconocimiento y la ejecución de la resolución por no estar tipificado dicho delito en su ordenamiento jurídico o, estándolo, no llevar aparejado el decomiso como pena. *A sensu contrario*, si el delito no está incluido en esta lista o, aunque lo esté, si la pena no alcanza al mínimo allí establecido, sí cabrá dicho control por falta de tipificación del delito o de la sanción de decomiso para ese delito [art. 14.2º en relación con el 19.1º b)], con matizaciones para los delitos fiscales y de control de cambios.

El control de la doble tipicidad no alcanza a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debiendo proceder a la ejecución de resoluciones de decomiso que se les haya impuesto aunque se refiere a una infracción en que no se prevea la responsabilidad de las personas jurídicas de acuerdo con el Derecho español (art. 18.2º), previsión que ha perdido trascendencia con la última reforma de nuestro Código penal.

Además del control de la doble tipicidad, allí donde sea posible, el apdo. 1 del art. 19 recoge las siguientes causas de denegación del reconocimiento y ejecución del decomiso: el control basado en el *non bis in idem*; la inmunidad de ejecución; los derechos de las partes interesadas que imposibiliten la ejecución (motivo que debe relacionarse con los recursos establecidos en el art. 23); la garantía de los derechos de defensa del imputado, desde la vertiente material establecida en la Decisión Marco 2009/299/JAI, siguiendo las mismas pautas establecidas en los ámbitos civil y mercantil; un control basado en la territorialidad del Derecho penal; el control de orden público, al que ya nos hemos referido, en relación con las resoluciones de decomiso ampliadas de conformidad con el Derecho del Estado de emisión; la denegación basada en la prescripción de las sanciones vinculada a un control de competencia de las autoridades españolas; y finalmente, la falta, el carácter incompleto o la ausencia de correspondencia del certificado con la resolución, evidenciando el papel esencial que tal documento tiene en el régimen de la Ley.

Todos estos controles no determinan, sin más, el rechazo al reconocimiento y ejecución de la resolución de decomiso. Será preceptiva la consulta a las autoridades del Estado de la emisión con vistas a aclarar o subsanar el defecto en los casos de *non bis in idem*; de incomparecencia del imputado; de derechos de terceros, si no se informó ya de la presentación de recursos; los que estén afectados por el principio de territorialidad; los relativos al orden público de las resoluciones de decomiso ampliadas; y los referentes a defectos del certificado. Para los restantes controles (doble tipicidad, inmunidad de ejecución, derechos de terceros, si ya se informó de los recursos y delitos prescritos) la consulta es potestativa. La línea divisoria entre consulta preceptiva y potestativa tiene sentido para aquellos supuestos en los que (como ocurre, con los motivos relativos a los certificados) las autoridades del Estado de emisión sean competentes para corregir los defectos advertidos o proporcionar información adicional que pueda ayudar a la ejecución de la resolución de decomiso. No se alcanza, sin embargo, a comprender el alcance de la intervención de dichas autoridades si los motivos de rechazo de la ejecución se basan en la aplicación del propio sistema del Estado de ejecución, como ocurre con el control de orden público de la resolución de decomiso ampliada.

Cabe finalmente subrayar que el art. 19 de la Ley recoge los supuestos de denegación del reconocimiento y ejecución que permite el art. 8 de la Decisión Marco 2006/783/JAI, sin introducir controles adicionales que la norma no europea no ampara, pero que sí se han incluido en las legislaciones nacionales de otros Estados miembros [ver la crítica que en este punto realiza el Informe de la Comisión de 23 de agosto de 2010, COM (2010) 428 final, pp. 10 y 14].

9. *Derecho rector de la ejecución* (art. 18.1º). La Ley 4/2010 sigue en este punto la regla general establecida en todos los instrumentos de reconocimiento mutuo, tanto penales como civiles, que es el sometimiento a la ley del Estado de la ejecución para regir el procedimiento de ejecución “del mismo modo que si el decomiso se hubiera impuesto por un tribunal español”. Tal es la solución que se deriva de una ausencia de armonización de los Derechos procesales nacionales en esta materia. Debe sobreentenderse, en todo caso, que la equiparación de resoluciones de decomiso dictadas por autoridades de otros Estados con las “propias” se realiza dejando a salvo las especialidades que la propia Ley establece y a las que nos vamos a referir seguidamente.

10. *Reglas específicas sobre el procedimiento de ejecución* (arts. 16, 17, 18.3º, 20, 21, 22 y 24). Prevé el art. 16 de la Ley la posibilidad de transformar la ejecución en aquellos casos en los que no resulte posible la ejecución sobre el objeto concreto del decomiso. No obstante, debe tenerse en cuenta, a pesar de la redacción imperativa del art. 16, que tal conversión sólo resultará posible si así se ha admitido por parte del Derecho del Estado emisor, siendo éste un dato que debe hacerse constar en la certificación adjunta a la resolución. Ésta es, por otra parte, la solución coherente con la establecida en el art. 10 de la Ley en relación con la solicitud de transformación del decomiso que recabarán las autoridades españolas cuando actúen como Estado emisor.

Más allá de esta conversión, deberá informarse a las autoridades del Estado de emisión acerca de la imposibilidad de la ejecución del decomiso para que éstas decidan sobre medidas alternativas, cuya ejecución en España estará supeditada a un control de equivalencia (art. 18.3º en relación con el art. 20). Al igual que indicamos para los casos de conversión, las medidas alternativas resultarán aplicables si así se ha hecho constar en el certificado correspondiente, siendo determinante el consentimiento del Estado de emisión (art. 12.4º Decisión Marco 2006/783/JAI).

Asimismo, el art. 17 establece reglas especiales para la ejecución de decomisos múltiples, estableciendo determinadas cautelas en orden a evitar que el decomiso pueda superar el importe de la sanción impuesta.

Los supuestos en los que el procedimiento de ejecución podrá suspenderse están recogidos en el art. 21, con la obligación de informar a las autoridades del Estado de emisión. Aunque en el precepto se establece la regla del levantamiento de la suspensión cuando hayan dejado de existir las causas que la motivaron, pensando en la temporalidad de las mismas, debe considerarse que alguna de estas causas podrá convertirse en definitiva, lo que conllevará la imposibilidad de ejecución de la resolución. Así ocurrirá en aquellos casos en los que el bien fuera ya objeto de un procedimiento de decomiso en España y este procedimiento finalizara con el decomiso del mismo [art. 21.1º.d) en relación con el art. 20].

Por último, de la Ley se derivan tres formas de finalización del procedimiento de ejecución. La primera es el efectivo decomiso del bienes objeto de la resolución, estableciendo el art. 24 una serie de reglas sobre la disposición de estos bienes decomisados. La segunda es la constatación de la imposibilidad de la ejecución por los supuestos recogidos en el art. 20. La tercera sería la terminación del procedimiento sin ejecución por anulación o retirada del título que se le sirve de base, esto es, de la resolución de decomiso. A diferencia de los dos casos anteriores, esta última forma de finalización del procedimiento no ha sido recogida expresamente en el Capítulo III de la Ley 4/2010, a pesar de que sí figura en la Decisión Marco 2006/783/JAI (art. 15 *in fine*). En la medida en que es posible que las autoridades del Estado de emisión anulen, retiren o revisen las resoluciones de decomiso, debiendo informar de ello a las autoridades del Estado de ejecución (tal y como los arts. 11 y 13 de la Ley establecen respecto de las autoridades españolas), lo consecuente, y preceptivo a tenor del citado art. 15 de la norma europea, es que la respuesta del Estado de ejecución sea dar por finalizado el procedimiento por ausencia de título que lo ampare.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO

Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo

Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual

(BOE, 1-IV-2010)

Título I**Disposiciones generales**

Art. 1. Objeto de la ley. Esta Ley regula la comunicación audiovisual de cobertura estatal y establece las normas básicas en materia audiovisual sin perjuicio de las competencias reservadas a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales en sus respectivos ámbitos.

Art. 2. Definiciones.

12. Obras europeas.

Se consideran obras europeas:

a) Las obras originarias de los Estados miembros; y las obras originarias de terceros Estados europeos que sean parte del Convenio Europeo sobre la Televisión Transfronteriza del Consejo de Europa, siempre que las obras de los Estados miembros no estén sometidas a medidas discriminatorias en el tercer país de que se trate.

Se considera obra originaria la realizada esencialmente con la participación de autores y trabajadores que residan en uno o varios Estados de los mencionados en el párrafo anterior. Siempre que, además, cumpla una de las tres condiciones siguientes: que las obras sean realizadas por uno o más productores establecidos en uno o varios de dichos Estados; que la producción de las obras sea supervisada y efectivamente controlada por uno o varios productores establecidos en uno o varios de dichos Estados; que la contribución de los coproductores de dichos Estados sea mayoritaria en el coste total de la coproducción, y ésta no sea controlada por uno o varios productores establecidos fuera de dichos Estados.

b) Las obras coproducidas en el marco de acuerdos relativos al sector audiovisual concertados entre la Unión Europea y terceros países que satisfagan las condiciones fijadas en los mismos, siempre que las obras de los Estados miembros no estén sometidas a medidas discriminatorias en el tercer país de que se trate.

c) Las obras que no sean europeas con arreglo al apartado a), pero que se hayan producido en el marco de tratados de coproducción bilaterales celebrados entre los Estados miembros y terceros países, siempre que la contribución de los coproductores comunitarios en el coste total de la producción sea mayoritaria y que dicha producción no esté controlada por uno o varios productores establecidos fuera del territorio de los Estados miembros.

Art. 3. Ámbito de aplicación. 1. Los servicios de comunicación audiovisual están sujetos a lo dispuesto en esta Ley siempre que el prestador del servicio de comunicación audiovisual se encuentre establecido en España.

Se considera que un prestador de servicios de comunicación audiovisual está establecido en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando el prestador de servicios de comunicación audiovisual tiene su sede central en España y las decisiones editoriales sobre el servicio de comunicación audiovisual se toman en España.

b) Cuando el prestador de servicios de comunicación audiovisual tiene su sede central en España pero las decisiones editoriales sobre el servicio de comunicación audiovisual se toman en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo, se considera que el prestador está establecido en España cuando trabaje una parte significativa del personal que realiza las actividades de los servicios de comunicación audiovisual.

En el caso de que una parte significativa del personal que realiza las actividades de servicios de comunicación audiovisual trabaje en España y en el otro Estado miembro, se considerará que el prestador del servicio de comunicación audiovisual está establecido en España cuando tenga su sede central en España.

En el caso de que una parte significativa del personal que realiza las actividades de servicios de comunicación audiovisual no trabaje ni en

España ni en ningún Estado miembro, se considerará que el prestador del servicio de comunicación audiovisual está establecido en España si inició por primera vez su actividad en España, siempre y cuando mantenga un vínculo estable y efectivo con la economía de España.

c) Cuando el prestador de servicios de comunicación audiovisual tiene su sede central en España, pero las decisiones editoriales sobre el servicio de comunicación audiovisual se toman en un tercer país, o viceversa, se considerará que está establecido en España siempre que una parte significativa del personal que realiza las actividades de comunicación audiovisual trabaje en España.

Se considera que un prestador de servicios de comunicación audiovisual al que no se le aplique lo establecido en el apartado anterior, está sometido a la jurisdicción de España en los siguientes casos:

a) si el prestador de servicios de comunicación audiovisual utiliza un enlace ascendente con un satélite situado en España,

b) si, aunque no use un enlace ascendente con un satélite situado en un Estado miembro, utiliza una capacidad de satélite perteneciente a España.

Título III

Normas básicas para la regulación y coordinación del Mercado de Comunicación Audiovisual

Capítulo II

La libertad de recepción de los servicios de comunicación audiovisual prestados desde fuera de España

Art. 38. Libertad de recepción de los servicios prestados dentro del Espacio Económico Europeo. 1. Se garantiza la libertad de recepción en todo el territorio español de los servicios audiovisuales cuyos titulares se encuentren establecidos en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que no interfieran

técnicamente en las emisiones de los prestadores establecidos bajo jurisdicción española. En el ámbito del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza y para canalizar el derecho a la diversidad cultural y lingüística a nivel europeo, en todas las zonas limítrofes con un país de la Unión Europea se posibilitará la emisión y la recepción de programas difundidos mediante ondas hertzianas garantizando para ello una adecuada planificación del espectro radioeléctrico en las zonas transfronterizas.

La autoridad audiovisual competente estatal, con carácter excepcional y de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 bis de la Directiva 89/552, podrá limitar dicha libertad de recepción cuando los servicios audiovisuales infrinjan de manera grave y reiterada lo dispuesto en la legislación española en materia de protección de menores. Además, si el servicio de comunicación audiovisual es a petición, la libertad de recepción podrá limitarse por razones de orden, seguridad o salud públicas, o para proteger a los consumidores.

2. La acreditación de tales medidas deberá efectuarse mediante la instrucción del correspondiente expediente por la autoridad audiovisual competente estatal.

No obstante, antes de adoptar dichas medidas, se notificará a la Comisión y al Estado a cuya jurisdicción esté sujeto el prestador de servicios su intención de adoptar medidas. En caso de decisión negativa, se deberá poner fin urgentemente a las medidas de que se trate.

Art. 39. Servicio de Comunicación Audiovisual dirigido total o principalmente al territorio español. La autoridad competente estatal podrá adoptar medidas de salvaguarda de la legislación española, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo anterior, cuando el prestador de un servicio de comunicación audiovisual establecido en otro Estado de la Unión Europea dirija su servicio total o principalmente al territorio español.

NOTA

1. Con la nueva Ley General de la Comunicación Audiovisual (LGCA, a partir de ahora) se ha pretendido, según se anuncia en su propio preámbulo, “compendiar la normativa vigente aún válida, actualizar aquellos aspectos que han sufrido importantes modificaciones y regular las nuevas situaciones carentes de marco legal. Y todo ello con la misión de dar seguridad jurídica a la industria y posibilitar la creación de grupos empresariales audiovisuales con capacidad de competir en el mercado europeo y la apertura regulada de nuevos modelos de negocio como son la TDT de pago, la Alta Definición y la TV en Movilidad; y hacerlo garantizando también, el pluralismo y la protección de los derechos ciudadanos; al mismo tiempo que se fijan unas reglas de transparencia y competencia claras en un contexto de convivencia del sector público con el privado y de liberalización de la actividad audiovisual”. En este marco, entre otros aspectos, se ha procedido a transponer a nuestra legislación interna la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre del 2007 (DO L 322 de 17.12.2007; la cual, a su vez, modificaba la Directiva 89/552/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual). Fruto de dicha transposición son las normas que deben ser objeto de comentario en esta nota. Ahora bien, como en volúmenes anteriores de esta misma revista ya se ha aludido al concepto de “obra europea”, presente en el artículo 2.12º (*vid.* sobre ello la nota de M. A. Michinel Álvarez, *AEDIPr*, t. VIII, 2008); más ampliamente en G. Bossis y R. Romi, *Droit du cinéma*, París, LGDJ, 2004, pp. 126 –131), en esta ocasión únicamente se tratarán los contenidos de los artículos 3 (ámbito de aplicación), 38 (libertad de recepción de los servicios prestados dentro del Espacio Económico Europeo) y 39 (Servicio de Comunicación Audiovisual dirigido total o principalmente al territorio español).

2. En el art. 3 LGCA se introduce el principio de país de origen como regulador de los servicios de comunicación audiovisual, al indicar que están sujetos a lo dispuesto en dicha ley siempre que el prestador se encuentre establecido en España. Este principio supone que quien ejerce una actividad en un Estado miembro ve automáticamente reconocido el derecho a ejercerla en los demás Estados miembros, implicando –en el ámbito de los servicios en general– que las condiciones de ejercicio de dicha actividad y las relaciones con los clientes quedan sometidas, en cualquier país de la Unión Europea, a las normas del país de origen. Dicho principio también se conoce como reconocimiento mutuo (*vid.* por todos P.A. de Miguel Asensio, “Directiva sobre el comercio electrónico: determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas”, *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 20, octubre de 2001, pp. 3–40, p. 10), y preside hoy día, tras la aprobación del Tratado de Lisboa, la creación del sistema de Derecho internacional privado europeo. Particularmente debido a la dificultad de medir su impacto potencial en materia de condiciones sociales, de protección de los consumidores, de competencia fiscal desleal, etc., la introducción de este principio en el sector de la prestación de servicios levantó fuertes protestas en toda Europa, con ocasión de la aprobación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (también conocida como “Directiva Bolkenstein”, DO L 376 de 27.12.2006). Se aprecia otro ejemplo de su importancia en los servicios de la sociedad de la información: según el legislador comunitario, el control de estos servicios debe hacerse en el origen de la actividad, para garantizar que se protegen de forma eficaz los intereses generales (*vid.* la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interior, también conocida como “Directiva sobre el comercio electrónico”).

3. En el sector concreto que regula la LGCA, el principio del país de origen implica entonces, por un lado, que corresponde a cada Estado miembro velar “para que todos los servicios de comunicación audiovisual transmitidos por prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción respeten las

normas del ordenamiento jurídico aplicables a los servicios de comunicación audiovisual destinados al público en dicho Estado miembro” (art. 1.3º Directiva 2007/65/CE). Y, por otro lado, que “los Estados miembros garantizarán la libertad de recepción y no obstaculizarán las retransmisiones en su territorio de los servicios de comunicación audiovisual procedentes de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados” (art. 1.4º Directiva 2007/65/CE). Estas dos caras del principio del país de origen abocan a sendos respectivos problemas: por un lado, la sujeción de un prestador de servicios de comunicación audiovisual a la jurisdicción (y, como veremos, a la normativa) de un Estado miembro depende de la determinación del lugar de establecimiento de dicho prestador; por otro lado, la libre prestación de servicios puede estar sujeta a determinadas limitaciones. A estos aspectos se refieren, respectivamente, los arts. 3 y 38–39 LGCA.

4. Así, el art. 3 LGCA distingue dos grupos básicos de supuestos: por un lado, indica los casos en que se considera que un prestador de servicios de comunicación audiovisual está establecido en España, de modo que en las situaciones descritas en los apartados a, b y c del segundo inciso del párrafo primero el servicio queda sujeto a lo dispuesto en la ley española. Por otro lado, se establecen dos casos en los que se considera que un prestador de servicios de comunicación audiovisual, al que no se le aplique lo establecido en los apartados anteriores, está sometido a la jurisdicción española. Esta distinción parece superflua, en el marco de nuestro Derecho interno. La Directiva 2007/65/CE se refiere únicamente al término “jurisdicción” en ambos grupos de supuestos, no a la ley aplicable. De este modo, en los términos de la Directiva, los prestadores de servicios establecidos en un Estado miembro, quedan sometidos a la jurisdicción de dicho Estado. En cambio, en el caso de establecimiento en España, la LGCA sujeta dichos servicios a la ley española, eludiendo aquí el término jurisdicción, que, sin embargo, conserva para el segundo grupo básico de supuestos que hemos indicado. En realidad, tratándose el servicio de comunicación audiovisual de una concesión administrativa, el art. 24 LOPJ, como es sabido, parte de una estricta correlación *forum–ius*, de modo que se atribuye competencia a los tribunales españoles en la medida en que se aplique la ley española. Por tanto, bastaría con indicar, en relación con el segundo grupo de supuestos, que el servicio queda sujeto a la ley española en tales casos, en lugar de incluir lo que parece una norma sobre competencia judicial internacional, para lo cual ya existe en nuestro sistema el mencionado art. 24 LOPJ. El criterio principal elegido para determinar el establecimiento en España es la sede central del prestador en nuestro país, combinado con la toma de las decisiones editoriales también en España. Fuera de ese caso, se valora que España sea, además del lugar de sede central, el lugar de trabajo de una parte significativa del personal; o, en su defecto, que, manteniéndose solamente la sede central en España, la actividad se hubiese iniciado en nuestro país y se mantengan vínculos estables y efectivos con nuestra economía. No obstante, quedan también sujetos a nuestra jurisdicción, aún sin considerarse que tienen establecimiento en España, los prestadores de servicios que utilizan un enlace ascendente con un satélite situado en España o una capacidad de satélite perteneciente a España.

5. Finalmente, como quedó indicado, los arts. 38 y 39 establecen el principio de libertad de prestación de servicio (complemento indispensable de la sujeción al país de origen en esta materia) con las restricciones correspondientes. Así, “se garantiza la libertad de recepción en todo el territorio español de los servicios audiovisuales cuyos titulares se encuentren establecidos en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que no interfieran técnicamente en las emisiones de los prestadores establecidos bajo jurisdicción española. En el ámbito del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza y para canalizar el derecho a la diversidad cultural y lingüística a nivel europeo, en todas las zonas limítrofes con un país de la Unión Europea se posibilitará la emisión y la recepción de programas difundidos mediante ondas hertzianas garantizando para ello una adecuada planificación del espectro radioeléctrico en las zonas transfronterizas”. No obstante, la autoridad audiovisual competente estatal, con carácter excepcional y de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 bis Directiva 89/552, podrá limitar dicha libertad de recepción cuando los servicios audiovisuales infrinjan de manera grave y reiterada lo dispuesto en la legislación española en materia de protección de menores. Además, si el servicio de comunicación audiovisual es a petición, la libertad de recepción podrá limitarse por razones de orden, seguridad o salud públicas, o para proteger a los consumidores. Es decir, se trata de un conjunto muy

reducido de supuestos. Esta regulación es semejante a la ya introducida en nuestro sistema por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, (LSSICE) aunque recientemente alterada por la tristemente célebre “Ley Sinde” (mejor, la Disposición Final 43 Ley 2/2011, de Economía Sostenible; *vid.* sobre esta cuestión M.A. Michinel Álvarez, “La Ley Sinde o el *plus ultra* del principio de territorialidad”, pendiente de publicación en el volumen de 2011 de *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*) que incluyó la propiedad intelectual dentro del mencionado “núcleo duro” de casos. La acreditación de tales medidas deberá efectuarse mediante la instrucción del correspondiente expediente por la autoridad audiovisual competente estatal que, antes de adoptarlas, notificará su intención a la Comisión y al Estado a cuya jurisdicción esté sujeto el prestador de servicios (nótese la pésima la redacción del artículo en este punto). En caso de decisión negativa, se deberá poner fin urgentemente a las medidas de que se trate. Por último, según el art. 39, la autoridad competente estatal podrá adoptar medidas de salvaguarda de la legislación española, de acuerdo con el procedimiento previsto que se acaba de indicar, cuando el prestador de un servicio de comunicación audiovisual establecido en otro Estado de la Unión Europea dirija su servicio total o principalmente al territorio español. Norma que tiene también su paralelo en el artículo 4 inciso segundo de la LSSICE.

Miguel –Ángel MICHINEL ÁLVAREZ

Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Vigo

Real Decreto 459/2010, de 16 de abril, por el que se regulan las condiciones para el reconocimiento de efectos profesionales a títulos extranjeros de especialista en Ciencias de la Salud, obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea

(BOE, 3–V–2010)

Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo

(BOE, 29–IV–2010)

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

(BOE, 23–VI–2010)

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Vigésimo primero. Se modifica el art. 89, que queda redactado como sigue:

“1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la

sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del art. 88 de este Código.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la

comisión de delitos a que se refieren los arts. 312, 313 y 318 bis de este Código”.

Vigésimo segundo. Se modifica el ap. 3 del art. 96, que queda redactado como sigue:

“3. Son medidas no privativas de libertad:

1.ª) La inhabilitación profesional.

2.ª) La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.

3.ª) La libertad vigilada

4.ª) La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

5.ª) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

6.ª) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas”.

Quincuagésimo. Se suprime el ap. 8 del art. 189 y se modifican el primer párrafo y las letras a) y b) del ap. 1 y el primer párrafo del ap. 3, que quedan redactados como sigue:

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

a) El que capture o utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

Centésimo decimotercero. Se modifica el art. 387, que queda redactado como sigue:

“A los efectos del artículo anterior, se entien- de por moneda la metálica y el papel moneda de curso legal. Se equiparán a la moneda nacional

las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras”.

.....
Centésimo trigésimo tercero. Se modifica el art. 445, que tendrá la siguiente redacción:

“1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del ap. 7 del art. 33.

3. A los efectos de este artículo se entiende por funcionario público extranjero:

a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país

extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.

c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública”.

.....
Centésimo cuadragésimo quinto.

Se añade el art. 570 quáter, que queda redactado como sigue:

“1. Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias del art. 31 bis de este Código.

2. Asimismo se impondrá a los responsables de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, además de las penas en ellos previstas, la de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente.

En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.^a del art. 8.

3. Las disposiciones de este Capítulo serán aplicables a toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero.

4. Los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organi-

zaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos”.

Disposición final primera. *Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

Dos. Se modifica el ap. 4 del art. 282 bis, que queda redactado como sigue:

“4. A los efectos señalados en el ap. 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el art. 318 bis del Código Penal.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

(BOE, 3-VII-2010)

Título I
Disposiciones generales

Capítulo I
Las sociedades de capital

Art. 1. Sociedades de capital. 1. Son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones.

2. En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.

3. En la sociedad anónima el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.

4. En la sociedad comanditaria por acciones, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo.

Art. 2. Carácter mercantil. Las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil.

Art. 3. Régimen legal. 1. Las sociedades de capital, en cuanto no se rijan por disposición legal que les sea específicamente aplicable, quedarán sometidas a los preceptos de esta ley.

2. Las sociedades comanditarias por acciones se registrarán por las normas específicamente aplicables a este tipo social y, en lo que no esté en ellas previsto, por lo establecido en esta ley para las sociedades anónimas.

Art. 4. Capital social mínimo. 1. El capital de la sociedad de responsabilidad limitada no podrá ser inferior a tres mil euros y se expresará precisamente en esa moneda.

2. El capital social de la sociedad anónima no podrá ser inferior a sesenta mil euros y se expresará precisamente en esa moneda.

Art. 5. Prohibición de capital inferior al mínimo legal. No se autorizarán escrituras de constitución de sociedad de capital que tengan una cifra de capital social inferior al legalmente establecido, ni escrituras de modificación del capital social que lo dejen reducido por debajo de dicha cifra, salvo que sea consecuencia del cumplimiento de una ley.

Capítulo II
Denominación, nacionalidad y domicilio

Sección 1.ª Denominación

Art. 6. Indicación del tipo social. 1. En la denominación de la sociedad de responsabilidad limitada deberá figurar necesariamente la indicación “Sociedad de Responsabilidad Limitada”, “Sociedad Limitada” o sus abreviaturas “S.R.L.” o “S.L.”.

2. En la denominación de la sociedad anónima deberá figurar necesariamente la indicación “Sociedad Anónima” o su abreviatura “S.A.”.

3. La sociedad comanditaria por acciones podrá utilizar una razón social, con el nombre de todos los socios colectivos, de alguno de ellos o de uno solo, o bien una denominación objetiva, con la necesaria indicación de “Sociedad comanditaria por acciones” o su abreviatura “S. Com. por A.”.

Art. 7. Prohibición de identidad. 1. Las sociedades de capital no podrán adoptar una denominación idéntica a la de cualquier otra sociedad preexistente.

2. Reglamentariamente podrán establecerse ulteriores requisitos para la composición de la denominación social.

Sección 2.ª Nacionalidad

Art. 8. Nacionalidad. Serán españolas y se registrarán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido.

Sección 3.ª Domicilio

Art. 9. Domicilio. 1. Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación.

2. Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España.

Art. 10. Discordancia entre domicilio registral y domicilio real. En caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería según el artículo anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos.

Art. 11. Sucursales. 1. Las sociedades de capital podrán abrir sucursales en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero.

2. Salvo disposición contraria de los estatutos, el órgano de administración será competente para acordar la creación, la supresión o el traslado de las sucursales.

Título IV

Participaciones sociales y acciones

Capítulo VI

Los negocios sobre las propias participaciones y acciones

Sección 5.ª Disposiciones comunes

Art. 158. Aplicación a sociedades extranjeras. Las disposiciones de este capítulo referidas a operaciones que tienen por objeto participaciones o acciones de la sociedad dominante serán de aplicación aun cuando la sociedad que las realice no sea de nacionalidad española.

Título V

La junta general

Capítulo II

Competencia de la junta

Art. 160. Competencia de la junta. Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

f) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.

Capítulo IV

Convocatoria

Art. 173. Forma de la convocatoria. 1. La junta general será convocada mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social.

2. Los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada podrán establecer, en sustitución del sistema anterior, que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en un determinado diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, o por cualquier procedimiento de comunicación, indi-

vidual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro-registro de socios. En caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones.

Capítulo V Junta universal

Art. 178. Junta universal. 1. La junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión.

2. La junta universal podrá reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero.

Capítulo VII Constitución de la junta y adopción de acuerdos

Sección 1.ª Constitución de la junta

Art. 194. Quórum de constitución reforzado en casos especiales. 1. En las sociedades anónimas, para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales, la emisión de obligaciones, la supresión o la limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, así como la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto.

Sección 3.ª Adopción de acuerdos

Subsección 1.ª Mayorías en la sociedad de responsabilidad limitada

Art. 199. Mayoría legal reforzada. Por excepción a lo dispuesto en artículo anterior:

a) El aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

b) La autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social; la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital; la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo y el traslado del domicilio al extranjero, y la exclusión de socios requerirán el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

Título IX Separación y exclusión de socios

Capítulo I La separación de socios

Art. 346. Causas legales de separación.

3. En los casos de transformación de la sociedad y de traslado de domicilio al extranjero los socios tendrán derecho de separación en los términos establecidos en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Título XIII Sociedad anónima europea

Capítulo I Disposiciones generales

Art. 455. Régimen de la sociedad anónima europea. La sociedad anónima europea (SE) que tenga su domicilio en España se regirá por lo establecido en el Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por las disposiciones de este título y por la ley que regula la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas.

Art. 456. Prohibición de identidad de denominaciones. No se podrá inscribir en el Registro Mercantil una sociedad anónima europea que vaya a tener su domicilio en España cuya denominación sea idéntica a la de otra sociedad española preexistente.

Art. 457. Inscripción y publicación de los actos relativos a la sociedad anónima europea. 1. En el Registro Mercantil se depositará el proyecto de constitución de una sociedad anónima europea que vaya a tener su domicilio en España.

2. La constitución y demás actos inscribibles de una sociedad anónima europea que tenga su domicilio en España se inscribirán en el Registro Mercantil conforme a lo dispuesto para las sociedades anónimas.

3. Los actos y datos de una sociedad anónima europea con domicilio en España deberán hacerse públicos en los casos y forma previstos en las disposiciones generales aplicables a las sociedades anónimas.

Capítulo II

Domicilio social y su traslado a otro estado miembro

Art. 458. Domicilio social. La sociedad anónima europea deberá fijar su domicilio en España cuando su administración central se halle dentro del territorio español.

Art. 459. Discordancia entre domicilio registral y domicilio real. Cuando una sociedad anónima europea domiciliada en España deje de tener su administración central en España debe regularizar su situación en el plazo de un año, bien volviendo a implantar su administración central en España, bien trasladando su domicilio social al Estado miembro en el que tenga su administración central.

Art. 460. Procedimiento de la regularización. Las sociedades anónimas europeas que se encuentren en el supuesto descrito en el artículo anterior que no regularicen la situación en el plazo de un año, se deberán disolver conforme al régimen general previsto en esta ley, pudiendo el Gobierno designar a la persona que se encargue de intervenir y presidir la liquidación y de velar por el cumplimiento de la leyes y del estatuto social.

Art. 461. Derecho de separación. En el caso de que una sociedad anónima europea con domi-

cilio en España acuerde su traslado a otro Estado miembro de la Unión Europea, los accionistas que voten en contra del acuerdo de cambio de domicilio podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en esta ley para los casos de separación del socio.

Art. 462. Derecho de oposición de los acreedores. Los acreedores cuyo crédito haya nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de traslado del domicilio social a otro Estado miembro tendrán el derecho de oponerse al traslado en los términos establecidos en esta ley para el derecho de oposición.

Art. 463. Certificación previa al traslado. El registrador mercantil del domicilio social, a la vista de los datos obrantes en el Registro y en la escritura pública de traslado presentada, certificará el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la sociedad antes del traslado.

Art. 464. Oposición al traslado del domicilio a otro Estado miembro. 1. El traslado de domicilio de una sociedad anónima europea registrada en territorio español que suponga un cambio de la legislación aplicable no surtirá efecto si el Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia o de la Comunidad Autónoma donde la sociedad anónima tenga su domicilio social, se opone por razones de interés público.

Cuando la sociedad anónima europea esté sometida a la supervisión de una autoridad de vigilancia, la oposición podrá formularse también por dicha autoridad.

2. Una vez que tenga por efectuado el depósito, el registrador mercantil, en el plazo de cinco días, comunicará al Ministerio de Justicia, a la Comunidad Autónoma donde la sociedad anónima tenga su domicilio social y, en su caso, a la autoridad de vigilancia correspondiente la presentación de un proyecto de traslado de domicilio de una sociedad anónima europea.

3. El acuerdo de oposición al traslado de domicilio habrá de formularse dentro del plazo de los dos meses siguientes a la publicación del proyecto de traslado de domicilio. El acuerdo podrá recurrirse ante la autoridad judicial competente.

Capítulo III Constitución

Sección 1.ª Disposiciones Generales

Art. 465. *Participación de otras sociedades en la constitución de una sociedad anónima europea.* En la constitución de una sociedad anónima europea que se haya de domiciliar en España, además de las sociedades indicadas en el Reglamento (CE) n° 2157/2001, podrán participar las sociedades que, aun cuando no tengan su administración central en la Unión Europea, estén constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tengan en él su domicilio y una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro.

Se presume que existe vinculación efectiva cuando la sociedad tenga un establecimiento en dicho Estado miembro desde el que dirija y realice sus operaciones.

Art. 466. *Oposición a la participación de una sociedad española en la constitución de una sociedad anónima europea mediante fusión.* 1. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia o de la Comunidad Autónoma donde la sociedad anónima tenga su domicilio social, podrá oponerse por razones de interés público a que una sociedad española participe en la constitución mediante fusión de una sociedad anónima europea en otro Estado miembro.

Cuando la sociedad española que participe en la constitución de una sociedad anónima europea mediante fusión esté sometida a la supervisión de una autoridad de vigilancia, la oposición a su participación podrá formularse también por dicha autoridad.

2. Una vez que tenga por efectuado el depósito del proyecto de fusión, el registrador mercantil, en el plazo de cinco días, comunicará al Ministerio de Justicia, a la Comunidad Autónoma donde la sociedad anónima tenga su domicilio social y, en su caso, a la autoridad de vigilancia correspondiente, dicho depósito, para que éstos puedan formular su oposición a la fusión.

3. La oposición habrá de formularse antes de la expedición del certificado a que se refiere el art. 469. El acuerdo de oposición podrá recurrirse ante la autoridad judicial competente.

Sección 2.ª Constitución por fusión

Art. 467. *Nombramiento de experto o expertos que han de informar sobre el proyecto de fusión.* En el supuesto de que una o más sociedades españolas participen en la fusión o cuando la sociedad anónima europea vaya a fijar su domici-

lio en España, el registrador mercantil será la autoridad competente para, previa petición conjunta de las sociedades que se fusionan, designar uno o varios expertos independientes que elaboren el informe único previsto en el art. 22 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

Art. 468. *Derecho de separación de los accionistas.* Los accionistas de las sociedades españolas que voten en contra del acuerdo de una fusión que implique la constitución de una sociedad anónima europea domiciliada en otro Estado miembro podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en esta ley para los casos de separación de socios. Igual derecho tendrán los accionistas de una sociedad española que sea absorbida por una sociedad anónima europea domiciliada en otro Estado miembro.

Art. 469. *Certificación relativa a la sociedad que se fusiona.* El registrador mercantil del domicilio social, a la vista de los datos obrantes en el Registro y en la escritura pública de fusión presentada, certificará el cumplimiento por parte de la sociedad anónima española que se fusiona de todos los actos y trámites previos a la fusión.

Art. 470. *Inscripción de la sociedad resultante de la fusión.* En el caso de que la sociedad anónima europea resultante de la fusión fije su domicilio en España, el registrador mercantil del domicilio social controlará la existencia de los certificados de las autoridades competentes de los países en los que tenían su domicilio las sociedades extranjeras participantes en la fusión y la legalidad del procedimiento en cuanto a la realización de la fusión y la constitución de la sociedad anónima europea.

Sección 3.ª Constitución por holding

Art. 471. *Publicidad del proyecto de constitución.* 1. Los administradores de la sociedad o sociedades españolas que participen en la constitución de una sociedad anónima europea holding deberán depositar en el Registro Mercantil correspondiente el proyecto de constitución de esta sociedad. Una vez que tenga por efectuado el depósito, el registrador comunicará el hecho del depósito y la fecha en que hubiera tenido lugar al registrador mercantil central, para su inmediata publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

2. La junta general que deba pronunciarse sobre la operación no podrá reunirse antes de que haya transcurrido, al menos, el plazo de un mes desde la fecha de la publicación a que se refiere el apartado anterior.

Art. 472. *Nombramiento de experto o expertos que han de informar sobre el proyecto de constitución.* 1. La autoridad competente para el nombramiento de experto o expertos independientes previstos en el ap. 4 del art. 32 del Reglamento (CE) n° 2157/2001 será el registrador mercantil del domicilio de cada sociedad española que promueva la constitución de una sociedad anónima europea holding o del domicilio de la futura sociedad anónima europea.

2. La solicitud de nombramiento de experto o expertos independientes se efectuará conforme a lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil.

Art. 473. Protección de los socios de las sociedades participantes en la constitución.

Los socios de las sociedades promotoras de la constitución de una sociedad anónima europea holding que hubieran votado en contra del acuerdo de su constitución podrán separarse de la sociedad de la que formen parte conforme a lo previsto en esta ley para los casos de separación de socios.

Sección 4.ª Constitución por transformación

Art. 474. Transformación de una sociedad anónima existente en sociedad anónima europea.

En el caso de constitución de una sociedad anónima europea mediante la transformación de una sociedad anónima española, sus administradores redactarán un proyecto de transformación de acuerdo con lo previsto en el Reglamento (CE) n° 2157/2001 y un informe en el que se explicarán y justificarán los aspectos jurídicos y económicos de la transformación y se indicarán las consecuencias que supondrá para los accionistas y para los trabajadores la adopción de la forma de sociedad anónima europea. El proyecto de transformación será depositado en el Registro Mercantil y se publicará conforme a lo establecido en el art. 471.

Art. 475. *Certificación de los expertos.* Uno o más expertos independientes, designados por el registrador mercantil del domicilio de la sociedad que se transforma, certificarán, antes de que se convoque la junta general que ha de aprobar el

proyecto de transformación y los estatutos de la sociedad anónima europea, que esa sociedad dispone de activos netos suficientes, al menos, para la cobertura del capital y de las reservas de la sociedad anónima europea.

Capítulo IV Órganos sociales

Sección 1.ª Sistemas de administración

Art. 476. *Opción estatutaria.* La sociedad anónima europea que se domicilie en España podrá optar por un sistema de administración monista o dual, y lo hará constar en sus estatutos.

Art. 477. *Sistema monista.* En caso de que se opte por un sistema de administración monista, será de aplicación a su órgano de administración lo establecido en la presente ley para los administradores de las sociedades anónimas, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el Reglamento CE 2157/2001, y en la ley que regula la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas.

Sección 2.ª Sistema dual

Art. 478. Órganos del sistema dual. En el caso de que se opte por un sistema de administración dual, existirá una dirección y un Consejo de control.

Art. 479. *Facultades de la dirección.* 1. La gestión y la representación de la sociedad corresponden a la dirección.

2. Cualquier limitación a las facultades de los directores de las sociedades anónimas europeas, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

3. La titularidad y el ámbito del poder de representación de los directores se registrarán conforme a lo dispuesto para los administradores en esta ley.

Art. 480. *Modos de organizar la dirección.* 1. La gestión podrá confiarse, conforme dispongan los estatutos, a un solo director, a varios directores que actúen solidaria o conjuntamente o a un consejo de dirección.

2. Cuando la gestión se confíe conjuntamente a más de dos personas, éstas constituirán el consejo de dirección.

Art. 481. *Composición del consejo de dirección.* El consejo de dirección estará formado por un mínimo de tres miembros y un máximo de siete.

Art. 482. *Determinación del número de los miembros de la dirección.* Los estatutos de la sociedad, cuando no determinen el número concreto, establecerán el número máximo y el mínimo, y las reglas para su determinación.

Art. 483. *Organización, funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos del consejo de dirección.* Salvo lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 2157/2001, la organización, funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos del consejo de dirección se regirá por lo establecido en los estatutos sociales y, en su defecto, por lo previsto en esta ley para el consejo de administración de las sociedades anónimas.

Art. 484. *Límite a la cobertura de vacante en la dirección por un miembro del consejo de control.* La duración del nombramiento de un miembro del Consejo de control para cubrir una vacante de la dirección conforme al art. 39.3 del Reglamento (CE) n° 2157/2001 no será superior al año.

Art. 485. *Funcionamiento del consejo de control.* Será de aplicación al consejo de control lo previsto en esta ley para el funcionamiento del consejo de administración de las sociedades anónimas en cuanto no contradiga lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 2157/2001.

Art. 486. *Nombramiento y revocación de los miembros del consejo de control.* Los miembros del consejo de control serán nombrados y revocados por la junta general, sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 2157/2001, en la ley que regula la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas y de lo establecido en el art. 243.

Art. 487. *Representación frente a los miembros del consejo de control.* La representación de la sociedad frente a los miembros de la dirección corresponde al consejo de control.

Art. 488. *Asistencia de la dirección a las reuniones del consejo de control.* El consejo de control, cuando lo estime conveniente, podrá convocar a los miembros de la dirección para que asistan a sus reuniones con voz pero sin voto.

Art. 489. *Operaciones sometidas a autorización previa del consejo de control.* El consejo de control podrá acordar que determinadas operaciones de la dirección se sometan a su autorización previa. La falta de autorización previa será inoponible a los terceros, salvo que la sociedad pruebe que el tercero hubiera actuado en fraude o con mala fe en perjuicio de la sociedad.

Art. 490. *Responsabilidad de los miembros de los órganos de administración.* Las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de sociedades de capital se aplicarán a los miembros de los órganos de administración, de dirección y del consejo de control en el ámbito de sus respectivas funciones.

Art. 491. *Impugnación de acuerdos de los órganos de administración.* Los miembros de cada órgano colegiado podrán impugnar los acuerdos nulos o anulables del consejo o comisión a que pertenezcan en el plazo de un mes desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital social en el plazo de un mes desde que tuvieron conocimiento de ellos, siempre que no hubiera transcurrido un año desde su adopción.

Sección 3.ª Junta general

Art. 492. *Convocatoria de la junta general en el sistema dual.* 1. En el sistema dual de administración, la competencia para la convocatoria de la junta general corresponde a la dirección. La dirección deberá convocar la junta general cuando lo soliciten accionistas que sean titulares de, al menos, el cinco por ciento del capital social.

2. Si las juntas no fueran convocadas dentro de los plazos establecidos por el Reglamento (CE) n° 2157/2001 o los estatutos, podrán serlo por el consejo de control o, a petición de cualquier socio, por el juez de lo mercantil del domicilio social conforme a lo previsto para las juntas generales en esta ley.

3. El Consejo de control podrá convocar la junta general de accionistas cuando lo estime conveniente para el interés social.

Art. 493. *Plazo de convocatoria de la junta general.* La junta general de la sociedad anónima europea deberá ser convocada por lo menos un mes antes de la fecha fijada para su celebración.

Art. 494. *Inclusión de nuevos asuntos en el orden del día.* Los accionistas minoritarios que sean titulares de, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar la inclusión de asuntos en el orden del día de la junta general ya convocada, así como solicitar la convocatoria de la junta general extraordinaria, conforme a lo establecido en esta ley. El complemento de la convocatoria deberá publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la junta.

patrimonio neto abreviados ni cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas

Subsección 2ª **Especialidades de la memoria**

Art. 525. *Deber de información complementaria.* Las sociedades que hayan emitido valores admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea y que, de acuerdo con la normativa en vigor publiquen únicamente cuentas anuales individuales, estarán obligadas a informar en el memoria de las principales variaciones que se originarían en el patrimonio neto y en la cuenta de pérdidas y ganancias si se hubieran aplicado las normas internacionales de información financiera adoptadas por los Reglamentos de la Unión Europea, indicando los criterios de valoración que hayan aplicado.

Subsección 3ª **Especialidades del informe de gestión**

Art. 526. *Inclusión del informe de gobierno corporativo en el informe de gestión.* Las sociedades que hayan emitido valores admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea incluirán en el informe de gestión, en una sección separada, el informe de gobierno corporativo.

Título XIV **Sociedades anónimas cotizadas**

Capítulo IX **La información societaria**

Sección 1ª **Cuentas anuales**

Subsección 1ª **Cuentas anuales**

Art. 524. *Prohibición de cuentas abreviadas.* Las sociedades cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, no podrán formular balance y estado de cambios en el

NOTA*

1. La LSC, aprobado por el RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio (BOE, 3 –VII–2010), no supone una nueva regulación de las Sociedades Anónimas, de las Sociedades de Responsabilidad Limitada y de las Sociedades Comanditarias por Acciones. El texto refundido es fruto de la habilitación al Gobierno contenida en la disposición final séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE, 4 –IV–2009). De acuerdo con ésta el Gobierno disponía de doce meses para refundir en un único texto titulado “Ley de Sociedades de Capital” la Sección 4ª del Título I del Libro II del Código de Comercio, relativa a las sociedades comanditarias por acciones, el RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Ley de

* Esta nota se enmarca en el Proyecto de Investigación “Interacción entre la autonomía de la voluntad y la protección de los intereses generales en la regulación de la actividad internacional de las sociedades”, financiado por la Subdirección General de Proyectos de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación. Referencia del proyecto: DER2009 –09039 (subprograma JURI). Investigador principal: Dr. Rafael Arenas García. Fecha de inicio: 1 de enero de 2010. Fecha de finalización: 31 de diciembre de 2012

Sociedades Anónimas; la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada y el Título X de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, relativo a sociedades anónimas cotizadas. La habilitación incluye la regularización, aclaración y armonización de los mencionados textos legales; pero sin que puedan modificarse las soluciones legislativas existentes, tal como recuerda el apartado II de la Exposición de Motivos del RD Legislativo 1/2010 (“Naturalmente, el Texto Refundido contiene la integridad de lo que se refunde. Ni se han suprimido aquellas partes que la experiencia ha podido evidenciar obsoletas; ni se han modificado las soluciones arbitradas por la ley aunque la práctica haya puesto en duda la eficiencia y destacado el coste de aplicación; ni se han incorporado reglas que todavía no han alcanzado reconocimiento legislativo anticipando la previsible solución”).

Así pues, la LSC no pretende una renovación de nuestro Derecho de sociedades de capital, sino la presentación en un solo Texto de normas dispersas estructurando lo ya existente y eliminando incoherencias o errores en la regulación. Tal como veremos, sin embargo, y desde la perspectiva que aquí interesa, el DIPr de sociedades, en algún supuesto la LSC supone un cambio substancial respecto a la situación anterior. Destacaremos estos cambios teniendo en cuenta, además, que la LSC opera sobre un sistema que había sido profundamente modificado por la Ley de Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles (LME), Ley 3/2009 (sobre esta *vid* M. Gardeñes Santiago, D. Sancho Villa y C. Upegui Villegas, “La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y el Derecho internacional privado de sociedades”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 595–625). Tal como veremos, existen algunas relaciones relevantes entre ambos textos, la LSC y la LME.

2. Era habitual que en DIPr de sociedades la referencia conjunta a los arts. 5 y 6 LSA, y 6 y 7 LSRL, que con un contenido prácticamente idéntico se ocupaban de la nacionalidad y domicilio de las SA y las SRL respectivamente. La LSC ofrece ahora una regulación única para todas las sociedades de capital; regulación que, como no podía ser de otra forma, reproduce la ya existente. Así, el art. 8 LSC establece que serán españolas y se regirán por la LSC las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español con independencia del lugar de constitución. El art. 9, por su parte, establece la obligación de que el domicilio se fije en el lugar en el que se encuentra el centro de la efectiva administración o dirección o en el que radique su principal establecimiento o explotación; se prevé también que resulta obligado que las sociedades que tengan su principal establecimiento o explotación en España tengan su domicilio en territorio español (art. 9.2º LSC). El art. 10 prevé, como lo hacía también la regulación anterior, que en caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería según el artículo anterior los terceros podrían considerar como domicilio cualquiera de ellos. Finalmente, el art. 11 LSC prevé que las sociedades de capital puedan abrir sucursales en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero, posibilidad que se encontraba recogida expresamente en el art. 8 LSRL; pero no en la LSA; aunque ninguna duda cabía sobre la posibilidad de que las SA españolas abriesen sucursales en el extranjero.

El régimen sustantivo sobre la nacionalidad, domicilio y sucursales de las sociedades de capital no se ve modificado por el Texto refundido de la LSC; ni siquiera en lo que se refiere a las sociedades comanditarias por acciones, ya que, pese a que tales sociedades se encontraban reguladas en el C. de c., donde no existía una regulación específica sobre nacionalidad y domicilio de las sociedades, también se preveía (art. 152) que a la sociedad en comandita por acciones se le aplicara la Ley de Sociedades Anónimas en todo lo que no resultare incompatible con la regulación específica contenida en la Sección 4ª del Título I del Libro II del Ccom (“De las sociedades en comandita por acciones”).

3. La LSC, al igual que con anterioridad la LSA limita la posibilidad de que las sociedades negocien sobre sus propias participaciones y acciones; esta limitación se extiende también a las acciones y participaciones de la sociedad dominante (art. 134 LSC). El art. 158 LSC establece que las disposiciones relativas a estas operaciones son de aplicación incluso cuando la sociedad que las realice no sea de nacionalidad española. Reproduce aquí la LSC la dicción del art. 87.3º LSA en la redacción dada por la Disp. Adicional 2.10 Ley 2/1995, de 23 de marzo. De acuerdo con la literalidad de este precepto, en el caso de que una sociedad no española realice operaciones respecto a las acciones o participaciones de su sociedad dominante, las limitaciones o prohibiciones previstas en la LSC resultarán aplicables si la sociedad dominante es española, pese al carácter extranjero de la sociedad que realice la operación. Las

limitaciones también operarán en el caso de que la sociedad que realice tales operaciones sea española, incluso aunque la sociedad dominante sea extranjera; ya que a las sociedades españolas se les aplica la LSC sin necesidad de ninguna previsión específica. La previsión del art. 158 LSC es necesaria, sin embargo, toda vez que de acuerdo con la regla general a las sociedades extranjeras no se les aplica el Derecho español en materia de sociedades, sin que esta no aplicación sea alterada por la circunstancia de que la sociedad dominante de la extranjera sea española. La naturaleza de la regulación de las operaciones sobre acciones y participaciones propias y de la sociedad dominante exige que tal regulación se aplique también cuando se pretende utilizar una filial extranjera para conseguir la negociación sobre las acciones y participaciones propias, lo que justifica en este caso la extensión de la aplicación del Derecho societario español.

Me plantea alguna duda, sin embargo, esta extensión en la aplicación del Derecho español cuando afecte a sociedades constituidas de acuerdo con lo previsto en el Derecho de otros Estados miembros de la UE o delEEE. En este caso podría plantearse que la libertad de establecimiento, tal como ha sido interpretada por el TJUE, sería susceptible de establecer un límite a la aplicación de un Derecho que no sea el del Estado en el que se ha constituido la sociedad (*vid.* R. Arenas García, “Sombras y luces en la jurisprudencia del TJUE en materia de DIPr de sociedades”, en C. Espluges Mota y G. Palao Moreno (eds.), *Europa en su laberinto. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhíques*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, en prensa, esp. ap. V.B). No es éste, sin embargo, el lugar en el que desarrollar estas dudas, bastando aquí con apuntar que, pese a que el TJ no se ha manifestado sobre este problema (lo que deja abierto el debate), la doctrina sentada en materia de ley aplicable a la responsabilidad de los administradores en su Sent. de 30 de septiembre de 2003 (as. C – 167/01: *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam y Inspire Art Ltd.*) podría conducir a interpretar que tan solo es legítimo considerar las limitaciones a los negocios sobre acciones y participaciones de la sociedad dominante previstos en el Derecho de acuerdo con el cual se ha constituido la sociedad.

4. La LSC ha resuelto algunos problemas que podían darse en la transferencia internacional del domicilio social. La LME había incluido un régimen que facilitaba el traslado del domicilio estatutario de sociedades españolas al extranjero; pero la concreción de dicho traslado aún planteaba algunos problemas, en concreto en la transferencia del domicilio de las SRL. La LME había derogado la exigencia, contenida previamente en el art. 149 LSA, de que un convenio internacional permitiera el cambio de domicilio de la sociedad. De esta forma, tan sólo era preciso para admitir el cambio de domicilio al extranjero que el Derecho del Estado al que pretendía trasladarse el domicilio admitiera esta operación con mantenimiento de la personalidad jurídica (art. 93 LME). La Ley 3/2009 se olvida, sin embargo, de eliminar esta exigencia de convenio en el art. 72.2º LSRL. Ciertamente, podría interpretarse que se trataba de un *lapsus calami* (*vid.* en este sentido M. Sánchez Álvarez, “Traslado a España de sociedad extranjera. Traslado al extranjero de sociedad española. Proyecto de traslado. Informe de los administradores. Depósito del proyecto”, en F. Rodríguez Artigas (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Navarra, Thomson/Reuters, 2009, t. II, pp. 51–84, p. 58); pero la literalidad de la ley no apoyaba esta interpretación, por lo que se mantenían las dudas acerca de si en el caso de las SRL solamente en el caso de que hubiera un convenio internacional que permitiera el traslado de domicilio éste era posible. La LSC acaba con estas dudas porque no reproduce la exigencia del art. 72.2º LSRL, confirmando, por tanto, que la no eliminación del requisito en la LME fue, efectivamente, un *lapsus calami*.

La LSC hace explícito que la Junta General deberá pronunciarse sobre el acuerdo de traslado del domicilio al extranjero (art. 160.f), lo que ya resultaba de la regulación anterior, toda vez que se trataba de una modificación estatutaria y de acuerdo con el art. 144 LSA tales modificaciones debían ser adoptadas por la junta general (en el mismo sentido *vid.* el art. 44.d) LSRL). En la LSC el art. 160 establece la necesidad de que la junta se pronuncie sobre el traslado fuera de España del domicilio de la sociedad. Se fijan además las mayorías necesarias para la adopción del acuerdo. En el caso de las SRL el art. 199 LSC establece que la modificación de los estatutos sociales requerirá el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social. Además, cabe la posibilidad de que los estatutos sociales amplíen este porcentaje de votos, aunque sin llegar a la una-

nimidad. En lo que se refiere a la SA, el art. 194 LSCA prevé que la adopción de varios acuerdos, entre los que se incluye el traslado del domicilio al extranjero, exige en primera convocatoria la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto. Si se da este quórum la adopción del acuerdo de traslado de domicilio podrá adoptarse por mayoría de los votos de los accionistas presentes o representados. Ahora bien, de no alcanzarse el quórum mencionado, la adopción del acuerdo de traslado al extranjero del domicilio social (al igual que el resto de acuerdos incluidos en el art. 194 LSC) solamente podrá adoptarse con el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta; siempre que en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho a voto sin alcanzar el cincuenta por ciento. De alcanzarse este cincuenta por ciento hemos de interpretar que bastará la mayoría de los votos de los accionistas presentes o representados. En el caso de las sociedades comanditarias por acciones el régimen de adopción del acuerdo de transferencia del domicilio social al extranjero será el mismo que en las SA, tal como establece el art. 288.2º LSC (“En las sociedades anónimas y comanditarias por acciones el acuerdo de modificación de los estatutos sociales se adoptará conforme a lo dispuesto en los arts. 194 y 201”).

Finalmente, ha de señalarse que el art. 347 LSC establece para todas las sociedades de capital el derecho de separación de los socios, en los términos establecidos en la Ley 3/2009, para el caso de traslado de domicilio al extranjero. En la LME se establecía que el derecho de separación se habría de ejercer según lo previsto en la LSRL (art. 99 LME). Ahora tendremos que entender que dicha remisión se realiza al Capítulo I del Título IX de la LSC, que es donde se regula la separación de los socios.

5. La LSC incluye también alguna previsión en relación a la convocatoria de Junta que tiene en cuenta las particularidades de los supuestos conectados con más de un ordenamiento. Así, el art. 173.2º LSC se prevé que es posible que los estatutos de las SRL limiten la convocatoria individual para la junta a los socios que hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones y el art. 178 LSC establece que la junta universal puede reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero. El art. 173.2º LSC recoge lo que ya establecía el art. 46.2º LSRL y el 178 LSC lo previsto en el art. 48 LSRL, extendiendo a todas las sociedades de capital lo que explícitamente solamente se preveía para las SRL; aunque ninguna debía existir sobre la posibilidad de que también la junta universal de las SA pudiera celebrarse en el extranjero.

Nada se prevé sobre la posibilidad de que las juntas diferentes de la universal puedan celebrarse en el extranjero; pero no debería existir inconveniente para ello, siempre que los estatutos así lo permitan. En caso de que los estatutos no regulen este extremo la junta deberá necesariamente celebrarse en el término municipal donde se encuentra el domicilio de la sociedad, tal como establece el art. 175 LSC.

6. Aparte de los aspectos que han sido reseñados en los números anteriores, la LSC presenta un interés especial para el DIPr de sociedades por incluir en su Título XIII el régimen de la SE domiciliada en España; régimen que se encontraba contenido en el Capítulo XII LSA. Ninguna novedad substancial incorpora aquí la LSC respecto a la regulación existente, limitándose la LSC a cambiar la ubicación de determinados preceptos; así, por ejemplo, la prohibición de que la denominación de una SE domiciliada en España coincida con el de una sociedad española ya existente se ubica en el comienzo de la regulación (art. 456, el segundo del Título XIII LSC), mientras que en la LSA esta prohibición se encontraba en el ap. 4 del art. 314, dentro del artículo dedicado al régimen de la inscripción y publicación de los actos relativos a la sociedad anónima europea.

Ciertamente, no era posible abordar en la LSC, dada la limitación de la habilitación al gobierno para su elaboración, los cambios que precisa la regulación de la SA domiciliada en España, incorporando, además, lo que resulta necesario en relación a supuestos en los que la SA se encuentra domiciliada en el extranjero pero presenta vínculos con nuestro país (*vid.* sobre los problemas que pueden plantearse en estos supuestos la Res. DGRN 22 de enero de 2008, RJ 2008\2093, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 1216–1217 y observaciones de R. Arenas García, *ibid.*, pp. 1217\1220); por lo que deberá dejarse para otra ocasión abordar las modificaciones que resulten necesarias en cuestiones tales como el régimen de la SA domiciliada en España que tiene su administración central en otro Estado, diferenciando, quizás, entre

los casos en los que dicha administración central se encuentra en otro Estado miembro de la UE y los supuestos en los que se ubica en un tercer Estado; la participación de sociedades españolas en la constitución de una SE holding con domicilio en otro Estado miembro de la UE y el régimen de la transferencia internacional del domicilio de las SE domiciliadas en España o que pretenden trasladar su domicilio a España. Se trata de operaciones que precisan de una mejora de la normativa legal existente, resultando insuficientes las modificaciones introducidas en relación a algunos de estos problemas en el RRM (*vid.* R. Arenas García, “Nota al Real Decreto 659/2007, de 25 de mayo, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, para su adaptación a las disposiciones de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 764–767). De todas formas, es bueno recordar que, tal como precisa la propia Exposición de Motivos de la LSC (ap. V), ésta nace con “vocación provisional”, debiendo abordarse en un futuro cercano las necesarias reformas de nuestro Derecho de sociedades.

7. El Título XIV de la LSC se ocupa de las sociedades anónimas cotizadas. El régimen allí establecido tiene pleno sentido cuando nos encontramos ante sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho español y que cotizan en un mercado secundario español; pero no puede desconocerse que pueden darse supuestos en los que la coincidencia entre el Estado de constitución de la sociedad y el Estado de cotización no se dé. Ninguna referencia a estos casos encontramos en este Título XIV, excepción hecha de las previsiones de los arts. 524, 525 y 526; que establecen que no podrán formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados ni cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas las sociedades “cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea” (art. 524). Estas mismas sociedades, las que hayan emitido valores admitidos a cotización en cualquier Estado miembro de la UE, en el caso de que publiquen únicamente cuentas anuales individuales deberán informar en la memoria de las principales variaciones que se originarían en el patrimonio neto y en la cuenta de pérdidas y ganancias si se hubieran aplicado las normas internacionales de información financiera adoptadas por los Reglamentos de la Unión Europea, indicando necesariamente los criterios de valoración que se hayan aplicado (art. 525). Finalmente, estas sociedades deben igualmente incluir en su informe de gestión el informe de gobierno corporativo que, además, ha de figurar en un sección separada (art. 526).

Fuera de estas referencias de los arts. 524, 525 y 526 nada se indica respecto del alcance de la regulación sobre sociedades cotizadas en los supuestos internacionales. De acuerdo con una interpretación literal deberíamos entender que lo previsto en el mencionado Título afecta a las sociedades de capital españolas; esto es, domiciliadas en España y, por tanto, constituidas de acuerdo con el Derecho español. Esta lectura es la que se ajusta a la proyección sobre este Título XIV de las normas generales sobre ámbito de aplicación de la ley que se recogen en el art. 8 de la Ley (“Serán españolas y se registrarán por la presente Ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido”). De esta forma, este Título XIV se aplicaría a todas las sociedades españolas cuyas acciones cotizan en mercados secundarios oficiales de valores, tanto españoles como extranjeros (*vid.* sobre esta posibilidad, la de que las normas sobre sociedades cotizadas de un determinado ordenamiento se apliquen a las sociedades constituidas de acuerdo con dicho ordenamiento incluso aunque coticen en un mercado extranjero, F.J. Garcimartín Alférez, “Cross –border listed companies”, *R. des C.*, t. 328, 2007, pp. 9–173, p. 115; M.V. Benedettelli, “Corporate Governance, Mercati Finanziari e Diritto Internazionale Privato”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1998, pp. 713–744, p. 721); no aplicándose a las sociedades extranjeras que coticen en mercados españoles. Ahora bien, esta solución se compadece mal con el principio de que cada país organiza su propio mercado, lo que conduce a la aplicación de las normas nacionales sobre el mercado a todos los que participen en él (*cf.* F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, p. 77), lo que exigiría que las sociedades que cotizasen en los mercados secundarios españoles hubieran de cumplir con las exigencias contenidas en el Título XIV de la LSC. En este caso la inexistencia de una regulación específica del ámbito de aplicación perjudica la interpretación de las disposiciones sobre sociedades anónimas cotizadas. Quizás hubiera resultado conveniente reproducir en la LSC las normas que contiene la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio, en adelante LMV) y que prevén la aplicación de esta Ley de los sistemas españoles de negociación de instrumentos

financieros (art. 1), aplicándose la Ley “a todos los valores cuya emisión, negociación o comercialización tengan lugar en el territorio nacional” (art. 3). Pese a que no se determine expresamente a qué sociedades se aplica la LMV de estos arts. 1 y 3 podría deducirse que se aplica a las sociedades que emiten valores que se negocian en mercados españoles. De forma quizás un tanto forzada ésta es también la interpretación que debe mantenerse en relación al Título XIV de la LSC, extendiéndose, por tanto, su aplicación también a las sociedades extranjeras que cotizan en los mercados españoles.

Esta aplicación del Derecho español a sociedades extranjeras no deja, sin embargo, de plantear problemas; sobre todo en lo que se refiere a los aspectos más específicamente societarios de la regulación. Ahora bien, este no es un problema original, ya que la interrelación entre la *lex societatis* y la *lex mercatus* es uno de los problemas clásicos en el DIPr de sociedades (vid. D. Zimmer, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1996, pp. 75 –120). La necesidad de cumplir simultáneamente con las previsiones del Derecho rector de la sociedad y del mercado en el que se cotiza conducen a ciertos conflictos que deben ser resueltos mediante distintas técnicas, entre las que la adaptación juega un papel fundamental (vid. F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, pp. 113 –136, esp. p. 116).

8. En definitiva, la LSC ofrece la ventaja de incluir en un solo texto normativa que, pese a sus evidentes vínculos, hasta ahora estaba dispersa en una pluralidad de normas diferentes. La sistematización ha permitido resolver algunos problemas que habían quedado pendientes tras la LME; en concreto, ha sido aprovechada para eliminar definitivamente el requisito de la existencia de un convenio internacional para que una sociedad española pueda transferir su domicilio al extranjero. Aparte de esto no se observan cambios significativos en la regulación (lo que no estaría amparado por la habilitación concedida al Gobierno), aunque desde la perspectiva del DIPr sí que merece la pena destacarse cómo en algunos artículos han desaparecido las referencias existentes a la necesidad de hacer constar la nacionalidad en la identificación de las personas (vid. los arts. 22 LSC y 8 LSA; 215 LSC y 125 LSA; vid. sin embargo cómo se mantiene esta referencia en el art. 42 LSC, equivalente al art. 20 LSA; en el art. 46 LSC, equivalente al 24 LSA; 116 LSC, equivalente al 55 LSA; y en el 309 LSC, equivalente al 160 LSA). La imposibilidad de introducir cambios sustanciales en la regulación no permitía abordar una revisión del régimen de las SE que deberá esperar otra ocasión. Finalmente, hubiera resultado conveniente haber explicitado el ámbito de aplicación del Título XIV, sobre sociedades anónimas cotizadas, determinando si se aplica no solamente a las sociedades españolas que coticen en mercados españoles, sino también a las sociedades españolas que cotizan en mercados extranjeros y a las sociedades extranjeras que cotizan en mercados españoles.

Rafael ARENAS GARCÍA

Catedrático de Derecho internacional privado
Universitat Autònoma de Barcelona

Real Decreto 1002/2010, de 5 de agosto, sobre expedición de títulos universitarios oficiales

(BOE, 6-VIII-2010)

Capítulo I

Normas generales

Art. 1. Objeto. 1. El presente real decreto tiene por objeto la regulación de los requisitos y el procedimiento para la expedición de los títulos correspondientes a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado, Máster y Doctorado, en cumplimiento de lo establecido en el art. 3.2 del

Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales.

2. Asimismo mediante esta norma se establecen las condiciones y el procedimiento por el que las universidades españolas podrán expedir el Suplemento Europeo al Título de dichas enseñanzas, con el fin de promover la movilidad de

titulados en el espacio europeo de educación superior.

Art. 2. *Ámbito de aplicación.* Las disposiciones contenidas en el presente real decreto serán de aplicación a la expedición de títulos universitarios oficiales en todo el territorio nacional por las universidades españolas públicas y privadas, así como de los suplementos europeos a dichos títulos.

Art. 3. *Títulos oficiales.* 1. Los títulos oficiales a los que hace referencia el art. 1 son los de Graduado o Graduada, Máster Universitario y Doctor o Doctora, referidos respectivamente a la superación del primero, segundo y tercer ciclo de los estudios universitarios.

2. Dichos títulos serán expedidos, en nombre del Rey, por el Rector o Rectores de la Universidad o Universidades correspondientes, de acuerdo con los requisitos que respecto a su formato, texto y procedimiento de expedición se establecen en la presente norma.

3. Los títulos universitarios oficiales 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.

4. Los títulos universitarios oficiales, expedidos de conformidad con lo previsto en este real decreto, surtirán efectos plenos desde la fecha de la completa finalización de los estudios correspondientes a su obtención.

Capítulo II

Expedición de títulos universitarios oficiales de grado

Art. 7. *Expedición de Títulos Conjuntos de Grado obtenidos tras la superación de un plan de estudios conjunto entre universidades españolas y extranjeras.* 1. La expedición de los títulos conjuntos de Grado obtenidos tras la superación de un plan de estudios conjunto entre universidades españolas y extranjeras de conformidad con lo previsto en el art. 3.4 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, se regirá además de por lo dispuesto en el presente Real Decreto, por lo establecido en el Convenio que a estos efectos hayan suscrito las respectivas universidades que,

en todo caso, deberá cumplir los requisitos que se establecen en los siguientes apartados.

2. La denominación de estos títulos será: Graduado o Graduada en T con Mención, en su caso, en M, por las Universidades UU, siendo T el nombre específico del título, M el correspondiente a la Mención y UU la denominación de las Universidades españolas y extranjeras participantes en el plan de estudios conjunto. Los títulos conjuntos de Grado se expedirán con la denominación que, en cada caso, figure en el Registro de Universidades, Centros y Títulos. Dicha denominación quedará reservada en exclusiva para cada uno de ellos.

3. El Convenio a que se refiere el ap. 1 anterior deberá especificar cuál será la universidad responsable de la expedición material y registro del título:

a) Cuando el Convenio estipule que el título será expedido por la universidad o universidades españolas, el título se expedirá de acuerdo con lo establecido en el presente Real Decreto, e incorporará mención expresa del plan de estudios conjunto que confiere el derecho a su obtención, según modelos establecidos en los Anexos III.A y III.B de este Real Decreto. En este supuesto los expedientes serán custodiados por la universidad española que corresponda según lo establecido en el Convenio.

b) Cuando, de acuerdo con lo estipulado en el convenio la expedición del título le corresponda a la universidad extranjera, para surtir efectos en España, el título deberá ser presentado ante una de las universidades españolas firmantes del Convenio, para que ésta incluya una diligencia señalando el título oficial de Grado que corresponda y proceda a los trámites necesarios para su anotación en el Registro Nacional de Titulados Universitarios Oficiales, según modelo establecido en el Anexo X.

Capítulo III

Expedición de títulos oficiales de Máster universitario

Art. 10. *Expedición de Títulos Conjuntos de Máster Universitario obtenidos tras la superación de un plan de estudios conjunto entre universidades españolas y extranjeras.* 1. La expedi-

ción de títulos conjuntos de Máster Universitario obtenidos tras la superación de un plan de estudios conjunto entre universidades españolas y extranjeras, de conformidad con lo previsto en el art. 3.4 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, se registrará además de por lo dispuesto en el presente Real Decreto, por lo establecido en el Convenio que a esos efectos hayan suscrito las respectivas universidades que, en todo caso, deberá cumplir los requisitos que se establecen en los siguientes apartados.

2. La denominación de estos títulos será: Máster Universitario en T, en su caso, en la especialidad de E, por las Universidades UU, siendo T el nombre específico del título, E de la especialidad y UU la denominación de las Universidades españolas y extranjeras participantes en el plan de estudios conjunto. Los títulos conjuntos de Máster Universitario se expedirán con la denominación que, en cada caso, figure en el Registro de Universidades, Centros y Títulos. Dicha denominación quedará reservada en exclusiva para cada uno de ellos.

3) El Convenio a que se refiere el ap. 1 anterior deberá especificar cuál será la universidad responsable de la expedición material y registro del título:

a) Cuando el Convenio estipule que el título será expedido por la universidad o universidades españolas, el título se expedirá de acuerdo con lo establecido en el presente Real Decreto, e incorporará mención expresa del plan de estudios conjunto que da derecho a su obtención, según modelo establecido en el Anexo VI de este real decreto. En este supuesto los expedientes serán custodiados por la universidad española que corresponda según lo establecido en el Convenio.

b) Cuando, de acuerdo con lo estipulado en el convenio la expedición del título le corresponda a la universidad extranjera, para surtir efectos en España, el título deberá ser presentado ante una de las universidades españolas firmantes del Convenio, para que ésta incluya una diligencia señalando el título oficial de Máster Universitario que corresponda y proceda a los trámites necesarios para su anotación en el Registro Nacional de Titulados Universitarios Oficiales, según modelo establecido en el Anexo X.

Expedición de títulos oficiales de doctor

Art. 13. *Expedición de Títulos Conjuntos de Doctor obtenidos tras la superación de un programa conjunto entre universidades españolas y extranjeras.* 1. La expedición de los títulos conjuntos de Doctor obtenidos tras la superación de un programa de doctorado conjunto entre dos o más universidades españolas y extranjeras, de conformidad con lo previsto en el art. 3.4 del Real Decreto 1393/2007 se registrará, además de por lo dispuesto en el presente real decreto, por lo establecido en el Convenio que a esos efectos hayan suscrito las respectivas universidades que, en todo caso, deberá cumplir los requisitos que se establecen en los siguientes apartados.

2. La denominación de estos títulos será: Doctor o Doctora por las Universidades UU, siendo UU la denominación de las Universidades españolas y extranjeras participantes en el programa conjunto, e incluirá información que especifique el campo de conocimiento sobre la el que se ha elaborado la tesis doctoral. Los títulos conjuntos de Doctor se expedirán con la denominación que, en cada caso, figure en el Registro de Universidades, Centros y Títulos. Dicha denominación quedará reservada en exclusiva para cada uno de ellos.

3. El Convenio a que se refiere el ap. 1 anterior deberá especificar cuál será la universidad responsable de la expedición material y registro del título:

a) Cuando el Convenio estipule que el título será expedido por la universidad o universidades españolas, el título se expedirá de acuerdo con lo establecido en el presente Real Decreto, e incorporará mención expresa del programa de doctorado conjunto que da derecho a su obtención, según modelo establecido en el Anexo IX de este real decreto. En este supuesto los expedientes serán custodiados por la universidad española que corresponda según lo establecido en el Convenio.

b) Cuando, de acuerdo con lo estipulado en el convenio la expedición del título le corresponda a la universidad extranjera, para surtir efectos en España, el título deberá ser presentado ante una de las universidades españolas firmantes del Convenio, para que ésta incluya una diligencia señalando el título oficial de Doctor que corresponda y proceda a los trámites necesarios para su

Capítulo IV

anotación en el Registro Nacional de Titulados do en el Anexo X.
Universitarios Oficiales, según modelo estableci-

NOTA

Para quienes la hemos leído, la Declaración conjunta de los Ministros Europeos de Educación de 19 de junio de 1999 (Declaración de Bolonia) plantea unos objetivos que, sintéticamente (la declaración mencionada es también muy sintética, ocupa dos caras de folio) se concretan en un sistema homogéneo de ciclos académicos universitarios (pregrado, grado, maestría y doctorado); establecimiento de un sistema de contabilidad académica basado en los créditos; promoción de la movilidad; promoción de la cooperación europea para asegurar la calidad y promoción de las dimensiones europeas en educación superior.

Frente a esta escueta (que no insustancial) declaración, el Estado español optó, y cito literalmente, por “realizar una profunda modernización de la universidad española” (*vid.* Exposición de motivos del RD 1393/2007). Desde aquél momento la universidad española soporta perpleja e incluso impulsa de forma impotente los cambios de títulos académicos, de planes de estudios, de organización de las enseñanzas y de la metodología docente; asume un incremento exponencial de las tareas de gestión para la implementación de todo ello, y lo lleva a cabo sumida en una profunda disminución de recursos; añadiendo a todo ello una exigencia de excelencia en la función docente, investigadora y de gestión.

Y es que es en el año 2007, cuando el legislador español abrió el camino de una importante convulsión en la universidad española para conseguir la modernización antes señalada, probablemente partiendo de la identificación entre modernidad y calidad y eficiencia, identificación no necesariamente contrastada desde una perspectiva científica. A tal efecto, en el mes de abril, a través de la LO 4/2007 modifica la LO 6/2001, y así pasamos de la LOU a la LOMLOU. Posteriormente, en el mes de octubre del mismo año dicta el RD 1393/2007, de 29 de octubre, mediante el cual estructura y ordena el nuevo sistema de enseñanza universitaria, distinguiendo entre enseñanzas de grado, de master y de doctorado. Esta normativa se modificará posteriormente mediante el RD 861/2010 de 2 de julio, con el objetivo de “introducir los ajustes necesarios a fin de garantizar una mayor fluidez y eficacia en los criterios y procedimientos establecidos por el anteriormente citado RD”.

El siguiente paso en esta secuencia normativa, y avanzando en la implementación del nuevo y moderno sistema universitario español, ha sido el RD 1002/2010, de 10 de agosto, sobre expedición de títulos universitarios oficiales. Efectivamente, una vez diseñado el modelo de enseñanzas universitarias, debía procederse a la regulación de la expedición de los títulos que las acreditan, extremo que lleva a cabo dicho R.D. Esta normativa, en la línea del RD 1393/2007, articula la expedición de tres títulos universitarios distintos: grado, master y doctorado, a la vez que establece las condiciones al Suplemento Europeo al Título de dichas enseñanzas, y que se regula en el RD 1044/2003, de 1 de agosto.

Pero estos títulos, que habitualmente serán expedidos por universidades españolas para acreditar la superación de los estudios universitarios españoles de los que proceden, pueden tener su origen en planes de estudios o programas conjuntos entre universidades españolas y extranjeras, y dar lugar a títulos conjuntos de grado, de master o de doctorado. Esto es lo que se regula en los arts. 7, 10 y 13 de dicho RD, titulando con ello las enseñanzas conjuntas reguladas en el art. 3.4º RD de 2007. Y esta es probablemente una de las partes más fieles a la Declaración de Bolonia de 1999, cumpliendo con ello varios de los objetivos de dicha declaración, entre los que podemos contar la promoción de la movilidad, la cooperación entre instituciones o la promoción de las dimensiones europeas en esquemas de movilidad y programas de estudio.

Si nos centramos en la regulación de la expedición de los títulos universitarios conjuntos, derivados de los planes de estudios y programas conjuntos, la regulación queda como sigue:

– estos títulos conjuntos de grado, de master o de doctorado son fruto de la formación universitaria procedente de planes de estudios y programas conjuntos conveniados entre una o más universidades

españolas, y una o más universidades extranjeras, sin que estas universidades extranjeras deban pertenecer necesariamente a algún país miembro de la UE.

– los títulos deberán acreditar el ciclo (grado, master o doctorado), la disciplina o la rama de conocimiento de la formación universitaria a la que se refieren, las universidades participantes y la mención o especialidad, si las hay

– los títulos podrán ser expedidos por las universidades españolas o por las universidades extranjeras participantes en el convenio, en función de lo que en esta cuestión se haya previsto en el propio convenio. Si la expedición corre a cargo de la universidad española, deberá realizarse conforme a lo previsto en el RD 1002/2010. Por el contrario, si la expedición corre a cargo de la universidad extranjera, el RD contempla los requisitos para su eficacia en España, y en este sentido establece que el título expedido en el extranjero deberá presentarse ante una de las universidades españolas firmantes del convenio para que incluya el título oficial español que le resulte de referencia, y lo tramite para su anotación en el Registro Nacional de Titulados Universitarios Oficiales.

Finalmente, debemos incidir en que lo que regula el R.D. 1002/2010 es la expedición de títulos conjuntos procedentes de planes de estudios conjuntos. Esta situación comporta que hay un solo y mismo título expedido por una de las diversas universidades participantes en dichas enseñanzas, que comparten plan de estudios o programa de doctorado. Ello debe diferenciarse de la simultaneidad de estudios que da lugar a la simultaneidad de títulos, y que se produce en aquellos supuestos en que, partiendo también de un convenio, los estudiantes cursan parte de sus materias en la universidad española, conforme al plan de estudios español, y parte de sus materias en la universidad extranjera, conforme al plan de estudios extranjero, convalidando en cada una de estas universidades las materias cursadas en la otra. De esta forma, cada estudiante obtiene para cada una de las universidades participantes el total de créditos necesarios para la titulación según su derecho interno, lo que le habilita para obtener el título de cada universidad y país en la materia de que se trate.

José M^a de DIOS MARCER

Profesor titular de Derecho internacional privado
Universidad Autónoma de Barcelona

Real Decreto 1737/2010, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles

(BOE, 30–XII–2010)

Reglamento por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles.

Artículo único. *Aprobación del Reglamento por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles.*

Se aprueba el Reglamento por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles, en los términos que se insertan en el Anexo de este Real Decreto.

ANEXO

Art. 1. Objeto. Este reglamento tiene por objeto regular las inspecciones de buques extranjeros en aguas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, con el fin de reducir significativamente el número de buques que incumplan las normas mediante la aplicación de las siguientes medidas:

a) la exigencia de un cumplimiento riguroso de la normativa internacional y comunitaria sobre seguridad marítima, protección marítima, protección del medio ambiente marino y condiciones de

vida y de trabajo a bordo de los buques de cualquier pabellón.

b) el establecimiento de criterios comunes para el control de los buques y la armonización de los procedimientos de su inspección e inmovilización, aprovechando los conocimientos y la experiencia adquiridos en el marco del Memorando de acuerdo de París.

c) la aplicación de un sistema de control de buques, basado en las inspecciones realizadas en la Unión Europea y en la región del Memorando de acuerdo de París, en el que todos los buques sean inspeccionados con una frecuencia y detalle acorde con su perfil de riesgo.

.....

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

COMUNIDAD DE CATALUÑA

Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum

(BOE, 17-III-2010)

Art. 1. Objeto. El objeto de la presente Ley es el régimen jurídico, el procedimiento, el cumplimiento y la convocatoria por la Generalidad o por los ayuntamientos, en el ámbito de sus competencias respectivas, de las consultas populares por vía de referéndum, de acuerdo con lo establecido por el art. 122 del Estatuto de autonomía.

.....

Art. 5. Personas legitimadas para firmar. 1. Están legitimadas para firmar una consulta popular por vía de referéndum las personas mayores de dieciocho años que están debidamente inscritas en el padrón de cualquiera de los municipios de Cataluña y que cumplen uno de los siguientes requisitos:

a) Tener la condición política de catalán.

b) Ser ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea o de otros estados que tengan reconocido por tratado o ley el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

c) Residir legalmente en el Estado español, de acuerdo con la normativa en materia de extranjería.

2. En las consultas populares por vía de referéndum de ámbito municipal solo pueden firmar una propuesta de consulta popular las personas que, además de cumplir alguno de los requisitos establecidos por el ap. 1, estén empadronadas en el municipio donde se propone la consulta.

NOTA

1. El 11 de marzo del 2010 el Pleno del Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 4/2010, de 17 de febrero de Consultas populares por vía de referéndum (en adelante, LCPR) que es desarrollo de los arts. 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) en cuanto a la competencia de la Generalitat y del art. 29.1º y 6º, en cuanto al derecho de participación de los ciudadanos, también de dicha norma institucional básica. Posteriormente, en diciembre de 2010, el Gobierno del Estado presentó contra dicha ley un recurso de inconstitucionalidad, admitido por el TC con el número de registro 8912/2010, recurso que trae causa de la STC 31/2010, de 28 de junio recaída, a su vez, en relación al recurso de inconstitucionalidad presentado contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006.

Como consecuencia, el TC ha acordado la suspensión de los arts. 1 a 30 (Títulos I y II, Disposiciones generales y Procedimiento para la celebración de las consultas en el ámbito de Cataluña) así como de los arts. 43 y 45 (del Título IV, relativos a la convocatoria y al decreto de convocatoria, respectivamente) de la LCPR, lo que afecta a los dos artículos cuyo comentario se propone. Mantiene su eficacia el resto de

la Ley, básicamente las consultas por vía de referéndum de ámbito municipal y las previsiones para la utilización de medios electrónicos.

Esta nota por tanto no puede eludir una imprescindible consideración de la ley y sus circunstancias más amplia que la simplemente concretada en sus arts. 1 y 5, aunque el espacio que los usos del Anuario razonablemente otorgan a este tipo de comentarios exigirá de nosotros una buena dosis de síntesis.

2. La Ley de Cataluña 4/2010 regula, conforme a su art. 1, “el régimen jurídico, el procedimiento, el cumplimiento y la convocatoria por la Generalitat o por los ayuntamientos, en el ámbito de sus competencias respectivas, de las consultas populares por vía de referéndum de acuerdo con lo establecido por el art. 122 EAC”. La ley es pues desarrollo de la competencia que establece dicho art. 122 EAC que, a su vez, dispone que “Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el art. 149.1.32 de la Constitución” y, al mismo tiempo, es desarrollo del derecho de participación ciudadana previsto en el art. 29.1º y 6º EAC.

En la voluntad del legislador autonómico estaba dotarse de un instrumento que contribuyese a institucionalizar formas de democracia participativa y que viniera a sumarse a la Ley 1/2006, de 16 de febrero, de Iniciativa Legislativa Popular. Hubo en la VIII legislatura del Parlamento de Cataluña (2006 – 2010) una decidida voluntad de incrementar los instrumentos de participación como prueba, por ejemplo, el que el nuevo Reglamento del Parlamento introdujera en el trámite legislativo y a petición de los grupos parlamentarios, después y una vez sostenido el debate a la totalidad de un proyecto de ley, el trámite de comparecencia de organizaciones y grupos sociales que pudieran estar interesados en la regulación en cuestión (art. 106.1º Reglamento del Parlamento de Cataluña) que se ha convertido ya en un trámite habitual del proceso legislativo en dicha Cámara autonómica.

Lo cierto es que de las múltiples modalidades de consulta popular que el propio art. 122 EAC detalla, la LCPR se ciñe a regular sólo la modalidad del referéndum que se significa por implicar al cuerpo electoral y haber de desarrollarse con las garantías del régimen electoral, es decir, tal como lo configura la jurisprudencia del TC. Y lo hace de forma completa tanto en relación al ámbito de la consulta, que puede ser de toda Cataluña o local, como en relación a la modalidad de la iniciativa que puede ser institucional –de la Generalitat o de los Municipios– o bien de iniciativa popular. También regula su objeto y desarrolla sus potestades legislativas de manera completa tal como se desprende del art. 1 LCPR, con la expresa excepción de su autorización, que corresponde al Estado conforme al art. 149.1.32 CE.

Este hecho, el haber desarrollado sólo la modalidad de referéndum, así como el hecho de la posterior STC 31/2010, de 28 de junio recaída en relación al EAC, sumado a la celebración de las impropiedades dichas “consultas populares sobre la independencia” que han tenido lugar en múltiples municipios de Cataluña durante los últimos meses, ha despertado demasiadas suspicacias en relación a la LCPR. Es cierto que la ley fue elaborada por parte de algunos con un cierto *arrière-pensée*, como si fuera una ley de caso único, se equivocaban y se equivocan también los que sólo la ven bajo ese prisma. Claro que es una ley de indudable significado político, no en vano desarrolla el derecho de participación ciudadana en asuntos de especial interés político, pero no es ni mas ni menos que una ley de participación en la línea de la tendencia actual de reforzamiento de los mecanismos de democracia directa o semidirecta. La ley está bien trabada para constituir un instrumento normal para establecer de manera no vinculante la voluntad popular sobre *cuestiones políticas de especial trascendencia* (art. 3 LCPR) y dentro del ámbito de competencias propias, sean de la Generalitat o de los municipios, competencias que actúan como claro límite material. Es una ley bien trabada también para conjugar la complementariedad entre la democracia participativa con la democracia representativa, véase si no los arts. 16, 17, 18, 19, 20 y 24 LCPR y el papel de garantes que tienen tanto el Parlamento como el Consejo de Garantías Estatutarias. Así, por ejemplo, en virtud del mencionado art. 24 LCPR, el Consejo de Garantías Estatutarias (CGE) en su Dictamen 15/2010 de 16 de julio, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la adecuación o no al Estatuto y a la Constitución de una propuesta de iniciativa popular de consulta sobre la independencia

que tuvo entrada en el Parlamento el 25 de mayo de 2010 al amparo de la LCPR. La Conclusión del CGE por unanimidad fue que la Proposición de consulta planteada “sobre la independencia de la nación catalana” era contraria a los arts. 29.6º y 122 del EAC. y la Mesa del Parlamento, finalmente y en consecuencia, no la admitió a trámite.

El art. 122 EAC ya transcrito *supra* es el marco competencial que ampara la LCPR al atribuir competencia exclusiva a la Generalitat en materia de consultas populares con excepción de lo previsto en el art. 149.1.32 CE. Es sabido que la STC 31/2010 de 28 de junio, si bien no anula dicho art. 122 EAC, sí que hace una interpretación conforme en su FJ 69 de manera que interpreta en sentido lato, y más allá del tenor literal del precepto constitucional, el contenido del art. 149.1.32 CE, extendiendo sus efectos también al establecimiento y regulación, es decir a la *institución del referéndum en su integridad*, lo que de manera clara afectaba a la promulgada LCPR.

El nudo gordiano del encaje constitucional reside pues en el alcance que se dé a dicha autorización por parte del Estado. El TC ha hecho una determinada lectura de dicha competencia estatal aunque no es la única lectura posible de la Constitución en este punto. Añade además el TC que el Estatuto no es sede adecuada para regular materias reservadas a leyes orgánicas con alusión expresa al art. 92.3º CE en relación a la LO 2/1980 sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum. Este planteamiento supone un cambio de posición en relación a lo sostenido en la STC 103/2008 respecto a la necesidad de título competencial cuando dice “sólo pueden convocarse y celebrarse los referendos que expresamente estén previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos de Autonomía, de conformidad con la Constitución” (FJ 3). Y sin embargo, ¡ah, sin embargo! ahí están los nuevos Estatutos de Aragón, art. 115.7º y de Valencia art. 81.5º con sus flamantes *referenda* de aprobación de reforma estatutaria; y por otra parte, ahí está también la Ley de Bases del Régimen local y los art. 71 y 18.1º.f. que regulan el referéndum municipal y no mediante ley orgánica. O desde otra perspectiva de la regulación del derecho de participación, la Ley de Cataluña 1/2006, de 16 de febrero de Iniciativa legislativa popular, sin tacha alguna de inconstitucionalidad por haberse desarrollado mediante ley ordinaria autonómica y por tanto tampoco mediante ley orgánica.

Es claro que el legislador estatutario, y no me refiero al legislador autonómico, si no a ese legislador especial conformado por la suma de la representación del Parlamento de Cataluña y la representación de la Comisión constitucional de las Cortes y del Senado al sólo efecto de elaborar el Estatuto de Cataluña, entendió que el art. 149.1.32 CE sólo reserva al Estado la autorización del referéndum, que actúa como límite competencial e incluso, mejor, como garantía de la unidad política frente a la posibilidad de asunción de la competencia legislativa y ejecutiva en materia de *referenda* por parte de las Comunidades autónomas en virtud del principio dispositivo del art. 149.3º CE, si no ¿qué sentido tiene el tenor del 149.1.3 CE?

Pero es que hay otro límite y es que la competencia de la Generalitat en materia de referendaria queda también circunscrita sin ningún género de duda al ámbito de las propias competencias, es decir, al Título IV del Estatuto y, de ahí, la formulación del art. 122 EAC.

¿Porqué entonces esa interpretación que cercena la posibilidad de referendums autonómicos? La respuesta en realidad es política más que jurídica. Hay una evidente renuencia a aceptar los efectos federales de un modelo, el del Estado de las autonomías que más que federalizante es un modelo federal incompleto, básicamente debido a la falta de mecanismos de corresponsabilidad. Y esa renuencia es hoy causa de las disfunciones e insuficiencias que presenta el modelo autonómico que hemos desarrollado a lo largo de estos más de 30 años, con notable éxito por cierto, y precisamente por ello. Indudablemente, no es fácil pasar de un estado centralista a un modelo “autonómico” que tal como está configurado es bastante más que simplemente “descentralizado”. Es decir, no es fácil abandonar la uniformidad para buscar la unión y ser capaces de asumir principios que operan en modelos federales y que deberían operar también en el nuestro, principios tales como el de equivalencia institucional de Estados Unidos o el de homogeneidad en Alemania que, como expone el letrado del Parlamento de Cataluña en sus alegaciones al recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum, “... parte —como en España— de la competencia exclusiva de los estados y de los länder para configurar sus instituciones, al mismo tiempo que se aspira a que presenten unas estructuras generales que

respondan a unos mismos principios (...) y permitan su congruente actuación” (*BOPC*, nº 47, 4 de abril 2011, p. 68).

Si el temor que planea e informa las posiciones adoptadas es una hipotética consulta por la independencia, haríamos bien en recordar que las sentencias judiciales no resuelven los problemas políticos y que haríamos aún mejor, unos y otros, en tender puentes, tejer fraternidades y afectos más que en perseguir o imponer desencuentros.

3. Dicho esto, afirmado que la ley catalana de consultas responde a los principios con que se configura la institución del referéndum en nuestro sistema y que cabía otra interpretación constitucional sobre ella, desembarazados de suspicacias excesivas, volvamos al objeto concreto del comentario, particularmente el relativo al art. 5 LCPR. Probablemente, sea en dicho artículo 5 en donde mejor se exprese el cumplimiento y desarrollo del principio rector que impone a los poderes públicos, en este caso de Cataluña, el fomentar y promover la participación ciudadana (art. 43 EAC)

Por lo que respecta al art. 1 LCPR, entendemos que en cierta forma el comentario ya ha sido hecho en los párrafos precedentes y aquí nos interesa sólo en cuanto incardina el citado artículo 5, “personas legitimadas para firmar”, en el marco de la iniciativa popular para promover esa forma de participación política directa que es un referéndum.

Recordemos que la consulta por vía de referéndum conlleva la observación de garantías del sistema electoral. Precisamente por eso la LCPR distingue a esos efectos entre “cuerpo electoral”, es decir, los llamados a participar en una consulta que son aquellos con derecho a voto en las elecciones al Parlamento de Cataluña o en las elecciones municipales según su ámbito de consulta (art. 4 LCPR) y que, de otra parte, la ley da un tratamiento específico a la Comisión promotora de la consulta, aquellos que solicitan ante los poderes públicos la celebración de un referéndum y a los que exige tener la condición política de catalán (art. 24 LCPR). Por otro lado, la ley establece las condiciones que deben reunir las personas legitimadas para firmar (art. 5 LCPR), es decir, legitimadas para dar su apoyo a la petición de consulta popular mediante la estampación de su firma en el pliego de recogida de las mismas (art. 25 LCPR) lo que ha de contribuir a sumar el número de firmas requerido por la ley para cada ámbito de consulta (art. 28.3º para el ámbito de Cataluña y art. 38 para el ámbito municipal, de LCPR) y así expresar un mínimo consenso social y de apoyo a la misma.

Al regular quienes esta legitimados para firmar, la Ley de Consultas populares por vía de referéndum tomó claramente como modelo el art 2.2º Ley de Cataluña 1/2006 de 16 de febrero de Iniciativa Legislativa Popular (ILP) que ya fue expresión de la voluntad de fomentar la participación mediante la ampliación del abanico de personas legitimadas para firmar el apoyo a la propuesta de ILP, legitimación no atribuida en exclusiva a los ciudadanos españoles.

El art. 5 LCPR establece, pues, quienes pueden proponer el referéndum mediante su firma y establece los requisitos distinguiendo entre el referéndum de ámbito autonómico (art 5.1º) y el referéndum de ámbito local (art. 5.2º). Para empezar, nótese que el enunciado del art. 5.1º LCPR se refiere a “personas” y no a “ciudadanos”. La intención del legislador autonómico fue claramente la de fomentar la participación abriendo el abanico a personas que de otro modo no podrían hacerlo, pero lo hace muy cautelosamente sólo a través de un mecanismo mediato en relación a la consulta, de apoyo e impulso de la propuesta mediante la firma y reservando el núcleo duro del derecho de participación, el derecho a voto y también el derecho de representación y promoción de la consulta a los ciudadanos españoles avecindados en Cataluña. Al mismo tiempo, lo que también fue propósito del legislador, no cabe duda que la previsión de ampliar la legitimación para firmar a personas que no son ciudadanas en el sentido estrictamente político del término constituye un claro mensaje de que la sociedad la integramos todos, que apuesta por la implicación y contiene una carga simbólica nada despreciable en los tiempos que corren. En definitiva, es una declaración en favor de una sociedad no fragmentada y con voluntad de cohesión.

Veamos pues quienes gozan de esa legitimación de acuerdo con el art. 5.1º LCPR. Las personas estarán legitimadas si cumplen como primera condición el ser mayores de 18 años y estar debidamente inscritas en cualquiera de los municipios de Cataluña. Cumplidas dichas condiciones, el art. 5.1º LCPR establece que esas personas deben reunir además uno de los requisitos siguientes: a) tener la condición

política de catalán, por tanto, ser ciudadano español con vecindad administrativa en algún municipio de Cataluña, b) ser ciudadanos de alguno de los estados miembros de la UE o de otros estados que tengan reconocido por tratado o por ley el derecho de sufragio activo o pasivo en las elecciones municipales y c) residir legalmente en España de acuerdo con la normativa de extranjería. En resumen, pues, ser ciudadano español, ser ciudadano comunitario o extranjero con residencia legal en España, ya que éste último supuesto subsume de facto al supuesto del apartado b) que se refiere a los ciudadanos de “otros estados” que tengan reconocido por reciprocidad el derecho de sufragio, ya que eso sólo sin la residencia legal no será suficiente y la reciprocidad ni siquiera es necesaria cuando sólo se exige residencia legal como ocurre en el apartado c) añadiendo, claro está, vecindad administrativa en Cataluña. Las condiciones de validez y autenticación de las firmas se verificarán luego por las personas autorizadas en el art. 26 LCPR para el ámbito de Cataluña y en el art. 41 para el ámbito municipal.

Para el caso de que la consulta sea de ámbito municipal, en el ap. 2 se añade un requisito específico y lógico cual es el de estar *empadronado en el municipio* donde se va a llevar a cabo la consulta.

El ámbito personal del art. 5 LCPR no limitado sólo a los ciudadanos y su conexión con el derecho de participación del art. 23 CE merece una breve reflexión sobre la posibilidad de extender el derecho de participación a personas que no son ciudadanos españoles e incluso, considerar si estamos ante el derecho de participación tal como lo recoge la disposición constitucional citada. Sabemos que en relación a los derechos fundamentales la Constitución emplea en las distintas disposiciones la distinción entre españoles, ciudadanos y personas para significar el ámbito personal del derecho.

Lo cierto es que el derecho de participación que se atribuye a las “personas” y no sólo a los ciudadanos en la ley de consultas populares por vía de referéndum es una innovación vista en contraposición al planteamiento de los textos legales que regulan distintas modalidades de participación directa. La LO 3/1984, de 26 marzo de Iniciativa Legislativa Popular en su art. 1 atribuye el derecho de iniciativa a los ciudadanos y la LO 2/1980, de 18 de enero sobre regulación de las distintas formas de referéndum, aunque no menciona explícitamente la condición de ser español, ello se deduce de forma clara al referirse al *cuerpo electoral* (art. 3) o cuando invoca el sometimiento al régimen electoral general. Por su parte, la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases del régimen local (LBRL), en relación a la consulta popular, en el art. 18.1º.b), f) y h) se refiere a “vecinos” que es un concepto administrativo y más vinculado al empadronamiento en un municipio que un concepto con la carga política que tiene el de ciudadano, aunque al vincularlos luego a los arts. 70 bis 2 y 71 de la misma ley, no deja lugar a dudas que sólo quienes gocen del derecho de sufragio activo pueden ejercer la iniciativa popular o pronunciarse en la consulta. En el mismo sentido el art. 2.3º Decreto 294/1996, de 23 de julio que aprueba el reglamento de consultas populares municipales habla de *vecinos empadronados que reúnan los requisitos para ser electores*, de manera que en definitiva el cuerpo electoral estará formado sólo por los ciudadanos empadronados en el municipio.

En este sentido la Ley 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum respeta ese núcleo duro del derecho de participación política que el art. 23.1º CE reserva a los ciudadanos y que se expresa en la conformación de la voluntad popular a través del ejercicio del derecho de voto. Sin embargo, hay una gradación en las formas y en las modalidades de participación que no se reducen a las contempladas en el art. 23 CE, hay formas de participación social, cultural, sindical, cívica, etc... no restringidas a los ciudadanos. Cuando la LCPR distingue entre los votantes y las personas legitimadas para firmar una petición de referéndum sobre una cuestión de especial trascendencia deslinda el derecho de participación política, que corresponde a los ciudadanos, de un derecho de participación más social y cívico que puede extenderse, y de hecho se extiende en otros ámbitos, a todas las personas integrantes de una comunidad. En la LCPR se trata de una participación que se contrae a un ámbito menor en el proceso de tramitación de la consulta, el de impulso mediante la firma, ciertamente condicionante de la posibilidad misma de la celebración de la consulta, pero no decisorio ni determinante para conformar la voluntad popular que es el elemento consubstancial a la consulta por vía de referéndum.

Lidia SANTOS I ARNAU

Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad Autónoma de Barcelona

**Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades
en la infancia y la adolescencia**

(BOE, 28-VI-2010)

Título I

Disposiciones generales, principios rectores y actuaciones de las administraciones públicas

Capítulo I

Disposiciones generales

Art. 1. Objeto de la Ley. 1. La presente Ley tiene por objeto la promoción del bienestar personal y social de los niños y los adolescentes y de las actuaciones de prevención, atención, protección y participación dirigidas a estas personas con el fin de garantizar el ejercicio de sus derechos, la asunción de sus responsabilidades y la consecución de su desarrollo integral.

2. La presente Ley fija el marco en el que deben llevarse a cabo las actividades de participación y promoción de los derechos y del bienestar de los niños y los adolescentes, y las actividades para atenderlos y protegerlos en las situaciones de riesgo o de desamparo.

Art. 2. Ámbito personal y territorial de aplicación de la Ley. 1. La presente Ley se aplica a cualquier niño o adolescente domiciliado en Cataluña o que se encuentre en Cataluña eventualmente, sin perjuicio de las normas que resuelven los conflictos de leyes internacionales o interregionales.

2. A los efectos de la presente Ley y de las disposiciones que la desarrollan, se entiende por niño la persona menor de doce años y por adolescente la persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por la Ley.

3. Quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley las personas mayores de edad que hayan sido tuteladas por el departamento competente en infancia y adolescencia en los términos establecidos por la Ley.

Título II

De los derechos de los niños y los adolescentes

Capítulo II

Derechos en el ámbito familiar

Art. 38. Derechos de relación y convivencia.

1. Los niños y los adolescentes tienen derecho a vivir con sus progenitores salvo en los casos en los que la separación es necesaria. Tienen también derecho a convivir y a relacionarse con otros parientes próximos, especialmente con los abuelos.

2. Los niños y los adolescentes tienen derecho a mantener un contacto directo con los progenitores con los que no convivan.

3. La autoridad judicial o administrativa, según proceda, debe tomar las medidas adecuadas para garantizar los derechos de visita a los niños y adolescentes que residen habitualmente en el extranjero.

Art. 40. Traslados y retenciones ilícitos. 1.

Los poderes públicos deben adoptar las medidas necesarias para luchar contra los traslados y las retenciones ilícitos de niños o adolescentes en el extranjero, tanto si los lleva a cabo uno de los progenitores como una tercera persona.

2. Los poderes públicos, con la misma finalidad a la que se refiere el ap. 1, tienen que promover ante la administración competente el establecimiento de acuerdos bilaterales o multilaterales, o la adhesión a acuerdos ya existentes.

Capítulo III

Bienestar material y personal

Art. 43. Apoyo a la integración social de los niños y los adolescentes inmigrados. 1. Las administraciones públicas deben fomentar, mediante servicios y programas de acogida, la integración social de los niños o adolescentes inmigrados.

2. La Administración de la Generalidad, mediante el departamento competente en materia de protección de los niños y los adolescentes, debe prestar el servicio de primera acogida en relación con los niños y adolescentes inmigrados sin

referentes familiares, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación vigente.

3. Los niños y los adolescentes extranjeros que se encuentran en Cataluña tienen los derechos que reconoce la presente Ley y, especialmente, tienen derecho a ser escuchados y a reci-

bir información de modo comprensible sobre cualquier actuación que lleve a cabo la Administración en relación con su persona.

.....

**Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña,
relativo a la persona y la familia**

(BOE, 21-VIII-2010)

**Título III
La familia**

**Capítulo V
La filiación**

Sección 3.ª La filiación adoptiva

**Subsección 4.ª Adopción y acogimiento
internacionales**

Art. 235-44. Adopción internacional de menores. La adopción y el acogimiento internacionales deben respetar los principios de los convenios de derechos fundamentales relativos a los niños, las normas convencionales y las normas de derecho internacional privado que sean de aplicación.

2. En la adopción y el acogimiento internacionales debe garantizarse:

- a) Que interviene una autoridad competente.
- b) Que se respeta el principio de subsidiariedad de la adopción internacional.
- c) Que la adopción o el acogimiento responden al interés del menor.
- d) Que el menor puede ser adoptado.
- e) Que los consentimientos requeridos se dan libremente, sin recibir contraprestación alguna, conociendo las consecuencias y los efectos que se derivan, especialmente en cuanto a la ruptura definitiva, en el caso de la adopción, de todo vínculo jurídico con la familia de origen.
- f) Que la adopción o el acogimiento no comportan un beneficio material indebido para las

personas responsables del menor o para cualquier otra persona.

g) Que el menor, si tiene suficiente juicio, es escuchado.

3. No pueden iniciarse trámites para adoptar menores en países en situación de conflicto bélico o desastre natural.

4. La autoridad judicial puede disponer, de modo excepcional, respecto a menores en cuyos países de origen no exista la adopción ni ninguna otra institución equivalente, la constitución de la adopción en aquellas situaciones análogas al acogimiento o a la tutela, constituidas en el extranjero con finalidad protectora permanente. Son requisitos imprescindibles que la constitución de la adopción sea necesaria para el interés del menor, que lo permitan las normas de derecho internacional privado aplicables y que la entidad pública competente de la residencia de la familia emita el certificado de idoneidad respecto a la persona o personas que lo tienen confiado y solicitan su adopción.

Art. 235-45. Tramitación de la adopción por la entidad pública. La entidad pública competente solo debe tramitar las adopciones de menores originarios de los países en los que quede suficientemente garantizado el respeto a los principios y a las normas de la adopción internacional y la intervención debida de sus organismos administrativos y judiciales.

2. Para garantizar el pleno respeto a los derechos de los menores, en el caso de adopciones internacionales, la entidad pública competente ejerce las siguientes funciones:

- a) Adoptar medidas para evitar lucros indebidos e impedir prácticas contrarias al interés del menor.

b) Reunir y conservar la información relativa a los adoptados y a sus orígenes y garantizar su acceso si la ley lo permite.

c) Facilitar y seguir los procedimientos de adopción.

d) Asesorar sobre la adopción y, si es preciso y en la medida permitida por la ley, hacer el seguimiento de las adopciones, si lo exige el país de origen de la persona que quiere adoptarse.

e) Seleccionar las personas y familias solicitantes valorando su idoneidad de acuerdo con los criterios y procesos que mejor favorezcan el éxito del proceso adoptivo.

f) Determinar el perfil del menor en concordancia con el de la persona o familia adoptante, para facilitar el encaje del menor y el éxito de la adopción.

Art. 235-46. Funciones de intermediación. Solo puede intervenir con funciones de intermediación para la adopción internacional la entidad pública competente de la Generalidad. No obstante, la Generalidad puede acreditar entidades colaboradoras para el ejercicio de estas funciones en los términos y con el cumplimiento de los requisitos que se establezcan por reglamento. En todo caso, estas entidades no deben tener ánimo de lucro, deben estar legalmente constituidas, deben tener como finalidad la protección de los menores y deben defender el interés primordial del menor por encima de ningún otro, de acuerdo con las normas de derecho internacional aplicables. Además, deben someterse a las directrices, la inspección y el control de la entidad pública competente.

NOTA

1. El aumento exponencial de los supuestos de tráfico jurídico externo, que, lejos de ser ya minoritarios, son en determinados ámbitos una parte sustancial de las relaciones jurídicas, explica probablemente la proliferación de normas autonómicas que se ocupan de los mismos. Parece, en efecto, lógico que los legisladores autonómicos cuando legislan sobre materias en las que los supuestos con elemento de extranjería son numéricamente significativos tengan cierta tendencia natural a no querer dejar tales supuestos al margen de la intervención legislativa. Sin embargo, tales normas tienen en muchas ocasiones un efecto perturbador, pues el legislador autonómico se comporta como si fuera ajeno al sistema español de Derecho interregional y de Derecho internacional privado y a la normativa comunitaria e internacional. En lugar de asumir, como le correspondería, que el ordenamiento jurídico es un ordenamiento “multinivel” y arbitrar medidas para facilitar la gestión de la complejidad normativa resultante se constata una tendencia hacia la complitud de los ordenamientos jurídicos autonómicos justamente puesta de relieve por Rafael Arenas en su contribución a este volumen del anuario, que además de entrar en contradicción con el diseño constitucional resulta trasnochada pues se corresponde con una época ya periclitada en la que el ordenamiento jurídico era el ordenamiento del Estado Nación. Paradójicamente tanto afán por las relaciones de tráfico jurídico externo no se materializa en una actuación en el plano en el que podría ser útil, de promulgación de normas de aplicación interna de los instrumentos comunitarios e internacionales, aunque algunas normas desciendan aisladamente a cuestiones muy concretas y prácticas.

2. Un breve análisis de algunos de los preceptos reproducidos permite poner de relieve el carácter básicamente inadecuado de algunas de las normas autonómicas relativas a cuestiones de tráfico jurídico externo. El art. 2.2º Ley 14/2010, del Parlamento catalán de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia delimita el ámbito de aplicación de la norma que pretende aplicarse “a todos los menores domiciliados en Cataluña o que se encuentren eventualmente en Cataluña” (art. 2.1º). Ciertamente se añade una coletilla conforme a la cuál tal delimitación ha de hacerse “sin perjuicio de las normas que resuelven los conflictos de leyes internacionales o interregionales”, pero tal concesión, formulada en términos un tanto crípticos, pues no se identifican tales normas, puede acabar siendo en la práctica de escasa efectividad, al contraponerse a la rotundidad con la que el legislador autonómico declara su voluntad de que la norma alcance a todos los niños presentes en el territorio de la Comunidad Autónoma.

Tal y como está formulado el art. 2.2º de la Ley induce a error, pues el punto de partida en los supuestos internacionales ha de ser inexorablemente el Convenio de La Haya de 1996 en materia de pro-

tección de menores, que está en vigor para España desde el 1 de enero de 2011 y contiene normas relativas a la ley aplicable en materia de protección de menores y responsabilidad parental muy detalladas y precisas y preceptos relativo a su aplicación en los Estados plurilegislativos que obviamente prevalecen sobre cualesquiera disposición autonómica. Parece, sin embargo, que pese a que la ratificación del Convenio de La Haya de 1996 ha sido largamente anunciada el legislador catalán no ha partido de dicho instrumento sino que ha legislado de espaldas a él, preocupándose únicamente de que el ámbito de aplicación del Derecho catalán fuera lo más amplio posible.

En otros ámbitos el legislador autonómico también hubiera podido facilitar la tarea de los aplicadores del Derecho si en lugar de incluir una referencia genérica a los instrumentos internacionales hubiera remitido de manera específica a los Convenios y Reglamentos comunitarios relevantes. En el apartado 3º del art. 38 de la Ley catalana sobre derechos y oportunidades de niños y adolescentes se establece que las autoridades judiciales o administrativas deben tomar las medidas adecuadas para garantizar los derechos de visita a los niños y adolescentes que residen habitualmente en el extranjero y en el art. 40 de la Ley se establece que los poderes públicos deben tomar todas las medidas necesarias para luchar contra las retenciones ilícitas de niños y adolescentes. Tanto en uno como en otro ámbito no hubiera estado de más un mayor grado de concreción. Otro ámbito en el que la referencia a los instrumentos convencionales hubiera sido especialmente útil es el de la adopción internacional. Aunque la influencia del Convenio de La Haya de 1993 de adopción se percibe claramente en la redacción de la Sección 3ª del Cap. V del Tit. III del Libro II del Código civil de Cataluña la referencia a los principios de los convenios de derechos fundamentales relativos a los niños, a las normas convencionales y las normas de Derecho internacional privado del art. 235-44 resulta innecesariamente oscura y hubiera podido concretarse fácilmente.

3. En definitiva, se constata una vez más el interés de los legisladores autonómicos por los supuestos de tráfico jurídico externo, justificado, sin lugar a dudas, por su creciente importancia social. Sin embargo, la actividad legislativa no integra correctamente a la normativa internacional y europea y no asume tampoco las normas de Derecho internacional privado. Todo ello genera inevitablemente confusión en los aplicadores del Derecho y puede acabar desembocando en una práctica defectuosa.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS

Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona

COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA

Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra

(BOE, 28-XII-2010)

Título preliminar **Disposiciones generales**

Art. 1. *Objeto de la Ley Foral.* La presente Ley Foral tiene por objeto:

1. Regular y promover el cumplimiento de los derechos y deberes de las personas en relación con la salud.

2. Regular y promover el cumplimiento de los derechos y deberes de los profesionales que

desarrollan su actividad en el sistema sanitario público de Navarra.

3. Determinar los criterios generales para su mayor eficacia y establecer el marco de las medidas administrativas dirigidas a su mejor protección y garantía que deben traducirse en criterios de gestión para las Administraciones Públicas.

.....

Título II **Derechos de los colectivos más vulnerables**

.....

Art. 28. Ciudadanos extranjeros. Los ciudadanos extranjeros que accedan y utilicen las prestaciones y servicios del sistema sanitario de la Comunidad Foral ostentarán los derechos y deberes contenidos en la presente Ley Foral. Con el fin de procurar una adecuada asistencia sanita-

ria y favorecer el cumplimiento de estos derechos, las Administraciones Públicas fomentarán actuaciones necesarias para minimizar los obstáculos lingüísticos.

.....

Ley Foral 18/2010, de 8 de noviembre, por la que se modifica la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia

(BOE, 28-XII-2010)

Artículo único. *Modificaciones de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia.* Se introducen las siguientes modificaciones en la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia:

.....

Tres. El art. 79 queda redactado como sigue:

“**Art. 79. La Adopción Internacional.** Con carácter general no se admitirá a trámite más de una solicitud de adopción internacional.

Excepcionalmente y a los efectos de facilitar el proceso para la adopción de una persona menor de edad en el extranjero podrá admitirse la tramitación de una segunda solicitud de adopción internacional en un país distinto si pasados tres años desde la entrada del expediente en el primer país no se hubiese producido asignación de

persona menor de edad por causa no imputable a las personas solicitantes.

Para obtener un segundo certificado de idoneidad en adopción internacional, será necesario realizar una revisión previa de la situación personal y familiar.

Cuando se produzca la segunda solicitud de adopción internacional será necesario comunicar oportunamente al nuevo país al que se solicita la adopción, la existencia de duplicidad en trámite.

En el supuesto de que en una tramitación simultánea de dos solicitudes de adopción internacional se produzca la conformidad de la Administración de la Comunidad Foral con la asignación de una persona menor procedente de uno de los países, se procederá por Resolución expresa y previa audiencia de los interesados, al archivo del expediente administrativo correspondiente a la otra solicitud en tramitación”.

.....

CONVENIOS INTERNACIONALES

MULTILATERALES

Convenio de La Haya de 19 de octubre de 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

(BOE, 2-XII-2010)

Los Estados signatarios del presente Convenio,
Considerando que conviene mejorar la protección de los niños en las situaciones de carácter internacional,

Deseando evitar conflictos entre sus sistemas jurídicos en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas de protección de los niños,

Recordando la importancia de la cooperación internacional para la protección de los niños,

Confirmando que el interés superior del niño merece una consideración primordial,

Constatando la necesidad de revisar el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores,

Deseando establecer disposiciones comunes a tal fin, teniendo en cuenta el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989,

Han acordado las disposiciones siguientes:

Capítulo I

Ámbito de aplicación del Convenio

Art. 1. 1. El presente Convenio tiene por objeto:

- determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño;
- determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia;
- determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental;
- asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes;

e) establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio.

2. A los fines del Convenio, la expresión “responsabilidad parental” comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño.

Art. 2. El Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años.

Art. 3. Las medidas previstas en el artículo primero pueden referirse en particular a:

- la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación;
- el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un período limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual;
- la tutela, la curatela y otras instituciones análogas;
- la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo;
- la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante kafala o mediante una institución análoga;

f) la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo;

g) la administración, conservación o disposición de los bienes del niño.

Art. 4. Están excluidos del ámbito del Convenio:

a) el establecimiento y la impugnación de la filiación;

b) la decisión sobre la adopción y las medidas que la preparan, así como la anulación y la revocación de la adopción;

c) el nombre y apellidos del niño;

d) la emancipación;

e) las obligaciones alimenticias;

f) los trusts y las sucesiones;

g) la seguridad social;

h) las medidas públicas de carácter general en materia de educación y salud;

i) las medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños;

j) las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración.

Capítulo II Competencia

Art. 5. 1. Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

Art. 6. 1. Para los niños refugiados y aquellos niños que, como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países, están internacionalmente desplazados, las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentran como consecuencia del desplazamiento ejercen la competencia prevista en el apartado primero del art. 5.

2. La disposición del apartado precedente se aplica también a los niños cuya residencia habitual no pueda determinarse.

Art. 7. 1. En caso de desplazamiento o retención ilícitos del niño, las autoridades del Estado

contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el niño adquiriera una residencia habitual en otro Estado y:

a) toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda acceda al desplazamiento o a la retención; o

b) el niño resida en este otro Estado por un período de, al menos, un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio.

2. El desplazamiento o la retención del niño se considera ilícito:

a) cuando se haya producido con infracción de un derecho de guarda, atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención; y

b) este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del desplazamiento o de la retención, o lo hubiera sido si no se hubieran producido tales acontecimientos.

El derecho de guarda a que se refiere la letra a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

3. Mientras las autoridades mencionadas en el apartado primero conserven su competencia, las autoridades del Estado contratante al que el niño ha sido desplazado o donde se encuentra retenido solamente pueden tomar las medidas urgentes necesarias para la protección de la persona o los bienes del niño, de acuerdo con el art. 11.

Art. 8. 1. Excepcionalmente, si la autoridad del Estado contratante competente según los arts. 5 ó 6, considera que la autoridad de otro Estado contratante está en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, puede

solicitar a esta autoridad, directamente o con la colaboración de la Autoridad Central de este

Estado, que acepte la competencia para adoptar las medidas de protección que estime necesarias, o

suspender la decisión sobre el caso e invitar a las partes a presentar la demanda ante la autoridad de este otro Estado.

2. Los Estados contratantes cuya autoridad puede ser requerida en las condiciones previstas en el apartado precedente son:

a) un Estado del que el niño posea la nacionalidad;

b) un Estado en que estén situados bienes del niño;

c) un Estado en el que se esté conociendo de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño o de anulación de su matrimonio;

d) un Estado con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho.

3. Las autoridades interesadas pueden proceder a un intercambio de opiniones.

4. La autoridad requerida en las condiciones previstas en el apartado primero puede aceptar la competencia, en lugar de la autoridad competente según los arts. 5 ó 6, si considera que ello responde al interés superior del niño.

Art. 9. 1. Si las autoridades de los Estados contratantes mencionados en el art. 8, ap. 2, consideran que están en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, pueden ya sea

solicitar a la autoridad competente del Estado contratante de la residencia habitual del niño, directamente o con la cooperación de la Autoridad Central de este Estado, que les permita ejercer su competencia para adoptar las medidas de protección que estimen necesarias, o ya sea

invitar a las partes a presentar dicha petición ante las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño.

2. Las autoridades interesadas pueden proceder a un intercambio de opiniones.

3. La autoridad de origen de la solicitud sólo puede ejercer su competencia en lugar de la autoridad del Estado contratante de la residencia habitual del niño si esta autoridad ha aceptado la petición.

Art. 10. 1. Sin perjuicio de los arts. 5 a 9, las autoridades de un Estado contratante, en el ejercicio de su competencia para conocer de una

demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres de un niño con residencia habitual en otro Estado contratante o en anulación de su matrimonio, pueden adoptar, si la ley de su Estado lo permite, medidas de protección de la persona o de los bienes del niño, si:

a) uno de los padres reside habitualmente en dicho Estado en el momento de iniciarse el procedimiento y uno de ellos tiene la responsabilidad parental respecto al niño, y

b) la competencia de estas autoridades para adoptar tales medidas ha sido aceptada por los padres, así como por cualquier otra persona que tenga la responsabilidad parental respecto al niño, si esta competencia responde al interés superior del niño.

2. La competencia prevista en el apartado primero para adoptar medidas de protección del niño cesa cuando la decisión aceptando o desestimando la demanda de divorcio, separación de cuerpos o anulación del matrimonio sea firme o el procedimiento finaliza por otro motivo.

Art. 11. 1. En caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan.

2. Las medidas adoptadas en aplicación del apartado precedente respecto de un niño que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante dejan de tener efecto desde que las autoridades competentes en virtud de los arts. 5 a 10 adopten las medidas exigidas por la situación.

3. Las medidas adoptadas en aplicación del apartado primero respecto de un niño que tenga su residencia habitual en un Estado no contratante dejan de tener efecto en todo Estado contratante desde que las medidas exigidas por la situación y adoptadas por las autoridades de otro Estado se reconocen en dicho Estado contratante.

Art. 12. 1. Sin perjuicio del art. 7, son competentes para adoptar medidas de protección de la persona o bienes del niño, con carácter provisional y eficacia territorial restringida a este Estado, las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan, siempre que tales medidas no sean incompatibles con las ya adoptadas por las autoridades competentes según los arts. 5 a 10.

2. Las medidas adoptadas en aplicación del apartado precedente respecto a un niño que tenga su residencia en un Estado contratante dejan de surtir efecto desde el momento en que las autoridades competentes en virtud de los arts. 5 a 10 se hayan pronunciado sobre las medidas que pueda exigir la situación.

3. Las medidas adoptadas en aplicación del apartado primero respecto de un niño que tenga su residencia habitual en un Estado no contratante dejan de surtir efecto en el Estado contratante en que han sido adoptadas desde el momento en que se reconocen las medidas exigidas por la situación, adoptadas por las autoridades de otro Estado.

Art. 13. 1. Las autoridades de un Estado contratante que sean competentes para adoptar medidas de protección de la persona o de los bienes del niño según los arts. 5 a 10, deben abstenerse de ejercer su competencia si, en el momento de iniciarse el procedimiento, se hubieran solicitado las medidas correspondientes a las autoridades de otro Estado contratante que fueran competentes en virtud de los arts. 5 a 10 en el momento de la petición y estuvieran todavía en proceso de examen.

2. La disposición del apartado precedente no se aplica si las autoridades ante las que se presentó inicialmente la petición de medidas han declinado su competencia.

Art. 14. Las medidas adoptadas en aplicación de los arts. 5 a 10 continúan en vigor en sus propios términos, incluso cuando un cambio de las circunstancias ha hecho desaparecer la base sobre la que se fundaba la competencia, en tanto que las autoridades competentes en virtud del Convenio no las hayan modificado, reemplazado o dejado sin efecto.

Capítulo III

Ley aplicable

Art. 15. 1. En el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley.

2. No obstante, en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho.

3. En caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, la ley de este otro Estado rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual a partir del momento en que se produce la modificación.

Art. 16. 1. La atribución o la extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa, se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño.

2. La atribución o la extinción de la responsabilidad parental en virtud de un acuerdo o de un acto unilateral, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa, se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño en el momento en que deviene eficaz el acuerdo o el acto unilateral.

3. La responsabilidad parental existente según la ley del Estado de la residencia habitual del niño subsiste después del cambio de esta residencia habitual a otro Estado.

4. En caso de cambio de la residencia habitual del niño, la atribución de pleno derecho de la responsabilidad parental a una persona que no estuviera ya investida de tal responsabilidad se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual.

Art. 17. El ejercicio de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño. En caso de cambio de la residencia habitual del niño, se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual.

Art. 18. Podrá privarse de la responsabilidad parental a que se refiere el art. 16 o modificarse las condiciones de su ejercicio mediante medidas adoptadas en aplicación del Convenio.

Art. 19. 1. No puede impugnarse la validez de un acto celebrado entre un tercero y una persona que tendría la condición de representante legal según la ley del Estado en que se ha celebrado el acto, ni declararse la responsabilidad del tercero, por el único motivo de que dicha persona no tuviera la condición de representante legal en virtud de la ley designada por las disposiciones del presente Capítulo, salvo que el tercero supiera o debiera haber sabido que la responsabilidad parental se regía por esta ley.

2. El apartado precedente sólo se aplica en los casos en que el acto se ha celebrado entre personas presentes en el territorio de un mismo Estado.

Art. 20. Las disposiciones del presente Capítulo se aplicarán incluso si designan la ley de un Estado no contratante.

Art. 21. 1. A efectos del presente capítulo, se entenderá por “ley” el Derecho vigente en un Estado, con exclusión de sus normas de conflicto de leyes.

2. No obstante, si la ley aplicable en virtud del art. 16 fuera la de un Estado no contratante y las normas de conflicto de dicho Estado remitieran a la ley de otro Estado no contratante que aplicaría su propia ley, la ley aplicable será la de este último Estado. Si este otro Estado no contratante no aplicaría su propia ley, se aplicará la ley designada por el art. 16.

Art. 22. La aplicación de la ley designada por las disposiciones del presente Capítulo sólo puede excluirse si es manifiestamente contraria al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Capítulo IV Reconocimiento y ejecución

Art. 23. 1. Las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante se reconocerán de pleno derecho en los demás Estados contratantes.

2. No obstante, el reconocimiento podrá denegarse:

a) si la medida se ha adoptado por una autoridad cuya competencia no estuviera fundada en uno de los criterios previstos en el Capítulo II;

b) si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, en el que el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido;

c) a petición de toda persona que sostenga que la medida atenta contra su responsabilidad parental, si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado sin que dicha persona haya tenido la posibilidad de ser oída;

d) si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño;

e) si la medida es incompatible con una medida adoptada posteriormente en el Estado no

contratante de la residencia habitual del niño, cuando esta última medida reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido;

f) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el art. 33.

Art. 24. Sin perjuicio del art. 23, apartado primero, toda persona interesada puede solicitar a las autoridades competentes de un Estado contratante que decidan acerca del reconocimiento o no reconocimiento de una medida adoptada en otro Estado contratante. El procedimiento se rige por la ley del Estado requerido.

Art. 25. La autoridad del Estado requerido está vinculada por las constataciones de hecho sobre las que la autoridad del Estado que ha adoptado la medida haya fundado su competencia.

Art. 26. 1. Si las medidas adoptadas en un Estado contratante y ejecutorias en el mismo comportan actos de ejecución en otro Estado contratante, serán declaradas ejecutorias o registradas a los fines de ejecución en este otro Estado, a petición de toda parte interesada, según el procedimiento previsto por la ley de este Estado.

2. Cada Estado contratante aplicará un procedimiento simple y rápido a la declaración de exequátur o al registro.

3. La declaración de exequátur o el registro no pueden denegarse mas que por uno de los motivos previstos en el art. 23, ap. 2.

Art. 27. Sin perjuicio de la revisión necesaria en aplicación de los artículos precedentes, la autoridad del Estado requerido no procederá a revisión alguna en cuando al fondo de la medida adoptada.

Art. 28. Las medidas adoptadas en un Estado contratante, declaradas ejecutorias o registradas a los fines de ejecución en otro Estado contratante, se ejecutarán como si hubiesen sido tomadas por las autoridades de este otro Estado. La ejecución se realizará conforme a la ley del Estado requerido en la medida prevista por dicha ley, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Capítulo V Cooperación

Art. 29. 1. Todo Estado contratante designará una Autoridad Central encargada de dar cumpli-

miento a las obligaciones que el Convenio le impone.

2. Un Estado federal, un Estado en el que están en vigor varios sistemas jurídicos o un Estado con unidades territoriales autónomas puede designar más de una Autoridad Central y especificar la extensión territorial o personal de sus atribuciones. El Estado que haga uso de esta facultad, designará la Autoridad Central a la que puede dirigirse toda comunicación para su transmisión a la Autoridad Central competente dentro de ese Estado.

Art. 30. 1. Las Autoridades Centrales deberán cooperar entre ellas y promover la colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para alcanzar los objetivos del Convenio.

2. Dichas autoridades adoptarán, en el marco de la aplicación del Convenio, las disposiciones apropiadas para proporcionar informaciones sobre su legislación, así como sobre los servicios disponibles en sus respectivos Estados en materia de protección del niño.

Art. 31. La Autoridad Central de un Estado contratante tomará, ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos, todas las medidas apropiadas para:

a) facilitar las comunicaciones y ofrecer la asistencia previstas en los arts. 8 y 9 y en el presente Capítulo;

b) facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio;

c) ayudar, a petición de una autoridad competente de otro Estado contratante, a localizar al niño cuando parezca que éste se encuentra en el territorio del Estado requerido y necesita protección.

Art. 32. A petición motivada de la Autoridad Central o de otra autoridad competente de un Estado contratante con el que el niño tenga un vínculo estrecho, la Autoridad Central del Estado contratante en que el niño tenga su residencia habitual y en el que éste se encuentre, puede, sea directamente, sea con el concurso de autoridades públicas o de otros organismos:

a) proporcionar un informe sobre la situación del niño;

b) solicitar a la autoridad competente de su Estado que examine la oportunidad de adoptar medidas para la protección de la persona o de los bienes del niño.

Art. 33. 1. Cuando la autoridad competente en virtud de los arts. 5 a 10 prevea la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por «kafala» o por una institución análoga, y esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante, consultará previamente a la Autoridad Central o a otra autoridad competente de este último Estado. A este efecto le transmitirá un informe sobre el niño y los motivos de su proposición sobre la colocación o el acogimiento.

2. El Estado requirente sólo puede adoptar la decisión sobre la colocación o el acogimiento si la Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado requerido ha aprobado esta colocación o este acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Art. 34. 1. Cuando se prevé una medida de protección, las autoridades competentes en virtud del Convenio pueden, si la situación del niño lo exige, solicitar que toda autoridad de otro Estado contratante les transmita las informaciones útiles que pueda tener para la protección del niño.

2. Todo Estado contratante podrá declarar que las solicitudes previstas en el apartado primero sólo podrán realizarse a través de su Autoridad Central.

Art. 35. 1. Las autoridades competentes de un Estado contratante pueden pedir a las autoridades de otro Estado contratante que les presten su asistencia para la puesta en práctica de las medidas de protección adoptadas en aplicación del Convenio, en particular para asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita, así como el derecho a mantener contactos directos regulares.

2. Las autoridades de un Estado contratante en el que el niño no tenga su residencia habitual pueden, a petición de un progenitor que resida en este Estado y desee obtener o conservar un derecho de visita, recabar informaciones o pruebas y pronunciarse sobre la aptitud de este progenitor para ejercer el derecho de visita y sobre las condiciones en las que podría ejercerlo. La autoridad competente para decidir sobre el derecho de visita en virtud de los arts. 5 a 10 deberá, antes de pronunciarse, admitir y tomar en consideración estas informaciones, pruebas o conclusiones.

3. Una autoridad competente para decidir sobre el derecho de visita en virtud de los arts. 5 a 10 puede suspender el procedimiento hasta que se resuelva sobre la solicitud hecha de acuerdo con el ap. 2, particularmente cuando se le haya presentado una solicitud para modificar o suprimir el derecho de visita concedido por las autoridades del Estado de la antigua residencia habitual.

4. Las disposiciones de este artículo no impiden que una autoridad competente en virtud de los arts. 5 a 10 tome medidas provisionales hasta que se resuelva sobre la solicitud hecha de acuerdo con el ap. 2.

Art. 36. En caso de que el niño esté expuesto a un grave peligro, las autoridades competentes del Estado contratante en el que se hayan adoptado o estén en vías de adoptarse medidas de protección de este niño, avisarán, si son informadas del cambio de residencia o de la presencia del niño en otro Estado, a las autoridades de este Estado acerca del peligro y de las medidas adoptadas o en curso de examen.

Art. 37. Una autoridad no puede solicitar o transmitir informaciones en aplicación de este Capítulo si considera que tal solicitud o transmisión podría poner en peligro la persona o los bienes del niño o constituir una amenaza grave para la libertad o la vida de un miembro de su familia.

Art. 38. 1. Sin perjuicio de la posibilidad de reclamar los gastos razonables correspondientes a los servicios prestados, las Autoridades Centrales y las demás autoridades públicas de los Estados contratantes soportarán sus gastos derivados de la aplicación de las disposiciones del presente Capítulo.

2. Todo Estado contratante puede concluir acuerdos con otro o varios Estados contratantes sobre el reparto de gastos.

Art. 39. Todo Estado contratante podrá concluir acuerdos con otro o varios Estados contratantes para mejorar la aplicación del presente Capítulo en sus relaciones recíprocas. Los Estados que hayan concluido tales acuerdos transmitirán una copia al depositario del Convenio.

Capítulo VI

Disposiciones generales

Art. 40. 1. Las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño o del

Estado contratante en que se ha adoptado una medida de protección podrán expedir un certificado al titular de la responsabilidad parental o a toda otra persona a quien se haya confiado la protección de la persona o de los bienes del niño, a petición suya, indicando su condición y los poderes que le han sido atribuidos.

2. La condición y los poderes indicados por el certificado se tendrán por ciertos, salvo prueba en contrario.

3. Cada Estado contratante designará las autoridades competentes para expedir el certificado.

Art. 41. Los datos personales que se hubieran obtenido o transmitido conforme al Convenio, no podrán utilizarse para fines distintos de aquellos para los que se obtuvieron o transmitieron.

Art. 42. Las autoridades a las que se transmitan informaciones, garantizarán su confidencialidad conforme a la ley de su Estado.

Art. 43. Los documentos transmitidos o expedidos en aplicación del Convenio estarán exentos de legalización o cualquier otra formalidad análoga.

Art. 44. Todo Estado contratante podrá designar las autoridades a las que deben dirigirse las solicitudes previstas en los arts. 8, 9 y 33.

Art. 45. 1. Las designaciones a que se refieren los arts. 29 y 44 se comunicarán a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

2. La declaración a que se refiere el art. 34, ap. 2, se hará al depositario del Convenio.

Art. 46. Un Estado contratante en el que se aplican sistemas jurídicos o conjuntos de normas diferentes en materia de protección del niño y de sus bienes no está obligado a aplicar las normas del Convenio a los conflictos únicamente relacionados con estos diferentes sistemas o conjuntos de reglas.

Art. 47. En relación a un Estado en el que dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de reglas relativas a las cuestiones reguladas en el presente Convenio se aplican en unidades territoriales diferentes:

1. Cualquier referencia a la residencia habitual en este Estado se interpretará como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial.

2. Cualquier referencia a la presencia del niño en este Estado se interpretará como una referencia a la presencia del niño en una unidad territorial.

3. Cualquier referencia a la situación de los bienes del niño en este Estado se interpretará como una referencia a la situación de los bienes del niño en una unidad territorial.

4. Cualquier referencia al Estado del que el niño posee la nacionalidad se interpretará como una referencia a la unidad territorial designada por la ley de este Estado o, en ausencia de reglas pertinentes, a la unidad territorial con la que el niño presente el vínculo más estrecho.

5. Cualquier referencia al Estado en el que se presenta a una autoridad una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño o en anulación de su matrimonio, se interpretará como una referencia a la unidad territorial en la que se presenta dicha demanda a una autoridad.

6. Cualquier referencia al Estado con el que el niño presenta un vínculo estrecho se interpretará como una referencia a la unidad territorial con la que el niño presenta este vínculo.

7. Cualquier referencia al Estado al que el niño ha sido trasladado o retenido se interpretará como una referencia a la unidad territorial a la que el niño ha sido desplazado o retenido.

8. Cualquier referencia a los organismos o autoridades de este Estado, diferentes de las Autoridades Centrales, se interpretará como una referencia a los organismos o autoridades habilitados para actuar en la unidad territorial afectada.

9. Cualquier referencia a la ley, el procedimiento o la autoridad del Estado en que la medida ha sido adoptada se interpretará como una referencia a la ley, el procedimiento o la autoridad de la unidad territorial en la que dicha medida ha sido adoptada.

10. Cualquier referencia a la ley, el procedimiento o la autoridad del Estado requerido se interpretará como una referencia a la ley, el procedimiento o la autoridad de la unidad territorial en la que se invoca el reconocimiento o la ejecución.

Art. 48. Para determinar la ley aplicable en virtud del Capítulo III, en el caso de que un Estado comprenda dos o más unidades territoriales, cada una de las cuales posea su propio sistema jurídico o un conjunto de reglas relativas a las cuestiones reguladas por el presente Convenio, se aplican las reglas siguientes:

a) en el caso de que en dicho Estado existan normas vigentes que identifiquen la unidad territorial cuya ley deberá ser aplicada, se aplicará dicha ley;

b) en defecto de tales normas, se aplicará la ley de la unidad territorial determinada según las disposiciones del art. 47.

Art. 49. A los fines de determinar la ley aplicable en virtud del Capítulo III, cuando un Estado tenga, para las cuestiones reguladas por el presente Convenio, dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de reglas aplicables a categorías diferentes de personas, se aplicarán las reglas siguientes:

a) en el caso de que en dicho Estado existan normas vigentes que identifique cual de estas leyes es aplicable, se aplicará esta ley;

b) a falta de tales normas, se aplicará la ley del sistema o del conjunto de reglas con el que el niño presente el vínculo más estrecho.

Art. 50. El presente Convenio no afecta al Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en las relaciones entre las Partes en ambos Convenios. Nada impide, sin embargo, que se invoquen disposiciones del presente Convenio para obtener el retorno de un niño que ha sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita.

Art. 51. En las relaciones entre los Estados contratantes, el presente Convenio sustituye al Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores y al Convenio para regular la tutela de los menores, firmado en La Haya el 12 de junio de 1902, sin perjuicio del reconocimiento de las medidas adoptadas según el Convenio de 5 de octubre de 1961 antes citado.

Art. 52. 1. El Convenio no deroga los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio, salvo declaración en contrario de los Estados vinculados por dichos instrumentos.

2. El Convenio no afectará a la posibilidad para uno o varios Estados contratantes de concluir acuerdos que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio, respecto a niños que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte en tales acuerdos.

3. Los acuerdos a concluir por uno o varios Estados contratantes sobre materias reguladas por el presente Convenio no afectarán a la aplicación de las disposiciones del presente Convenio en las relaciones de estos Estados con los demás Estados contratantes.

4. Los apartados precedentes se aplicarán igualmente a las leyes uniformes basadas en la existencia entre los Estados afectados de vínculos especiales, particularmente de naturaleza regional.

Art. 53. 1. El Convenio se aplicará tan sólo a las medidas adoptadas en un Estado después de la entrada en vigor del Convenio para dicho Estado.

2. El Convenio se aplicará al reconocimiento y a la ejecución de las medidas adoptadas después de su entrada en vigor en las relaciones entre el Estado en que se han adoptado las medidas y el Estado requerido.

Art. 54. 1. Toda comunicación a la Autoridad Central o a cualquier otra autoridad de un Estado contratante se dirigirá en la lengua original y acompañada de una traducción a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales de este Estado o, cuando esta traducción sea difícilmente realizable, de una traducción al francés o al inglés.

2. No obstante, un Estado contratante podrá oponerse a la utilización sea del francés, sea del inglés, haciendo la reserva prevista en el art. 60.

Art. 55. 1. Cualquier Estado contratante podrá, conforme al art. 60:

a) reservarse la competencia de sus autoridades para tomar medidas de protección de los bienes de un niño situados en su territorio;

b) reservarse el derecho de no reconocer una responsabilidad parental o una medida que sería incompatible con una medida adoptada por sus autoridades en relación a dichos bienes.

2. La reserva podrá restringirse a determinadas categorías de bienes.

Art. 56. El Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado convocará periódicamente una Comisión especial para examinar el funcionamiento práctico del Convenio.

Capítulo VII Cláusulas finales

Art. 57. 1. El Convenio está abierto a la firma de los Estados que fueren miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de celebrarse su Decimotava Sesión.

2. Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, depositario del Convenio.

Art. 58. 1. Cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio después de su entrada en vigor en virtud del art. 61, ap. 1.

2. El instrumento de adhesión se depositará en poder del depositario.

3. La adhesión sólo surtirá efecto en las relaciones entre el Estado adherente y los Estados contratantes que no hubiesen formulado objeción a la adhesión en los seis meses siguientes a la recepción de la notificación a que se refiere el art. 63, apartado b). Podrá asimismo formular una objeción al respecto cualquier Estado en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del Convenio posterior a la adhesión. Dichas objeciones serán notificadas al depositario del Convenio.

Art. 59. 1. Cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en lo que se refiere a cuestiones reguladas por el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o varias de ellas y podrá en cualquier momento modificar esta declaración haciendo otra nueva.

2. Toda declaración de esta naturaleza será notificada al depositario del Convenio y en ella se indicarán expresamente las unidades territoriales a las que el Convenio será aplicable.

3. En el caso de que un Estado no formule declaración alguna al amparo del presente artículo, el Convenio se aplicará a la totalidad del territorio de dicho Estado.

Art. 60. 1. Cualquier Estado contratante podrá, a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o en el momento de una declaración hecha en virtud del art. 59, hacer una o ambas reservas previstas en

los arts. 54, ap. 2, y 55. Ninguna otra reserva será admitida.

2. Cualquier Estado podrá, en cualquier momento, retirar una reserva que hubiera hecho. Esta retirada se notificará al depositario.

3. La reserva dejará de surtir efecto el día primero del tercer mes posterior a la notificación mencionada en el apartado precedente.

Art. 61. 1. El Convenio entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación previsto por el art. 57.

2. En lo sucesivo, el Convenio entrará en vigor:

a) para cada Estado que lo ratifique, acepte o apruebe posteriormente, el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;

b) para cada Estado que se adhiera, el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la expiración del plazo de seis meses previsto en el art. 58, ap. 3;

c) para las unidades territoriales a las que se haya hecho extensiva la aplicación del Convenio de conformidad con el art. 59, el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la notificación prevista en dicho artículo.

Art. 62. 1. Cualquier Estado parte en el presente Convenio podrá denunciarlo mediante notificación por escrito dirigida al depositario. La denuncia podrá limitarse a ciertas unidades territoriales a las que se aplique el Convenio.

2. La denuncia surtirá efecto el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de doce meses después de la fecha de recepción

de la notificación por el depositario. En caso de que en la notificación se fije un período más largo para que la denuncia surta efecto, éste tendrá efecto cuando transcurra dicho período.

Art. 63. El depositario notificará a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado así como a los Estados que se hayan adherido de conformidad con las disposiciones del art. 58:

a) las firmas, ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que se refiere el art. 57;

b) las adhesiones y las objeciones a las adhesiones a que se refiere el art. 58;

c) la fecha en la que el Convenio entrará en vigor de conformidad con las disposiciones del art. 61;

d) las declaraciones a que se refieren los arts. 34, ap. 2, y 59;

e) los acuerdos a que se refiere el art. 39;

f) las reservas a que se refieren los arts. 54, ap. 2, y 55 y la retirada de las reservas prevista en el art. 60, ap. 2;

g) las denuncias a que se refiere el art. 62.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, han firmado el presente Convenio.

Hecho en La Haya, el 19 de octubre de 1996, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar, que será depositado en los archivos del Gobierno del Reino de los Países Bajos y del cual se remitirá por vía diplomática una copia auténtica a cada uno de los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de celebrarse su Decimotava Sesión.

NOTA

El 1 de enero de 2011 entró en vigor este Convenio, que se aplica a las medidas adoptadas sobre menores de dieciocho años a partir de esta fecha. Previamente a analizar la regulación de los sectores a los que se refiere, y que se recogen en su denominación, procede señalar su ámbito de aplicación material así como sus normas de compatibilidad generales. Su ámbito de aplicación espacial, las consecuencias de estas normas de compatibilidad y la incidencia de determinadas declaraciones realizadas por los Estados parte se mencionarán de forma diferenciada al hilo del estudio de la competencia y cooperación de autoridades, del Derecho aplicable, y del régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones.

Desde un punto de vista material, el Convenio se aplica a medidas relacionadas con la responsabilidad parental, la guarda, la tutela, el acogimiento e instituciones similares (incluida la *kafala*), la representación y asistencia, así como la supervisión del menor y de sus bienes. Es importante, dentro de este

ámbito material, tener en cuenta las exclusiones a las que se refiere el art. 4, básicamente referidas al régimen de la filiación, el nombre, la emancipación, los alimentos y las sucesiones. Como cláusulas de compatibilidad, debe señalarse que, entre los Estados parte sustituye al Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores y no afecta al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores (art. 50), ni a cualquier otro Convenio presente o futuro en el que los Estados contratantes sean o puedan llegar a ser parte (art. 52). Por lo que respecta al Reglamento (CE) n° 2201/2003 (art. 61), éste prima sobre el Convenio, en competencia judicial internacional, cuando el menor resida en un Estado miembro y, en reconocimiento de decisiones, cuando el Estado de origen y el Estado requerido sean igualmente Estados miembros.

Sin perjuicio de estas consideraciones y en relación con la competencia de autoridades judiciales y administrativas, el Convenio es aplicable siempre que de sus arts. 5 ss se derive competencia para un Estado parte. La autoridad competente es la correspondiente a la residencia habitual del menor; en caso de cambio se estará a la nueva residencia y para los supuestos de menores refugiados, desplazados o con residencia no determinada, al lugar donde se encuentren (arts. 5 y 6). Si ha habido un desplazamiento ilícito, el Estado de la residencia anterior al traslado conserva su competencia y el Estado de destino sólo puede adoptar medidas urgentes (remisión al art. 11). Esta es una previsión similar, aunque más genérica, a la contenida en el art. 9 Reglamento (CE) n° 2201/2003; éste limita la competencia en el tiempo (tres meses) y para una materia concreta (modificación de resolución de derecho de visita). En cualquier caso, las autoridades del Estado del traslado adquieren competencia cuando residiendo ya el menor en dicho Estado, concurra una de las siguientes condiciones: que acceda al traslado la persona o institución que ejerza la guarda o que, habiendo transcurrido un año desde que se tuvo conocimiento del traslado, no exista petición de retorno y el menor esté integrado en el nuevo Estado (*vid.* art. 7).

Los arts. 8 y 9 prevén las dos posibilidades habituales de *forum non conveniens*. En una, la autoridad competente –y no conveniente– requiere competencia de otra, o suspende la adopción de sus medidas invitando a las partes a presentar demanda ante otra conveniente. Dicha petición es excepcional, motivada por el interés del menor y está supeditada a que la autoridad requerida la acepte. El párrafo segundo delimita las autoridades “convenientes” y, por tanto, susceptibles de ser requeridas: las correspondientes a la nacionalidad del niño o a la situación de sus bienes y también aquellas que estén conociendo de la crisis matrimonial de los progenitores y cualquier otra que presente vinculación. En otra, es la autoridad conveniente prevista en dicho art. 8.2° la que requiere de la autoridad competente que le permita actuar o la que invita a las partes a que presenten dicha petición ante la autoridad de la residencia habitual del menor (autoridad normalmente competente).

En el art. 10 se recoge la sumisión a los tribunales que conocen de la crisis matrimonial de los titulares de la responsabilidad parental. Es necesario que el menor resida en otro Estado parte, que la ley del foro matrimonial permita dicha sumisión, que ésta sea aceptada por quien ostenta responsabilidad parental y que responda al interés del menor. Al igual que ocurre en el Reglamento (CE) n° 2201/2003, la competencia de este tribunal finaliza con el proceso matrimonial. No existe en el Convenio una sumisión general no vinculada a la crisis matrimonial similar a la prevista en el art. 12.3° del referido Reglamento.

Los arts. 11 y 12 recogen una competencia basada en la presencia del menor o sus bienes en un Estado. A partir de esta identidad de foro, los requisitos y los efectos de uno y otro precepto son distintos. La competencia prevista en el art. 11 tiene su razón en una situación de urgencia, circunstancia que permite, en su caso, que las medidas adoptadas por la autoridad en cuestión puedan desplazar a medidas anteriores adoptadas por las autoridades competentes –básicamente las de la residencia habitual del menor–. Por su parte la competencia prevista en el art. 12 no está motivada por razón de urgencia; por ello, las medidas tienen una eficacia provisional y territorialmente limitada; no se plantea su reconocimiento en otro Estado parte, pues limitan su eficacia al Estado que las adopta (*vid.* P. Lagarde en el informe oficial haciendo referencia a las medidas adoptadas por las autoridades del lugar de vacaciones del menor). A diferencia de las previstas en el art. 11, las medidas derivadas del art. 12 no pueden ser incompatibles con las adoptadas por autoridades competentes y no caben en supuestos de desplazamiento ilícito.

A pesar de estas diferencias uno y otro precepto reproducen una misma distinción: que el niño afectado por la medida resida o no en un Estado parte. Si reside en un Estado parte, las medidas a las que se

refiere el art. 11 son reconocibles en el resto de Estados parte (art. 23), no existe obligación de informar a las autoridades competentes y únicamente dejan de tener efecto cuando tales autoridades competentes adoptan otras medidas. Sin embargo, las medidas previstas en el art. 12 limitan su eficacia al Estado que las adopta (sin posibilidad de reconocimiento en otros Estados parte) y quedan sin efecto cuando las autoridades competentes se pronuncien sobre las mismas (sin necesidad de que adopten otras) por ejemplo, estimando que no han sido adecuadas.

Cuando se trata de un menor no residente en un Estado parte, las medidas adoptadas por el Estado donde se halle el menor o sus bienes dejan de tener efecto desde que se reconocen las medidas adoptadas por la autoridad competente de un Estado (normalmente) no parte. En el caso del art. 11, el Estado parte donde pueden reconocerse tales medidas puede ser cualquiera, dado que las medidas adoptadas al amparo de este precepto son reconocibles en cualquier Estado parte. Sin embargo en el caso del art. 12, el Estado de reconocimiento sólo puede ser el que adoptó las medidas, dada la eficacia territorialmente limitada de las medidas derivadas de este precepto.

Como colofón de estas normas reguladoras, el Convenio se refiere escuetamente a dos normas de aplicación: una suerte de *perpetuatio iurisdictionis* (art. 14) y la abstención de oficio de la autoridad competente que entre a conocer con posterioridad, salvo que la primera autoridad haya declinado su competencia (art. 13). Debe tenerse en cuenta, además, la declaración por la que España se reserva la competencia de sus autoridades para proteger los bienes del niño situados en España, así como el derecho a no reconocer medidas incompatibles con las adoptada en estos términos

Por lo que se refiere a la compatibilidad de normas en sede de competencia, si el menor reside en un Estado parte que es miembro de la UE, el Reglamento (CE) nº 2201/2003, tendrá aplicación preferente para atribuir competencia respecto de cualquier Estado miembro (art. 61 Reglamento). Si el menor reside en un Estado parte no miembro de la UE, P. Lagarde (Informe oficial, nº 84) deriva una aplicación exclusiva del Convenio, con lo cual no parece admisible el recurso a otro instrumento. Residualmente, si el menor residiera en un Estado que no es parte del Convenio ni es miembro de la UE, cabría plantear una aplicación cumulativa de instrumentos (*ibid.*, nº 84). Ello permitiría aplicar los foros que procedan del Convenio y adicionar, en su caso, los que procedan del Reglamento (CE) nº 2201/2003, básicamente la prórroga de competencia prevista en su artículo 12.3º, e incluso los que procedan de la legislación nacional, a través de su art. 14. En todo caso deberá respetarse la vigencia del Convenio de la Haya de 1961 entre los Estados parte de éste, que no lo sean del Convenio de 1996 (China-Macao y Turquía), y los Estados firmantes de este último (art. 51).

En sede de Derecho aplicable, el art. 20 prevé la aplicación universal o *erga omnes* del Convenio. De la regulación contenida en los arts. 15 ss se distinguen varios supuestos: a) aplicación de la ley de la residencia habitual del niño para determinar la atribución o extinción de la responsabilidad parental sin intervención de autoridad. En caso de cambio de residencia la responsabilidad parental ya existente subsiste tras el cambio de residencia, aplicándose la ley de la nueva residencia a la atribución de la responsabilidad parental *ex novo*. Esta misma ley rige, según el art. 17, el ejercicio de la responsabilidad parental, aplicándose la ley de la nueva residencia en caso de cambio; b) aplicación de la *lex fori* a las medidas adoptadas por autoridad (arts. 15 y 18). En caso de cambio y a partir de éste, la ley de la nueva residencia rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas por el Estado de la anterior residencia. Excepcionalmente, y en atención a los intereses del menor, puede tomarse en consideración la ley de otro Estado que presente un vínculo estrecho (art. 15). Igualmente es importante señalar que la existencia de una responsabilidad parental *ex lege* no impide adoptar medidas previstas en el Convenio, particularmente la posibilidad de privar o modificar su ejercicio (art. 16; *vid.* comparación con art. 3 del Convenio de 1961); c) aplicación de la ley del lugar de celebración para determinar la validez del acto del representante (art. 19). Se trata de una especie de “excepción de interés nacional” adaptada a esta materia. El acto celebrado entre el tercero y el representante del menor en el territorio de un mismo Estado será válido cuando el tercero actúe de buena fe y el representante tenga tal condición según la ley de celebración, aunque no la tuviese según la ley que resultaría aplicable según el Convenio.

Estas previsiones sobre ley aplicable suplen la ausencia de normas de conflicto del Reglamento (CE) nº 2201/2003; no obstante, surge la duda de cómo interpretar la orden de aplicación de la *lex fori* en el

supuesto de que la autoridad se hubiese declarado competente por el Reglamento (CE) nº 2201/2003, y no por el Convenio. Este último podría ser aplicable para determinar el Derecho aplicable si partimos de unos foros de competencia institucionales similares a los del Convenio. La conclusión se torna más dudosa antes foros previstos por el Reglamento que no son recogidos en el Convenio, como es el caso de la sumisión a un tribunal que no sea el competente para conocer de la crisis matrimonial.

Las normas de aplicación sobre la ley aplicable se refieren a la excepción de orden público, especialmente orientada al interés del menor, la remisión a un sistema plurilegislativo y el reenvío. En la remisión a un sistema plurilegislativo, la distinción entre sistemas de base personal y sistemas de base territorial no se traduce, como es habitual, en una solución indirecta para los primeros y directa para los segundos. En ambos casos, los arts. 48 y 49 asumen una solución indirecta de partida y, para el caso de ausencia de normas en el Derecho remitido, es cuando se prevén dos soluciones subsidiarias distintas. Para los conflictos de base territorial el art. 48 remite a las previsiones del art. 47 (directas, salvo en el caso de la referencia a la nacionalidad); para los de base personal, el art. 49 propone la ley más vinculada.

Por lo que respecta al reenvío, lejos de la tendencia actual a su exclusión sin más consideraciones, el art. 21 lo admite para preservar la armonía internacional en las previsiones de Derecho aplicable de los Estados no parte. Así, en principio, se excluye, salvo que concurra la siguiente situación: la norma de conflicto convencional (NC 1) remite a un Estado no parte y la norma de conflicto de éste (NC 2) lo hace (reenvío) a otro Estado no parte. Si de la norma de conflicto de éste (NC 3) deriva que su Derecho material es el finalmente aplicable, se admite el reenvío. En otro caso, se excluiría. Piénsese en un menor residente en un Estado no parte y nacional de otro Estado igualmente no parte: el reenvío de la norma del Estado de la residencia al ordenamiento del Estado de la nacionalidad será admitido si éste último prevé la aplicación de la ley nacional del menor.

En sede de reconocimiento debe destacarse la Declaración de todos los Estados miembros en referencia al Reglamento (CE) nº 2201/2003, de modo que éste será aplicable entre Estados miembros de la UE, con independencia de la residencia del menor. Por tanto, las normas de reconocimiento del Convenio serán aplicables entre España y un Estado parte del Convenio que no sea miembro de la UE. Como dificultad a esta aplicación del Convenio en sede de reconocimiento, debe repararse en una situación similar a la expuesta en sede de Derecho aplicable; es decir, cuando el Estado de origen no hubiese aplicado las normas de competencia del propio Convenio. P. Lagarde (Informe oficial, nº 122) propone que en este caso, el reconocimiento se lleve a cabo, no por las normas del Convenio, sino por el régimen estatal o convencional bilateral. La radicalidad de esta conclusión puede verse mermada una vez que ha entrado en vigor el Reglamento 2201/2003, teniendo en cuenta su aplicación preferente en competencia judicial internacional cuando el menor resida en un Estado miembro. Al igual que en sede de Derecho aplicable, cabría plantearse la aplicación de las normas convencionales de reconocimiento cuando la norma de competencia aplicada en virtud del Reglamento no vulnerase las disposiciones de competencia del Convenio. Téngase en cuenta que el Convenio, a diferencia del Reglamento 2201/2003, establece como condición de reconocimiento el control de la competencia del juez de origen.

Asimismo, debe señalarse que la cláusula de desconexión del artículo 52 permitirá la aplicación del Convenio de Luxemburgo de 1980, sobre reconocimiento de decisiones en materia de custodia de menores, entre Estados parte en ambos Convenios (1980 y 1996) siempre que no sean Estados miembros afectados por el Reglamento 2201/2003. No obstante, la previsión del artículo 19 del Convenio de Luxemburgo (*favor recognitionis*) permitiría la aplicación de otros instrumentos más favorables al reconocimiento, en hipótesis, incluso, el propio el Convenio de La Haya de 1996.

El Convenio prevé dos tipos de reconocimiento: el automático (art. 23), sin procedimiento de homologación e inoperativo en el efecto ejecutivo (expresamente no se menciona el reconocimiento incidental) y el reconocimiento a título principal (art. 24) que ampara una acción de reconocimiento o de no reconocimiento con pretensiones de un pronunciamiento con efecto de cosa juzgada. El procedimiento de este reconocimiento a título principal se remite al previsto en la ley del Estado requerido, sin embargo, el Convenio se refiere a un procedimiento rápido y simple para la declaración de ejecutividad. Entre las condiciones de reconocimiento destaca, por contraste con el Reglamento (CE) nº 2201/2003, el control de la competencia del juez de origen conforme a las normas del propio Convenio (art. 25). Tam-

bién son motivos de no reconocimiento la falta de audiencia al menor, si ésta viola principios fundamentales del Estado requerido, o la falta de audiencia a la persona que se considere perjudicada en el ejercicio de su responsabilidad parental, aunque en ambos supuestos se exceptúan las situaciones de urgencia. A la tradicional denegación del reconocimiento por vulneración del orden público se une la fundamentada en que la medida adoptada sea incompatible con otra dictada en el Estado no parte de la residencia habitual del menor, siempre que ésta sea susceptible de reconocimiento. Finalmente, se prevé un motivo de no reconocimiento basado en el desconocimiento de la normas procedimentales sobre cooperación de autoridades previstas en el art. 33. Se refiere este precepto a la necesaria consulta previa por parte de las autoridades competentes a las autoridades de otro Estado parte donde las primeras pretendan que tenga lugar el acogimiento o colocación (incluida la *kafala*).

El capítulo V del Convenio se refiere a la cooperación de autoridades que se reconduce a través de dos previsiones: las referidas a las autoridades centrales (arts. 29 ss) y las reguladoras de las necesarias notificaciones y solicitudes entre autoridades competentes (arts. 33 ss). Las autoridades centrales son nombradas por cada Estado para cooperar en el funcionamiento de Convenio. En particular deben facilitar información sobre la legislación y servicios disponibles sobre protección del menor; ofrecer asistencia a los fines de los arts. 8 y 9 (*forum non conveniens*); procurar acuerdos amistosos y ayudar a la localización de menor. Asimismo, elaboran informes sobre la situación del menor y solicitan de las autoridades competentes que valoren la adopción de medidas. España ha designado como tal a la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional, dependiente de Ministerio de Justicia.

En cuanto al flujo de cooperación y atribuciones de las autoridades competentes, debe recordarse que cuando éstas prevean colocar a un menor en acogimiento, *kafala* o institución análoga en otro Estado parte deben elevar consulta previa orientada a su aprobación a la autoridad central o competente de este último (*vid.* remisión a causas de denegación del reconocimiento). Asimismo, pueden solicitarse informaciones de diversa índole, pudiendo los Estados declarar, como así ha hecho España, que la transmisión tenga lugar exclusivamente a través de la Autoridad central. También puede solicitarse asistencia, en particular para asegurar el derecho de visita e informar del cambio de residencia o de presencia del menor en caso de peligro para éste. Finalmente, las autoridades competentes pueden emitir certificados a los titulares de la responsabilidad parental o persona encargada de la protección del menor o de sus bienes en los que se indique su condición y la extensión de sus poderes.

Pilar RODRÍGUEZ MATEOS

Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, hecho en Ginebra el 20 de diciembre de 1996

(BOE, 18-VI-2010)

Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, hecho en Ginebra el 20 de diciembre de 1996

(BOE, 31-III-2010)

Convenio penal sobre la corrupción (Convenio nº 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999

(BOE, 28-VII-2010)

NOTA

1. El BOE de 28 de julio de 2010, ha publicado la ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio nº 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, que había sido firmado por España el 10 de mayo de 2005. Podemos encontrar los inicios de este paso decisivo contra la corrupción en el ámbito europeo en la 19ª Conferencia, celebrada en La Valeta en 1994, donde los Ministros Europeos de Justicia consideraron que la corrupción era una grave amenaza para la democracia, el imperio de la ley y los derechos humanos, por ello solicitaron del Consejo de Europa un texto multidisciplinario, capaz de adoptar una legislación apropiada a esta lucha contra la corrupción, para lo que se requeriría una mayor cooperación transfronteriza entre los Estados, así como los Estados e instituciones internacionales, mediante la adopción de medidas coordinadas a nivel europeo, lo cual implicaría la participación tanto de los Estados miembros del Consejo Europeo como de los que no eran.

Con estas recomendaciones, el Comité de Ministros creó, en septiembre de 1994, el Grupo Multidisciplinario sobre Corrupción (GMC) con el mandato de crear una serie de medidas adecuadas para formar un programa internacional de acción contra la corrupción, así como a la elaboración de leyes modelo o códigos de conductas, incluyendo la elaboración de una convención internacional sobre dicha materia y la posibilidad de elaborar un mecanismo de seguimiento para aplicar a dichos instrumentos.

En la 21ª Conferencia de Ministros europeos de Justicia, celebrada en Praga, en junio de 1997, se dejó patente la preocupación por las nuevas tendencias de delincuencia moderna, más concretamente la alta sofisticación y organización de carácter transnacional de determinadas actividades delictivas por ello, consideraron necesaria la lucha contra la delincuencia organizada y para ello era necesario una respuesta jurídica adecuada contra la corrupción. Por lo tanto, los Ministros recomendaron la necesidad de intensificar una pronta adopción de un Convenio de Derecho Penal que pudiera prever la coordinación de penalización de los delitos de corrupción y una mayor cooperación en la persecución de los mismos.

Durante la segunda cumbre, celebrada en Estrasburgo en octubre de 1997, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa, conscientes del alto crecimiento de la corrupción de delincuencia organizada, aprobaron un Plan de Acción cuyo objetivo era promover la cooperación en la lucha contra la corrupción, delincuencia organizada y dando un paso más en esta lucha, el blanqueo de dinero. Con este fin, se encargó al Comité de Ministros que adoptaran una serie de principios rectores para el desarrollo de una legislación capaz de asegurar la plena implantación de instrumentos jurídicos internacionales, así como el establecimiento de un mecanismo de control capaz de controlar la observancia de dichos principios rectores e instrumentos legales internacionales.

En su 101º periodo de sesiones, celebrado en noviembre de 1997, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptó 20 Principios Rectores para la lucha contra la corrupción. Entre estos Principios, caben destacar: garantizar la coordinación de la criminalización de la corrupción de ámbito nacional e internacional (Principio 2). Garantizar que las autoridades responsables de la prevención, investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos de corrupción, disfruten de la independencia y autonomía necesarias para el desempeño de su función, permanezcan libres de cualquier influencia indebida y puedan disponer de todos los medios necesarios para la recopilación de pruebas, así como la protección de las personas que ayudan a dichas autoridades en la lucha contra la corrupción y la preservación de la confidencialidad de las investigaciones (Principio 3). La prevención de medidas adecuadas para la posible incautación y privatización del producto proveniente de los delitos de corrupción (Principio 4). Medios adecuados para evitar la posibilidad de que persona jurídicas puedan ser utilizadas para proteger

prácticas corruptas (Principio 5). Promover la especialización tanto de personas como de entidades a cargo de la lucha contra la corrupción para proporcionarles adecuados medios y formación para el desempeño de sus funciones (Principio 7). Desarrollar en la mayor medida posible la cooperación internacional en todos los ámbitos de la lucha contra la corrupción (Principio 20).

En su 102º periodo de sesiones, de mayo de 1998, el Comité de Ministros adoptó la Resolución (98) 7, mediante la que autorizó la creación del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) [Vid. Resolution (98)7 Authorising The Partial And Enlarged Agreement Establishing The "Group Of States Against Corruption – Greco"(Adopted By The Committee Of Ministers On 5 May 1998 at its 102nd session) <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/PartialAgr/Html/Greco9807.htm>. Resolution (97) 24, On the Twenty Guiding Principles for the Fight against Corruption (Adopted by the Committee of Ministers on 6 November 1997 at the 101st session of the Committee of Ministers. Resolution (99) 5, Establishing The "Group Of States Against Corruption – Greco"(Adopted On 1 May 1999)]. En dicha Resolución se invitaba tanto a los Estados miembros como a los Estados no miembros de Consejo de Europa que habían participado en la elaboración del Acuerdo, que notificaran al Secretario General su intención de adherirse al mismo.

2. El Estatuto del GRECO fue aprobado en mayo de 1998. El Greco es un organismo que fue constituido con el objetivo de supervisar a través de un proceso de evaluación la observancia y cumplimiento de todos los Principios Rectores en la lucha contra la corrupción así como la aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales que deban adoptarse en aplicación del Programa de Acción contra la corrupción. El Acuerdo preveía la participación en un plano de igualdad tanto para los Estados miembros, como de los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración de dicho Acuerdo, y de otros Estados no miembros que son invitados a unirse.

El Grupo de Trabajo del GMC comenzó a trabajar en un proyecto de ley penal en febrero de 1996. Entre febrero de 1996 y noviembre de 1997, el Grupo Multidisciplinar contra la Corrupción celebró 10 sesiones y completó dos lecturas completas del proyecto del Convenio. En noviembre de 1997 se remitió el texto al GMC para su consideración. Tras celebrar una serie de sesiones, el GMC remitió el texto acordado en segunda lectura al Comité de Ministros. En abril de 1998, el Comité de Ministros acordó consultar a la Asamblea Parlamentaria sobre el proyecto de Convenio y solicitó al GMC que examinara las opiniones formuladas por la Asamblea y por el Comité Europeo para los Problemas Criminales (CDPC). En su 47ª sesión plenaria, el CDPC realizó un dictamen formal sobre el proyecto del Convenio, la Asamblea Parlamentaria, por su parte, aprobó su dictamen en junio de 1998. De conformidad con su mandato, el GMC tomó en consideración todas las opiniones formuladas al proyecto y finalmente se aprobó un proyecto definitivo que fue presentado ante el Comité de Ministros. En su periodo 103º de sesiones ministeriales en noviembre de 1998 el Comité de Ministros aprobó el Convenio Penal.

3. El objetivo principal de dicho Convenio, fue la elaboración de un conjunto de normas comunes relativas a ciertos delitos de corrupción, aunque en el mismo no se ofrece una definición uniforme de dicho concepto. Un estudio realizado por el Grupo mostró que en la cooperación internacional de la lucha contra la corrupción transnacional de funcionarios públicos extranjeros, se encuentran con dos tipos de dificultades, una es la definición de los delitos de corrupción, con frecuencia divergentes debido al significado del concepto de "funcionario público" adoptado por las distintas legislaciones nacionales y la otra, se refiere a los medios y vías de cooperación internacional, en la que los obstáculos políticos y de procedimiento en muchas ocasiones retrasan o incluso impiden el enjuiciamiento de los delincuentes. Mediante la armonización de la definición de los delitos de corrupción, el requisito de doble incriminación será evitado por las Estados parte del Convenio y a su vez las disposiciones relativas a la cooperación internacional permitirán y facilitarán una comunicación más directa y rápida entre las autoridades nacionales competentes de diferentes Estados.

Debemos recordar que cuando al Grupo se le encomienda la labor de definir qué es corrupción, este debe tener en cuenta, de un lado, el Acto del Consejo, de 26 de mayo de 1997, por el que se establece, sobre la base de la letra c) del ap. 2 del art. K.3 TUE, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados

miembros de la Unión Europea (DO C 195 de 25.6.1997), ya que en dicho instrumento jurídico se define tanto la corrupción activa como la pasiva y de otro lado, también tendrá que tener en consideración, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), aprobada el 17 de diciembre de 1997 en el que al igual que en el anterior se define dicho concepto. Así pues, el GMC inició su labor sobre una base jurídica e inicialmente definió la corrupción como:

“Corruption as dealt with by the Council of Europe's GMC is bribery and any other behaviour in relation to persons entrusted with responsibilities in the public or private sector, which violates their duties that follow from their status as a public official, private employee, independent agent or other relationship of that kind and is aimed at obtaining undue advantages of any kind for themselves or for others”.

Esta definición fue desarrollándose hasta obtener una criminalización de la corrupción tanto en su forma activa como pasiva, abarcando tanto el sector público como el privado así como el tráfico de influencias, conducta ésta estrechamente vinculada esta conducta delictiva.

Por lo tanto el presente Convenio tiene como una de sus características principales, su amplio ámbito de aplicación, que refleja el enfoque adoptado por el Consejo de Europa en la lucha contra la corrupción, considerando a ésta como una amenaza de los valores democráticos, de los derechos humanos y sociales, así como una práctica contraria para el progreso económico de cualquier Estado de Derecho.

4. Sumariamente podemos decir que, el Convenio hace una armonización de los términos de funcionario público, juez y personas jurídicas. El término “funcionario público” se utiliza en los arts. 2 y 3, así como en el art. 5.a). La novedad reside en que se considerará funcionario público tanto a un oficial como un alcalde, un ministro o un juez, lo que conllevará que todos los países que hayan ratificado este Convenio, tendrán que asimilar estos cargos al de funcionarios públicos. El término “persona jurídica” aparece en el art. 18 (bajo el epígrafe “Responsabilidad Corporativa”), en este caso, no hace una definición autónoma, sino que se permite a los Estados a utilizar su propia definición, siempre y cuando, dicha definición figure en su Derecho societario y penal nacional (art. 1.b). En su Capítulo II, hará una especial mención al conjunto de medidas legislativas que deberán adoptarse con carácter nacional para tipificar y castigar tanto la corrupción activa como la pasiva de los funcionarios nacionales, de miembros de asambleas públicas nacionales, de agentes públicos extranjeros, la corrupción pasiva y activa en el sector privado y la de funcionarios extranjeros y jueces y agentes de cortes penales internacionales. Otro aspecto a tener en cuenta es que a los efectos de los delitos de corrupción activa, se excluyen expresamente del ámbito de aplicación de la definición de Estado u otros organismos públicos que ejercen la autoridad del Estado, como los ministerios u organismos del gobierno local, así como las organizaciones internacionales públicas tales como el Consejo de Europa. La excepción se refiere a los distintos niveles de gobierno: estatal, regional o las entidades locales en el ejercicio de los poderes públicos. En el capítulo III se designa al GRECO como la institución encargada del seguimiento de la aplicación de los instrumentos jurídicos del presente Convenio por las Partes. Este principio se consideró desde el principio un elemento esencial para la eficacia y credibilidad de la iniciativa del Consejo de Europa. En el Capítulo IV mostrará una serie de medidas instrumentales sobre cooperación internacional, asistencia mutua, extradición, información espontánea, autoridad central, comunicación directa e información entre las Partes. Este capítulo fue objeto de largas jornadas de debate por parte del Grupo. Las deliberaciones se concentraron en si este capítulo IV del Convenio debía de ser redactado de una manera exhaustiva o simplemente hacer una referencia cruzada a los distintos Tratados multilaterales y bilaterales firmados hasta aquel momento sobre esta materia. Los que eran partidarios de esta última opción, consideraban que de este modo se evitaba el problema de que existiera un posible riesgo de confusión por la posibilidad de multiplicar el número de normas sobre la cooperación ya existentes sobre dicha materia o incluso que dicha exhaustividad provocara una menor adherencia por parte de los Estados. No debemos olvidar que el capítulo IV a diferencia del Convenio ONCE, si se les permite a los Estados formular reservas (art 37). El Grupo finalmente, consideró que era de gran utilidad el insertar un capítulo sobre la cooperación, porque este serviría como base jurídica para la ayuda entre los distintos Estados y se justificó porque con

ello se podría evitar los tropiezos que se suelen encontrar los Estados para obtener la cooperación necesaria para el enjuiciamiento de los delitos de corrupción. Este problema ya fue reconocido por “Appel de Geneve”. Tal y como se redactó este capítulo, la cooperación se vería reforzada no solamente entre los Estados Parte, sino también para los Estados que podrían convertirse en Partes en el presente Convenio sirviendo dicha sección como base legal a los distintos Estados en una materia tan complicada como es la cooperación entre distintos Estados soberanos. Por todo lo anterior, los redactores de la Convención decidieron redactar el presente capítulo como un conjunto de normas subsidiarias que deberían ser aplicadas únicamente en ausencia de disposiciones más favorables existentes en los distintos Tratados multilaterales y bilaterales existentes hasta el momento sobre materia de corrupción.

5. El art. 25 fue concebido como una introducción a todo el capítulo IV. Su objetivo fue el de conciliar todos los Tratados o Acuerdos sobre cooperación internacional en materia penal con necesidad de establecer una base jurídica específica para la cooperación al amparo del presente Convenio. De acuerdo con su párrafo 1, las Partes se comprometen a conceder a la otra la más amplia cooperación posible sobre la base de los instrumentos internacionales, acuerdos celebrados en base a una legislación uniforme o recíproca y la propia legislación nacional a los efectos de las investigaciones y procedimientos relacionados con los delitos tipificados con arreglo a esta Convención. Por ello se incluye Convenio Europeo sobre Extradición (ETS No. 24) y sus Protocolos adicionales (ETS No 86 y 98), relativo a la asistencia judicial en materia penal (ETS No. 30) y su Protocolo (ETS No. 99), relativo a la vigilancia de los delincuentes condenados o en libertad condicional (ETS No. 51), Convenio sobre la validez internacional de las sentencias penales (ETS No. 70), sobre la transmisión de procedimientos en materia penal (ETS No. 73), Convenio sobre el traslado de personas condenadas (ETS No. 112), Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de productos del delito (ETS No. 141). Así mismo el presente Convenio pretende abarcar los acuerdos multilaterales celebrados en el seno de otras organizaciones supranacionales e internacionales, así como los acuerdos bilaterales suscritos entre las Partes. Toda la referencia a los instrumentos internacionales sobre cooperación internacional en materia penal no se limita a los instrumentos en vigor en el momento de la entrada en vigor del presente Convenio, sino que también abarca los instrumentos que se pueden adoptar en el futuro.

6. El Capítulo V abarca los arts. 32 al 42, ambos inclusive, con algunas excepciones en este capítulo encontramos, en su mayor parte las “cláusulas finales” típicamente aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Merece una especial atención el art. 32. Su apartado 1 fue redactado prestando atención a los precedentes establecidos por varios Convenios previamente elaborados en el marco del Consejo de Europa, entre ellos cabe destacar, el Convenio sobre Traslado de Persona Condenadas (ETS No.112), y el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de productos del delito (ETS No. 141), que permiten la firma no sólo por parte de los Estados miembro del Consejo de Europa sino también de los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración de la Convención. Estos estados fueron: Belarús Bosnia y Herzegovina, Canadá, Georgia, la Santa Sede, Japón, México y los Estados Unidos de América. Una vez ha entrado en vigor el presente Convenio, de conformidad con su párrafo 3 de este artículo 32, otros Estados no miembro que no se ajusten a lo establecido en esta disposición, puede ser invitado a adherirse a la Convención de conformidad con el artículo 33, apartado 1. En este mismo artículo 32, en su apartado 3, se nos indica que se requerían 14 ratificaciones para la entrada en vigor del Convenio, este número, es un número inusualmente alto de ratificaciones requeridas respecto a cualquier otro Convenio elaborado por el Consejo de Europa. La razón es que la penalización de la corrupción, más concretamente, de la corrupción internacional, únicamente puede ser eficaz si un gran número de Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias, al mismo tiempo. El Consejo reconoció que las prácticas corruptas, tienen un gran impacto sobre el comercio internacional debido a que éstas obstaculizan la correcta aplicación de las normas de competencia e imposibilitan el correcto funcionamiento de una economía de mercado.

7. En los arts. 24, 32, aps. 3 y 4 y el art. 33, ap. 2, cuando indica la “entrada en vigor”, ésta implica una adhesión automática e imperativa al GRECO por parte de los Estados Contrayentes que no eran miembros de este órgano de control en el momento de ratificación del presente Convenio. El art. 33,

también fue redactado bajo la influencia de anteriores Convenios elaborados en el marco del Consejo de Europa. Por ello, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, previa consulta con los Estados Contratantes en el Convenio, podrá invitar a la Comunidad Europea, así como a cualquier Estado no miembro del Consejo que no haya participado en su elaboración, a adherirse al presente Convenio, mediante decisión adoptada por la mayoría prevista en el art. 20.d del Estatuto del Consejo de Europa y por unanimidad de los representantes de los Estados Contratantes con derecho a pertenecer al Comité de Ministros. De conformidad con lo establecido en el art. 35 Convención de Viena de 1969, sobre el derecho de los tratados, cuyo objeto era el de garantizar la coexistencia del presente Convenio con otros tratados multilaterales o bilaterales, que se traten de materias también abordadas por este Convenio. Estos aspectos se tratan en el art. 35, ap. 1, como “asuntos especiales”. En el ap. 2 de este mismo artículo se expresa de manera positiva que las “podrán concertar entre sí acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a las cuestiones reguladas por el presente Convenio, con el fin de completar o reforzar lo dispuesto en el mismo o para facilitar la aplicación de los principios consagrados en él. Por lo que a sensu contrario las Partes no podrán celebrar acuerdos que sean contrarios al presente Convenio. El ap. 3, se encarga de la protección de la continua aplicación de Acuerdos, Tratados o demás relaciones que tengan las mismas materias que este Convenio. En su art. 36, se ofrece a las Partes, la posibilidad de declarar que se criminalice tanto el soborno activo de los funcionarios públicos extranjeros, como el de organizaciones internacionales como de los jueces y funcionarios de los tribunales internacionales, aunque con un límite, en la medida de la ventaja indebida ofrecida, prometida o entregada al sobornado, realice o se abstenga de realizar el acto incumpliendo sus deberes oficiales. Para los redactores del Convenio, el concepto de “incumplimiento de sus deberes” debe ser entendido en un sentido amplio, por lo que también se implica que el funcionario público tiene el deber de ejercer un juicio o criterio imparcial (*“the public official had a duty to exercise judgement or discretion impartially”*). En su art. 37 en los aps. 1 y 2, enumera una serie de posibilidades de reservas, la intención del Grupo fue la de redactar un documento muy ambicioso, que preveía la penalización de una amplia gama de delitos de corrupción, incluyendo algunos que hasta aquel momento eran relativamente nuevo para muchos de los Estados. Así mismo, establece normas de mayor alcance por razones de jurisdicción. El objetivo de todo esto, no era otro, que el de obtener un mayor número de ratificaciones a este Convenio, pero siempre estableciendo un equilibrio entre el interés de las Partes Contratante para poder disfrutar de una mayor flexibilidad en el proceso de adaptación a las obligaciones convencionales y la necesidad para poder garantizar la progresiva aplicación de este instrumento. No obstante lo anterior, los redactores tuvieron en cuenta restringir en la medida de lo posible las posibilidades de hacer reservas con la finalidad de garantizar en la mayor medida posible una aplicación uniforme del Convenio por las Partes Contratantes. Las reservas o declaraciones sólo se podrían hacer en el momento de la ratificación con respeto de las disposiciones mencionadas en los párrafos 1 y 2, porque contienen un *numerus clausus*. Es también importante señalar que el ap. 4 de esta disposición limita el número de reservas que cada Parte Contratante podrá realizar. Así mismo las reservas y declaraciones tendrían una validez limitada de 3 años salvo renovación expresa (art. 38), pasado dicho periodo de tiempo, se especifica que procedimiento seguir para la caducidad automática de las declaraciones o reservas. Por último se nos habla de la obligación de justificación ante el GRECO, cuando así se solicite, la renovación de una declaración o reserva. El Grupo consideró que este requisito era importante, el GRECO podría requerir una explicación al inicio o durante el periodo de validez de las declaraciones o reservas. En el supuesto de una renovación, no sería necesaria una solicitud previa por parte del GRECO, la Partes Contratantes, tienen la obligación automática de aportar dichas explicaciones antes de la mencionada renovación. En todo caso, el GRECO siempre tendrá la posibilidad de examinar las explicaciones proporcionadas por la Parte, para justificar la continuación de las declaraciones o reservas.

8. Los redactores de este Convenio, pretendieron mediante este mecanismo de control, proporcionar una mayor influencia a esta institución. En cuanto al procedimiento de enmienda, se siguen dos procedimientos, uno para aquellas de menor importancia, a través de un procedimiento estándar indicado en el propio art. 39 y los de mayor importancia que se deberán realizar a modo de protocolos adicionales. Por otra parte, de conformidad con el art. 37, ap. 5, las enmiendas aprobadas entrarían únicamente en vigor

cuando todas las Partes hubieren informado al Secretario General de su aceptación. Por otro lado, no debemos olvidar que el procedimiento de modificación previsto en este instrumento jurídico, implica la consulta de los Estados Parte que no son miembros de dicho Convenio, del Comité de Ministros o del Comité Europeo para los Problemas Criminales (CDPC).

Junto con el análisis sucinto que acabamos de realizar, no debemos olvidar la consecuencia lógica que se produce cuando un Estado ratifica cualquier Tratado, generalmente, dicha ratificación provoca una serie de cambios en el Ordenamiento Jurídico de dicho Estado, por lo que dicha legislación tendrá que adecuarse en mayor o menor medida a esos cambios para incorporar las obligaciones aceptadas en virtud de la Convención a su Normativa interna, así sucedió con la ratificación del Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la necesidad de adaptar nuestro Ordenamiento a esas recientes obligaciones internacionales provocó la necesidad de aprobar una serie de Leyes Orgánicas (3/200 y 15/2003) que incorporarían a nuestro Código penal el delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales, art. 445 *bis*, figura inexistente en nuestro Código hasta entonces. De manera similar, ha ocurrido al ser ratificado el presente Convenio Penal por el Estado Español, se adecuó nuestra legislación a los importantes cambios producidos en los delitos de cohecho como consecuencia de este compromiso internacional, esta adecuación se llevó a cabo mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, que modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, mediante dicha ley se realizó una adaptación de las penas, exigiendo penas privativas de libertad para aquellos casos graves que puedan dar lugar a la extradición. Así mismo también se buscó la conveniencia de extender el concepto de funcionario para que diera alcance o cobertura a la figura, tanto del funcionario comunitario como el funcionario extranjero al servicio de otro país miembro de la Unión Europea.

Poco a poco el ordenamiento jurídico español se va adecuando a las tendencias de armonización que van adoptando el resto de Estados, tanto americanos como europeos, no obstante lo anterior, todavía queda un largo camino por recorrer para en las prácticas comerciales internacionales no exista esta especie de hábito mal adquirido llamado corrupción.

Ana M^a. SÁEZ CRESPO

Doctoranda del Departamento de Derecho internacional público y de
Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid

Convenio relativo a la expedición de certificados de nacionalidad (Convenio de la Comisión Internacional del Estado Civil, n° 28), hecho en Lisboa el 14 de septiembre de 1999

(BOE, 9–XI–2010)

Los Estados signatarios del presente Convenio, miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil,

Deseosos de facilitar la prueba en el extranjero de la nacionalidad de sus nacionales,

Considerando las disposiciones referentes a la expedición de certificados de nacionalidad previstas por el Convenio Europeo sobre Nacionalidad hecho en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997,

Han convenido en las siguientes disposiciones:

Art. 1. A efectos del presente Convenio, el término “nacionalidad” designará el vínculo

jurídico entre una persona y un Estado y no indicará el origen étnico de la persona.

Art. 2. Los Estados contratantes se comprometen a expedir certificados de nacionalidad destinados a servir de prueba de la nacionalidad de sus nacionales ante las autoridades de los demás Estados contratantes.

Art. 3. 1. El certificado será expedido a solicitud de la persona cuya nacionalidad certifique. Asimismo será expedido, previa solicitud motivada, a otra persona si justifica un interés jurídico legítimo.

2. Será extendido por la autoridad competente designada por el Derecho interno del Estado que lo expida.

3. Si lo pide el solicitante la autoridad que haya extendido el certificado lo enviará directamente a la autoridad del Estado que haya solicitado su presentación.

4. El certificado deberá expedirse en un plazo razonable.

Art. 4. 1. Los certificados extendidos de conformidad con el presente Convenio serán reconocidos en todos los Estados contratantes.

2. Deberán ser aceptados en los plazos previstos por la ley o las prácticas administrativas del Estado en que se utilicen.

Art. 5. 1. Los certificados darán fe salvo prueba en contrario.

2. En caso de duda grave sobre la autenticidad del documento o sobre la nacionalidad del interesado, las autoridades del Estado en que se utilice el certificado podrán solicitar a la autoridad que lo haya expedido que les envíe un nuevo certificado o proceder a una comprobación de la nacionalidad. Los intercambios entre esas autoridades se producirán directamente.

Art. 6. 1. En el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Estado deberá designar las autoridades competentes para expedir el certificado previsto en el presente Convenio.

2. Cualquier modificación posterior de esa designación será notificada al Consejo Federal Suizo.

Art. 7. 1. El certificado se extenderá de conformidad con el modelo que figura en el Anexo 1 del presente Convenio. Se redactará en la lengua de la autoridad que lo expida y en lengua francesa.

2. Todas las inscripciones que deban consignarse en el certificado se escribirán en caracteres latinos de imprenta; podrán también escribirse en los caracteres de la lengua de la autoridad que lo expida.

3. Las fechas se inscribirán en cifras arábigas indicando sucesivamente, con los símbolos Jo, Mo y An, el día, el mes y el año. El día y el mes se indicarán con dos cifras, y el año con cuatro cifras. Los nueve primeros días del mes y los nueve primeros meses del año se indicarán con cifras que vayan de 01 a 09.

4. El nombre de cualquier lugar mencionado en el certificado irá seguido por el nombre del Estado en que esté situado ese lugar.

Art. 8. En el reverso de cada certificado deberán figurar:

a) una referencia al Convenio, al menos en la lengua o una de las lenguas oficiales de cada uno de los Estados que, en el momento de la firma del presente Convenio, sean miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil,

b) un resumen de los arts. 2, 3, 4, 5, 7 y 12 del Convenio al menos en la lengua de la autoridad que expida el certificado.

Art. 9. Los epígrafes invariables que figuran en el anverso del certificado estarán provistos de códigos numéricos cuya lista figura en el Anexo 2 del presente Convenio.

Art. 10. 1. Cada Estado contratante deberá depositar en poder de la Secretaría General de la Comisión Internacional del Estado Civil la traducción a su o sus lenguas oficiales de los términos incluidos en la lista que figura en el Anexo 2 del presente Convenio. Dicha traducción deberá ser aprobada por la Mesa de la Comisión Internacional del Estado Civil.

2. Cualquier modificación introducida en dicha traducción deberá depositarse en poder de la Secretaría General de la Comisión Internacional del Estado Civil y ser aprobada por la Mesa de la Comisión Internacional del Estado Civil.

Art. 11. 1. La codificación de los epígrafes contenidos en el certificado y la lista de códigos recogidos en el Anexo 2 podrán modificarse mediante resolución votada por mayoría simple por los representantes de los Estados Miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil y de los Estados contratantes no miembros. Cualquier modificación deberá tener en cuenta los códigos utilizados en los demás Convenios de la Comisión Internacional del Estado Civil.

2. La resolución a que se refiere el primer apartado se depositará en poder del Consejo Federal Suizo.

Art. 12. 1. Si lo pide el solicitante, la autoridad que expida el certificado unirá la lista de los códigos que figuren en el certificado y su traducción en la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del Estado en que será utilizado el certificado, o en las lenguas oficiales de los Estados

contratantes. Esta misma autoridad podrá proceder también a la descodificación traduciendo el certificado en la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del Estado en que será utilizado.

2. Cualquier interesado podrá solicitar de la autoridad competente del Estado en que se utilice el certificado que traduzca los códigos en la lengua oficial o una de las lenguas oficiales de ese Estado o que proceda a la descodificación del certificado.

3. En el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación del presente Convenio o de la adhesión al mismo, cada Estado contratante designará las autoridades competentes para traducir los códigos o proceder a la descodificación de conformidad con las disposiciones del ap. 2. Cualquier modificación posterior de esas autoridades será notificada al Consejo Federal Suizo.

Art. 13. 1. Los certificados indicarán el nombre y calidad de quien los haya expedido. Irán fechados y provistos de la firma y sello requeridos.

2. Los certificados estarán dispensados de traducción, legalización o cualquier formalidad equivalente.

Art. 14. Las disposiciones del presente Convenio no impedirán la utilización de otros documentos habitualmente admitidos para probar la nacionalidad.

Art. 15. El presente Convenio se ratificará, aceptará o aprobará y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Consejo Federal Suizo.

Art. 16. 1. Cualquier Estado miembro de la Comisión Internacional del Estado Civil, de la Unión Europea o del Consejo de Europa podrá adherirse al presente Convenio.

2. Después de su entrada en vigor, cualquier otro Estado podrá adherirse al Convenio. Esa adhesión sólo tendrá efecto en las relaciones entre el Estado adherido y los Estados contratantes que no hayan presentado objeciones al respecto en un plazo de seis meses después de la recepción de la notificación prevista en el ap. 1 del art. 21. Asimismo, cualquier Estado podrá presentar tal objeción en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del Convenio con posterioridad a dicha adhesión. Esas objeciones serán notificadas al Consejo Federal Suizo.

3. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Consejo Federal Suizo.

Art. 17. 1. El presente Convenio entrará en vigor el primer día del cuarto mes siguiente al del depósito del segundo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por dos Estados Miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil.

2. Con respecto al Estado que lo ratifique, acepte, apruebe o se adhiera después de su entrada en vigor, el Convenio surtirá efecto el primer día del cuarto mes siguiente al del depósito por ese Estado del instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

3. La resolución a que se refiere el art. 11 surtirá efecto, en las relaciones entre los Estados contratantes, a partir del primer día del cuarto mes siguiente a su depósito.

Art. 18. No se admitirá ninguna reserva al presente Convenio.

Art. 19. 1. Cualquier Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en cualquier otro momento posterior, podrá declarar que el presente Convenio será extensivo al conjunto de los territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable en el plano internacional, o a uno o varios de ellos.

2. Esta declaración será notificada al Consejo Federal Suizo y la extensión surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor del Convenio para el mencionado Estado o, posteriormente, el primer día del cuarto mes siguiente al de la recepción de la notificación.

3. Cualquier declaración de extensión podrá ser retirada mediante notificación dirigida al Consejo Federal Suizo y el Convenio dejará de ser aplicable al territorio designado el primer día del cuarto mes siguiente al de la recepción de la mencionada notificación.

Art. 20. 1. El presente Convenio permanecerá en vigor indefinidamente.

2. Cualquier Estado Parte en el presente Convenio tendrá no obstante la facultad de denunciarlo en cualquier momento una vez cumplido el plazo de un año a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio respecto de ese Estado. La denuncia será notificada al Consejo Federal Suizo y surtirá efecto el primer día del sexto mes siguiente al de la recepción de esa notificación. El Convenio seguirá vigente entre los demás Estados.

Art. 21. 1. El Consejo Federal Suizo notificará a los Estados Miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil y a cualquier otro Estado que se haya adherido al presente Convenio:

- a) el depósito de todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
- b) toda fecha de entrada en vigor del Convenio;
- c) toda declaración formulada en virtud de los arts. 6 y 12;
- d) toda resolución tomada en aplicación del art. 11 con la fecha en que surtirá efecto;
- e) toda objeción hecha en aplicación del art. 16;
- f) toda declaración referente a la extensión territorial del Convenio o su retirada, con la fecha en que surtirá efecto;
- g) toda denuncia del Convenio y la fecha en que surtirá efecto.

2. El Consejo Federal Suizo comunicará al Secretario General de la Comisión Internacional

del Estado Civil toda notificación hecha en aplicación del ap. 1.

3. En el momento en que entre en vigor el presente Convenio, el Consejo Federal Suizo transmitirá una copia certificada conforme al Secretario General de las Naciones Unidas para su registro y publicación, de conformidad con el art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados al efecto, firman el presente Convenio.

Hecho en Lisboa el 14 de septiembre en un único ejemplar, en francés, que se depositará en los archivos del Consejo Federal Suizo, y del que se entregará, por vía diplomática, copia certificada conforme a cada uno de los Estados Miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil y a los Estados adheridos. Asimismo, se remitirá copia certificada conforme al Secretario General de la Comisión Internacional del Estado Civil.

NOTA

1. Con este Convenio los Estados contratantes se comprometen a expedir certificados de nacionalidad destinados a servir de prueba de la de sus nacionales ante las autoridades del resto de Estados contratantes. De los dieciséis Estados miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) sólo ha entrado en vigor para España y Turquía. Independientemente del alcance práctico que pueda tener en estos momentos, dado el escaso número de firmas, ratificaciones, aceptaciones o aprobaciones que se han producido, en previsión de la importancia que pueda alcanzar en un dilatado espacio de tiempo, algo habitual en los Convenios de la CIEC, interesa resaltar alguno de sus puntos. El art. 6 establece que es necesario, en el momento de la ratificación, la designación de las autoridades competentes para expedir el ya citado certificado. En el caso español dichas autoridades serán los Encargados del Registro Civil municipal o consular del domicilio del interesado. Esta autoridad coincide con la establecida en la Instrucción de 14 de abril de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre expedición por el Encargado del Registro Civil del certificado de nacionalidad española (BOE, 30-IV-1999). Curiosamente esta Instrucción se publica en el BOE cinco meses antes de la realización del Convenio nº 28 en Lisboa, en septiembre de 1999. El contenido de la Instrucción no pierde eficacia con la entrada en vigor del citado Convenio. Puede incluso resultar útil para intentar aclarar el contenido del art. 5. En este sentido, se dispone que los certificados darán fe salvo prueba en contrario. En caso de duda grave sobre la autenticidad del documento o sobre la nacionalidad del interesado, las autoridades del Estado en que se utilice el certificado podrán solicitar a la autoridad que lo haya expedido que les envíe un nuevo certificado o proceder a una comprobación de la nacionalidad. La “duda grave” recae sobre los problemas en la autenticidad o en la nacionalidad. La redacción del Convenio parece unir la falta de autenticidad del documento con la posibilidad de solicitar el envío de un nuevo certificado, y cuando la autoridad receptora del certificado tenga duda grave sobre la nacionalidad del interesado, pueda proceder a una “comprobación” de la nacionalidad. Si presumimos la autenticidad de los certificados expedidos por la autoridad competente, salvo error grave no debería ponerse en duda su contenido. El Encargado del Registro sabe que el Registro Civil constituye la prueba preferente de la nacionalidad española, existiendo una vez inscripción marginal en el asiento de nacimiento que acredita la recuperación o la adquisición sobrevenidas; que otras veces la confrontación de la inscripción de nacimiento en España de una

persona con las inscripciones de nacimiento, también en España, de sus progenitores, hace entrar en juego la presunción legal sobre la nacionalidad española; que hay una anotación al margen del asiento de nacimiento practicada como resultado del expediente para declarar la nacionalidad española con valor de presunción (Instrucción de 14 de abril de 1999). Por lo tanto, según el Convenio las autoridades españolas (Encargado o Cónsul) podrán expedir el certificado atendiendo al Anexo 1 del Convenio, declarando la nacionalidad. Siempre y cuando el Registro Civil no pruebe lo contrario, las autoridades españolas podrán expedir certificado a la vista de la oportuna certificación literal de nacimiento del interesado, si no hay elementos de sospecha de que aquél haya podido incurrir en causa de pérdida legal de la nacionalidad española, o se den las circunstancias de la posesión de Estado de la nacionalidad española. Resultaría complejo que una autoridad extranjera pueda tener dudas graves sobre la nacionalidad del interesado y proceda a una comprobación de la nacionalidad por otros medios, salvo que el Convenio entienda que la “duda grave” se entiende conjuntamente con la autenticidad y el contenido, o que autenticidad y duda sobre la nacionalidad vayan unidos y el nuevo certificado que se solicite vaya acompañado de una nueva comprobación de la nacionalidad por parte de las autoridades españolas. Los certificados extendidos de conformidad con el Convenio serán reconocidos en todos los Estados contratantes, tal y como dispone el art. 4 en combinación con el ya reseñado art. 5.

2. El Convenio intenta evitar hipotéticos conflictos políticos con una entrecomillada nacionalidad. Concretamente su art. 1 dispone que a efectos del presente Convenio, el término “nacionalidad” designará el vínculo jurídico entre una persona y un Estado y no indicará el origen étnico de la persona. Para evitar cierto tipo de problemas debe resaltarse la declaración formulada por España para el caso de que se tenga que aplicar a Gibraltar. De esta forma, el procedimiento previsto en el Régimen relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de ciertos tratados internacionales acordado por España y el Reino Unido el 19 de diciembre de 2007, se aplicará al Convenio nº 28. Se entiende la participación de las autoridades gibraltareñas en la aplicación del Convenio en el marco de las competencias internas de Gibraltar que, tienen su origen y competencia en la distribución y atribución de competencias efectuadas en el Reino Unido de conformidad con lo previsto en su legislación interna como Estado soberano del que depende Gibraltar. La eventual participación de las autoridades gibraltareñas en la aplicación del Convenio nº 28 no podrá considerarse que produce cambio alguno respecto de lo señalado anteriormente. No obstante, no deberíamos obviar el contenido del art. 19 del Convenio que entiende que cualquier Estado en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión, o en cualquier otro momento posterior, podrá declarar que el presente Convenio será extensivo al conjunto de territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable en el plano internacional.

3. A efectos prácticos interesa referirse al articulado que expresamente aparece enunciado en el reverso del certificado de nacionalidad recogido en el Anexo 1. En primer lugar, el certificado se otorga a solicitud de la persona cuya nacionalidad haya que certificar o también a solicitud motivada de otras personas, si se justifica un interés legítimo, pudiendo ser enviado, si así se solicita, directamente por la autoridad que lo haya otorgado a la autoridad que ha solicitado su expedición. Contribuye sin duda a facilitar la transmisión de certificados, si bien pueden surgir algunas dudas en los casos en que no se haga directamente la transmisión. Un interesado que lea el reverso del certificado encuentra una redacción que omite la parte final del art. 4: “El certificado debe ser aceptado por los otros Estados contratantes durante el plazo determinado por su ley o sus prácticas administrativas”. El citado art. 4 del Convenio dispone, por su parte que los certificados: “Deberán ser aceptados en los plazos previstos por la ley o las prácticas administrativas del Estado en que se utilicen”. No hubiese resultado excesivamente costoso trasladar el artículo íntegro para evitar cualquier interpretación sobre los plazos previstos por la ley del Estado receptor y no del emisor.

Eloy GAYÁN RODRÍGUEZ

Profesor titular de Derecho internacional privado
Universidad de A Coruña

Convenio Civil sobre la Corrupción (nº 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999

(BOE, 31-III-2010)

PREÁMBULO

Los Estados miembros del Consejo de Europa, los demás Estados y la Comunidad Europea, signatarios del presente Convenio,

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus miembros;

Reconociendo la importancia de fortalecer la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción;

Poniendo de relieve que la corrupción constituye una grave amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, la equidad y la justicia social, que obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro el funcionamiento correcto y leal de las economías de mercado;

Reconociendo las consecuencias económicas negativas de la corrupción sobre las personas, las empresas y los Estados, así como sobre las instituciones internacionales;

Convencidos de la importancia que para el derecho civil tiene contribuir a la lucha contra la corrupción, en particular haciendo posible que las personas que hayan sufrido daños reciban una compensación equitativa;

Recordando las conclusiones y resoluciones de la 19ª (Malta, 1994), 21ª (República Checa, 1997) y 22ª (Moldova, 1999) Conferencias de Ministros Europeos de Justicia;

Teniendo en cuenta el Programa de Acción contra la Corrupción adoptado por el Comité de Ministros en noviembre de 1996;

Teniendo asimismo en cuenta el estudio relativo a la posibilidad de elaborar un convenio sobre las acciones civiles para la indemnización de los daños resultantes de actos de corrupción, aprobado por el Comité de Ministros en febrero de 1997;

Teniendo presente la Resolución (97) 24 referente a los 20 Principios Rectores de la Lucha contra la Corrupción, adoptada por el Comité de Ministros en noviembre de 1997 con ocasión de su 101º Período de Sesiones, la Resolución (98) 7 por la que se autoriza la adopción del Acuerdo Parcial Ampliado por el que se establece el “Grupo

de Estados contra la Corrupción (GRECO)”, adoptada por el Comité de Ministros en mayo de 1998 con ocasión de su 102º Período de Sesiones, y la Resolución (99) 5 por la que se establece el GRECO, adoptada el 1 de mayo de 1999;

Recordando la Declaración Final y el Plan de Acción adoptado por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa en su Segunda Cumbre, celebrada en Estrasburgo, en octubre de 1997;

Han convenido en lo siguiente:

Capítulo I**Medidas que deberán adoptarse a nivel nacional**

Art. 1. Objeto. Cada Parte establecerá en su derecho interno procedimientos eficaces en favor de las personas que hayan sufrido daños resultantes de actos de corrupción, con el fin de permitirles defender sus derechos e intereses, incluida la posibilidad de obtener indemnización por dichos daños.

Art. 2. Definición de corrupción. A los efectos del presente Convenio se entenderá por “corrupción” el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida.

Art. 3. Indemnización por daños. 1. Cada Parte dispondrá en su derecho interno que las personas que hayan sufrido daños resultantes de un acto de corrupción tengan el derecho a iniciar acciones a fin de obtener la indemnización íntegra de dicho daño.

2. Dicha indemnización podrá cubrir los daños patrimoniales, el lucro cesante y los daños no patrimoniales.

Art. 4. Responsabilidad. 1. Cada Parte dispondrá en su derecho interno que deberán reunir-

se las siguientes condiciones para que pueda indemnizarse el daño:

i) que el demandado haya cometido o autorizado el acto de corrupción, o no haya tomado las medidas adecuadas para impedir el acto de corrupción;

ii) que el demandante haya sufrido un daño; y

iii) que exista nexo de causalidad entre el acto de corrupción y el daño.

2. Cada parte dispondrá en su derecho interno que, en caso de que varios demandados sean responsables de daños resultantes del mismo acto de corrupción, éstos serán responsables solidariamente.

Art. 5. Responsabilidad del Estado. Cada Parte establecerá en su derecho interno procedimientos apropiados para que las personas que hayan sufrido daños resultantes de un acto de corrupción cometido por sus agentes públicos en el ejercicio de sus funciones puedan reclamar indemnización al Estado o, si se trata de una Parte que no sea Estado, a las autoridades competentes de dicha Parte.

Art. 6. Culpa concurrente. Cada Parte dispondrá en su derecho interno que podrá reducirse o suprimirse la indemnización del daño teniendo en cuenta todas las circunstancias, en el caso de que el demandante haya contribuido, con su culpa, a que se produzca el daño o a su agravación.

Art. 7. Plazos de prescripción. 1. Cada Parte dispondrá en su derecho interno que las acciones de reparación de daños prescribirán transcurrido un plazo no inferior a tres años a partir de la fecha en que la persona que haya sufrido el daño hubiera tenido conocimiento o debiera haber tenido conocimiento del daño o del acto de corrupción, así como de la identidad de la persona responsable. No obstante, dichas acciones no podrán ejercitarse una vez que haya transcurrido un plazo de prescripción no inferior a diez años a partir de la fecha de comisión del acto de corrupción.

2. El derecho de las partes que regule la suspensión o la interrupción de los plazos de prescripción se aplicará, en su caso, a los plazos establecidos en el ap. 1.

Art. 8. Validez de los contratos. 1. Cada Parte dispondrá en su derecho interno la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción.

2. Cada Parte establecerá en su derecho interno la posibilidad de que todas las partes contratantes cuyo consentimiento esté viciado por un acto de corrupción puedan solicitar ante tribunal la declaración de nulidad de dicho contrato, sin perjuicio de su derecho a la reclamación de daños.

Art. 9. Protección de los empleados. Cada Parte establecerá en su derecho interno medidas de protección adecuadas contra toda sanción injustificada a los empleados que tengan motivos fundados de sospecha de corrupción y que denuncien de buena fe sus sospechas a las personas o autoridades responsables.

Art. 10. Cuentas y auditorías. 1. Cada Parte adoptará las medidas necesarias en su derecho interno para que las cuentas anuales de las empresas se establezcan con claridad y den una imagen fiel de la situación financiera de la empresa.

2. Con el fin de prevenir la comisión de actos de corrupción, cada Parte dispondrá en su derecho interno que los auditores comprueben que las cuentas anuales presentan una imagen fiel de la situación financiera de la empresa.

Art. 11. Obtención de pruebas. Cada Parte establecerá en su derecho interno procedimientos eficaces para la obtención de pruebas en el marco de los procedimientos civiles que tengan su origen en un acto de corrupción.

Art. 12. Medidas cautelares. Cada Parte establecerá en su derecho interno las medidas cautelares judiciales que sean necesarias para garantizar los derechos y los intereses de las partes en el curso de los procedimientos civiles que tengan su origen en un acto de corrupción.

Capítulo II

Cooperación internacional y seguimiento de la aplicación

Art. 13. Cooperación internacional. Las Partes cooperarán de forma eficaz en los asuntos relativos a los procedimientos civiles en casos de corrupción, en particular en lo referente a la notificación de documentos, obtención de pruebas en el extranjero, jurisdicción, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y costas, con arreglo a las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales aplicables relativos a la cooperación internacional en materia civil y

mercantil en que sean Partes, así como de conformidad con su derecho interno.

Art. 14. Seguimiento. El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) se encargará del seguimiento de la aplicación por las partes del presente Convenio.

Capítulo III Disposiciones finales

Art. 15. Firma y entrada en vigor. 1. El presente Convenio estará abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa, de los Estados no miembros que hayan participado en su elaboración y de la Comunidad Europea.

2. El presente Convenio estará sometido a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

3. El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha en que catorce signatarios hayan expresado su consentimiento en quedar vinculados por el Convenio, conforme a lo dispuesto en el ap. 2. Cualquiera de los signatarios que no fuera miembro del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación pasará automáticamente a ser miembro en la fecha de entrada en vigor del presente Convenio.

4. Para todo signatario que exprese posteriormente su consentimiento en quedar vinculado por el Convenio, éste entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha en que haya expresado su consentimiento en quedar vinculado por el Convenio, conforme a lo dispuesto en el ap. 2. Todo signatario que no fuera miembro del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación pasará automáticamente a ser miembro en la fecha de entrada en vigor del presente Convenio con respecto al mismo.

5. Las modalidades particulares de participación de la Comunidad Europea en el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) se establecerán en caso necesario de común acuerdo con la Comunidad Europea.

Art. 16. Adhesión al Convenio. 1. Una vez que haya entrado en vigor el presente Convenio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, previa consulta con las Partes en el Convenio, podrá invitar a cualquier Estado no miembro del Consejo que no haya participado en su elaboración a adherirse al presente Convenio, mediante decisión adoptada por la mayoría prevista en el art. 20.d) del Estatuto del Consejo de Europa y por unanimidad de los representantes de las Partes con derecho a pertenecer al Comité.

2. Respecto de cualquier Estado que se adhiera al mismo, el Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses siguientes a la fecha del depósito del instrumento de adhesión en poder del Secretario General del Consejo de Europa. Cualquier Estado que se adhiera al presente Convenio pasará automáticamente a ser miembro del GRECO, si no lo fuera ya en el momento de la adhesión, en la fecha de entrada en vigor del presente Convenio con respecto al mismo.

Art. 17. Reservas. No se podrá formular ninguna reserva a las disposiciones del presente Convenio.

Art. 18. Aplicación territorial. 1. En el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cualquier Estado o la Comunidad Europea podrá designar el territorio o territorios a los que se aplicará el presente Convenio.

2. En cualquier otro momento posterior y mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, cualquier Parte podrá hacer extensiva la aplicación del presente Convenio a cualquier otro territorio designado en la declaración. El Convenio entrará en vigor con respecto a ese territorio el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses a partir de la fecha de recepción de la mencionada declaración por el Secretario General.

3. Toda declaración hecha en virtud de los dos apartados precedentes podrá ser retirada, en lo que se refiere a cualquier territorio designado en ella, mediante notificación dirigida al Secretario General. La retirada surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha de recepción de la mencionada notificación por el Secretario General.

Art. 19. Relación con otros instrumentos y acuerdos. 1. El presente Convenio no afectará a los derechos y obligaciones derivados de instrumentos internacionales multilaterales relativos a cuestiones especiales.

2. Las Partes en el Convenio podrán concertar entre sí acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a las cuestiones reguladas por el presente Convenio, con el fin de completar o reforzar lo dispuesto en el mismo o para facilitar la aplicación de los principios consagrados en él o, sin perjuicio de los objetivos y de los principios del presente Convenio, someterse a las reglas sobre esta materia en el marco de un sistema especial que sea vinculante en el momento de la apertura a la firma del presente Convenio.

3. Cuando dos o más Partes hayan concertado ya un acuerdo o tratado acerca de una cuestión regulada por el presente Convenio, o cuando hayan determinado de otro modo sus relaciones sobre esa cuestión, tendrán la facultad de aplicar el mencionado acuerdo, tratado o arreglo en lugar del presente Convenio.

Art. 20. Enmiendas. 1. Cada Parte podrá proponer enmiendas al presente Convenio y cualquier propuesta será comunicada por el Secretario General del Consejo de Europa a los Estados miembros del Consejo de Europa, a los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración del presente Convenio, a la Comunidad Europea, así como a cada Estado que se haya adherido o haya sido invitado a adherirse al presente Convenio conforme a lo dispuesto en el art. 16.

2. Toda enmienda propuesta por una Parte será comunicada al Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ), que elevará al Comité de Ministros su dictamen acerca de la enmienda propuesta.

3. El Comité de Ministros examinará la enmienda propuesta y el dictamen emitido por el Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ) y, previa consulta con las Partes en el presente Convenio que no sean miembros del Consejo de Europa, podrá adoptar la enmienda.

4. El texto de cualquier enmienda adoptada por el Comité de Ministros conforme al ap. 3 del presente artículo será transmitido a las Partes para su aceptación.

5. Toda enmienda adoptada conforme al ap. 3 del presente artículo entrará en vigor el trigésimo día después de que todas las Partes hayan informado al Secretario General de su aceptación.

Art. 21. Solución de controversias. 1. Se mantendrá informado al Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ) de la interpretación y la aplicación del presente Convenio.

2. En el caso de controversia entre las Partes acerca de la interpretación o aplicación del presente Convenio, las Partes se esforzarán por resolverla mediante la negociación o por cualquier otro medio pacífico que elijan, incluida la sumisión de la controversia al Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ), a un tribunal arbitral cuyas decisiones serán vinculantes para las Partes en la controversia, o a la Corte Internacional de Justicia, según acuerden entre sí las Partes interesadas.

Art. 22. Denuncia. 1. En todo momento, cualquier Parte podrá denunciar el presente Convenio mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa.

2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

Art. 23. Notificaciones. El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo y a todos los signatarios y Partes en el presente Convenio:

- a) toda firma;
- b) el depósito de todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
- c) toda fecha de entrada en vigor del presente Convenio, conforme a sus arts. 15 y 16;
- d) todo otro acto, notificación o comunicación que se refiera al presente Convenio.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados al efecto, firman el presente Convenio.

Hecho en Estrasburgo, el 4 de noviembre de 1999, en inglés y francés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un ejemplar único que será depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa transmitirá copia certificada del mismo a cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa, a los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración del presente Convenio, a la Comunidad Europea, así como a cualquier Estado invitado a adherirse al mismo.

NOTA

1. Este convenio supuso el primer intento por la comunidad europea en definir principios y normas comunes, a nivel internacional, en el ámbito del derecho civil sobre la corrupción. Su principal misión fue la de prever “recursos eficaces a favor de las personas víctimas de actos de corrupción” para defender sus derechos e intereses. El presente Convenio entró en vigor de forma general el 1 de noviembre de 2003, de conformidad con lo establecido en su artículo 15 y en España el 1 de abril de 2010. La iniciativa se puso en marcha en la Conferencia de Malta que tuvo lugar en 1994, a propuesta de los Ministros Europeos de Justicia. Los Ministros consideraron que la corrupción era “una grave amenaza para la democracia, el imperio de la ley y los derechos humanos” y que el Consejo de Europa, al ser la institución europea por excelencia que defiende estos valores fundamentales, debería responder y hacer frente a este tipo de amenaza. Tras una Resolución aprobada en la Conferencia, se recomendó la necesidad de crear un Grupo Multidisciplinario sobre Corrupción, tal y como ya se hiciera, para el Convenio Penal contra la corrupción. Y al igual que sucediera con el Grupo creado, su tarea consistiría en examinar las posibles medidas que podrían incluirse en un programa de acción a nivel internacional, así como la posibilidad de elaborar leyes modelo, códigos de conducta o incluso un Convenio internacional sobre dicha materia. Así como la elaboración de un mecanismo de seguimiento e implantación que pudiera poner en práctica los compromisos adquiridos en los distintos instrumentos creados. Este Grupo Multidisciplinario sobre corrupción (GMC) debería actuar, como ya lo hizo anteriormente el Grupo creado para redactar el Convenio penal sobre corrupción, bajo la responsabilidad conjunta del Comité Europeo para los Problemas Criminales (CDPC) y el Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ). En 1995, el Grupo preparó el Programa de Acción contra la Corrupción (PAC) y fue aprobado por el Comité de Ministros a finales de 1996. El Programa fue un documento ambicioso, ya que intentaba cubrir todos los aspectos necesarios para la lucha contra la corrupción internacional, pretendiendo definir e identificar aquellas áreas en la que la acción es necesaria y prever una serie de medidas, que deben seguirse con el fin de conseguir un enfoque tanto global, multidisciplinar como integral en la lucha contra la corrupción. Para ello el Comité de Ministros encargó al GMC que implementara dicho Programa antes de que finalizara el año 2000.

2. En su 21ª Conferencia de Ministros europeos de Justicia, aprobó mediante su Resolución nº 1 una serie de vínculos y coincidencias entre la los delitos de corrupción y delincuencia organizada. Así mismo, subrayó la necesidad de obtener un compromiso firme por parte de los Estados en aunar esfuerzos, compartir experiencias y adoptar acciones comunes entre todos ellos. Por ello se recomendó la necesidad de llevar a cabo una serie de actividades relativas a la preparación de un instrumento civil internacional que entre otras cosas, permitiera obtener una indemnización por daños resultantes de la corrupción.

En octubre de 1997, tuvo lugar la segunda Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa, cuyo objetivo era el de encontrar respuestas comunes a los desafíos que planteaban la corrupción en toda Europa y promover la cooperación entre el Consejo de Europa, los Estados miembros en la lucha contra la corrupción. El Comité de Ministros en noviembre de 1997, adoptó la Resolución (97) 24 sobre los 20 Principios Rectores para la lucha contra la corrupción. El Principio 17 nos indica específicamente que los estados deben garantizar que el Derecho civil tenga en cuenta la necesidad de combatir la corrupción y, en particular, prever la reparación efectiva de las personas cuyos derechos e intereses se vean afectados por la corrupción”.

3. En su 22ª Conferencia, celebrada en Chisinau en 1999, los Ministros Europeos de Justicia aprobaron la Resolución nº. 3 sobre la lucha contra la corrupción, mediante la cual se instaba al Comité de Ministros a adoptar un proyecto de Convenio sobre los aspectos civiles de la corrupción con la posibilidad de abrirlo a su firma antes de finalizar ese mismo año. Sobre la base del Convenio de Derecho Penal sobre Corrupción, del que ya hemos hablado anteriormente, y de las Resoluciones (98) 7 y (99)5, así como de la autorización y establecimiento del GRECO, el Consejo de

Europa dio un paso más en la lucha contra la corrupción y pasó a preparar la redacción de un Convenio civil para la lucha contra la corrupción. Las características del enfoque que pretendió el Consejo de Europa fue el de la posibilidad de hacer frente al fenómeno de la corrupción también desde un punto de vista del Derecho civil. De hecho en el Programa de Acción redactado por el Grupo, se indicaba que

“... civil law is directly linked to criminal law and administrative law. If an offence such as corruption is prohibited under criminal law, a claim for damages can be made which is based on the commission of the criminal act. Victims might find it easier to safeguard their interests under civil law than to use criminal law. Similarly, if an administration does not exercise sufficiently its supervisory responsibilities, a claim for damages may be made”.

Por lo tanto, es totalmente consecuente y lógico que se dijera que una ley civil está directamente vinculada con el Derecho penal y administrativo y que si es tipificado como delito la corrupción en el derecho penal, se pueda demandar por el concepto de daños y perjuicios en base a la comisión de dicho delito. Y dicha reclamación se podrá realizar a través del Derecho civil, facilitándoles el acceso a las víctimas. En este mismo sentido, si una Administración no ejerce suficientemente sus responsabilidades de supervisión, el interesado podrá realizar una reclamación por daños y perjuicios contra ésta.

4. En febrero de 1996, en la 558ª reunión del Comité de Ministros se decidió pedir al GMC que iniciara un estudio de viabilidad sobre la elaboración de una Convención sobre recursos civiles de indemnización por daños resultantes de actos de corrupción. Dicho estudio fue finalizado y presentado al Comité en marzo de 1997, en él se daba una imagen lo más completa posible, de todos los aspectos civiles relacionados con casos de corrupción, señalando a demás, una serie de instrumentos internacionales que pudieran ayudar sobre dicha cuestión. De forma general, podemos decir que el texto abordaba entre otras cosas, la accesibilidad y la eficacia de la utilización de los recursos del Derecho civil en general, la determinación de las principales víctimas de las conductas corruptas, los problemas de evidencia y la prueba del nexo causal entre los actos y el daño causado, los aspectos fiscales de los pagos ilícitos y su relación con la distorsión de la competencia, la validez de los contratos celebrados mediante actos corruptos, el papel de los auditores, la protección de los trabajadores que denunciaban actos corruptos dentro de sus puestos de trabajo, así como los Procedimientos, los gastos del litigio y la cooperación internacional.

A pesar de que dicho estudio indicó lo que ya era evidente, que los Estados tenían diferentes leyes sobre la materia de corrupción, también mostró que existía un terreno común en el que encontrar similitudes y aclarar las diferencias. El denominador común según indicó el Grupo era que en todos los ordenamientos jurídicos las prácticas corruptas no eran alentadas ni toleradas y sobre dicho denominador se debía comenzar a trabajar. Por lo tanto una aproximación en el ámbito internacional de los recursos de Derecho civil en la lucha contra la corrupción era posible y necesaria. Para finalizar, cabe destacar que en este estudio se recomendó una serie de instrumentos internacionales que permitieran solucionar aspectos como el de la compensación por daños, la responsabilidad, incluida la del propio Estado, la negligencia, los plazos de prescripción, la validez de los contratos, la protección de las cuentas, la adquisición de pruebas, así como las medidas cautelares entre otras.

5. El Grupo de Trabajo sobre Derecho Civil, se reunió dos veces en el año 1997 y otras dos en 1998 para poder discutir y ultimar el proyecto de Convenio. Tras las sesiones plenarias celebradas en diciembre de 1998 (15ª sesión) y la de febrero de 1999 (16ª sesión), el proyecto se trasladó al Comité Europeo de Cooperación para su dictamen y al Comité de Ministros para dar paso a su tramitación ante la Asamblea Parlamentaria. El GMC, también dio traslado a otras instituciones entre las que cabe mencionar, Transparencia Internacional, la Cámara Comercio Internacional (CCI), la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) y la International Bar Association (IBA).

En junio de 1999, tras los dictámenes de la CDCJ (99) 48 Apéndice III, el de la Asamblea Parlamentaria (dictamen 213 (1999)), así como los de Transparencia Internacional y la Cámara de Comercio, el 24 de junio de 1999, se aprobó el proyecto de Convenio Civil sobre la corrupción y se decidió transferir el mismo al Comité de Ministros, el cual tras un examen del mismo decidió su aprobación.

El objeto de la Convención era hacer posible que cada Estado Parte, dispusiera en su Derecho interno de recursos efectivos, para que las personas que habían sufrido daños como consecuencia de actos corruptos, pudieran defender sus derechos e intereses, incluyendo, como ya hemos indicado anteriormente, la posibilidad de obtener una indemnización por daños. Este instrumento se divide en tres capítulos (medidas que deben adoptarse a nivel nacional, la cooperación internacional y el seguimiento, y las cláusulas finales), es un convenio no autoejecutables, es decir, que los Estados Partes tendrán que incorporar una serie de principios y normas contenidos en la Convención en su legislación interna, teniendo en cuenta sus circunstancias particulares. Por lo tanto, y consecuentemente con lo anterior, los Estados Partes que ya cumplen con las disposiciones dispuestas en esta Convención o se tengan previstas disposiciones más favorables, no están obligados a tomar nuevas medidas. Será designado el Grupo de Estados contra la Corrupción para la supervisión y cumplimiento de los compromisos contenidos en el presente Convenio.

6. Sumariamente, analizaremos los hechos más relevantes en opinión de los redactores de la presente Convención. El Grupo, consideró acertado dividir en tres capítulos el texto en lugar de los cinco que integraban el Convenio Penal. En el primero se nos enumera una serie de artículos con la intención de indicarnos que medidas deberán de adoptar los Estados en su legislación interna para combatir la corrupción, por ello en su artículo 1 se nos hace referencia a los procedimientos eficaces que deben de adoptarse en cada Estado Parte, en favor de las personas que hayan sufrido daños resultantes de actos de corrupción. Los redactores tal y como indicaron en su informe explicativo, consideraron que la palabra “persona” se refiere tanto a personas físicas, jurídicas como otros órganos ya existentes en algunos ordenamientos jurídicos con capacidad legal para ser parte en un litigio. Atendiendo al art. 2 comprobamos que para el presente Convenio, será considerado corrupción “el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida”. Es importante subrayar que el término “beneficiario” tal y como fue concebido por el Grupo, se refiere a la persona cuyo comportamiento está provocando el acto de corrupción, independientemente de si el soborno o la ventaja indebida era para sí mismo o un tercero. El art. 3 es uno de los más importantes del instrumento que estudiamos, en él queda reflejado su objetivo más importante el de indemnizar por los daños que han causado la corrupción, permitiendo a la víctima interponer una acción civil, pudiendo el juez dictaminar si se cumplen todas las condiciones de indemnización. Por ello cabe señalar, que el alcance los daños, en virtud del presente Convenio, no deben de cuantificarse de manera estándar, sino que debe atenderse a la pérdida sufrida caso por caso, cubriendo los daños patrimoniales, no patrimoniales y el lucro cesante. Sin embargo, la indemnización excluye los daños punitivos, no obstante lo anterior, en aquellos Estados en el que los daños punitivos formen parte de su legislación interna a la hora de aplicar una indemnización no están obligados a excluir este tipo de sanción al realizar la valoración de la cantidad a indemnizar. En cuanto a la pérdida no patrimonial, corresponderá a los Estados, dentro de su Derecho interno, delimitar la naturaleza de las pérdidas no pecuniarias, así como la forma de cuantificarlas en relación con la indemnización que se deberá pagar a la víctima. El art. 4, expresa cuales son los requisitos previos para interponer la demanda en concepto de daños y perjuicios, por lo que el demandante, deberá demostrar que el demandado causó el daño o actuó con negligencia, o que habiéndolo podido evitar no lo hizo, por ello los redactores, consideraron que era importante que existiera una relación de causalidad entre la conducta y el daño. De este modo, el Grupo intentó evitar que cualquier persona sin ningún tipo de prueba pudiera sin más interponer este tipo de demanda.

7. En cuanto a los elementos individuales, de las reclamaciones, los redactores indicaron que debía matizar tres aspectos:

A) El comportamiento ilícito y culpable por parte del demandado, quedan incluidos en ese epígrafe, tanto las conductas realizadas a sabiendas y directamente por los principales responsables de los daños, sobre todo el dador y receptor del soborno, los que incitan o cooperan en el acto de corrupción, así como todos aquellos que no adoptaron las medidas adecuadas a tenor de las responsabilidades derivadas de su cargo. Es decir, que los empleadores son responsables de la conducta corrupta de sus empleados, si éstos no organizan de forma adecuada su empresa o si no ejercieran un control adecuado sobre sus empleados.

“Those who directly and knowingly participate in the corruption are primarily liable for the damage and, above all, the giver and the recipient of the bribe, as well as those who incited or aided the corruption. Moreover, those who failed to take the appropriate steps, in the light of the responsibilities which lie on them, to prevent corruption would also be liable for damage. This means that employers are responsible for the corrupt behaviour of their employees if, for example, they neglect to organise their company adequately or fail to exert appropriate control over their employees.”

B) Respecto al concepto de daños y perjuicios, requiere que para que el daño de derecho a percibir una indemnización, dicho daño debe reunir ciertas condiciones. El daño debe ser lo suficientemente característico y en particular, en lo que respecta a su relación con la víctima que lo soporta. El Convenio, establece unas estándares mínimos, esto no impide que si la normativa interna de alguna de las Partes permite interponer demanda a una persona distinta de la que sufrió el daño, esta pueda interponerse.

C) En cuanto a la relación de causalidad, el Grupo determinó que entre el acto y el daño, debe existir una relación de causalidad adecuada para que dicho daño pueda ser indemnizado. El daño, debe ser una consecuencia ordinaria y no extraordinaria del acto de corrupción. Los redactores incluso pusieron una serie de ejemplos para poder explicar exactamente hasta donde era exigible dicha relación de causalidad, “Así por ejemplo, se consideraría lucro cesante, el de un competidor, de un concurso, sin éxito, que habría obtenido el contrato si no hubiera cometido dicho acto de corrupción, esto es considerado como una consecuencia normal de un acto de corrupción y por lo tanto, debería de ser indemnizado como tal. Sin embargo, no habría una conexión adecuada entre el daño y el acto, si un competidor sin éxito, enojado y decepcionado por la pérdida del negocio, tuviera un accidente y se cayera por unas escaleras, llegándose a romper una pierna”.

Merece una especial atención también el art. 6 del presente Convenio, dicho artículo trata de la negligencia contributiva o culpa concurrente. El Convenio indica que si el demandante ha contribuido con su culpa en la producción del daño o su agravación, el Derecho interno de cada Estado Parte, podrá reducir o suprimir la indemnización. Por lo tanto, este artículo prevé una excepción al principio del derecho a una indemnización previsto en el art. 3. Cabe señalar, que debe ser una conducta culpable y que el comportamiento no culpable de la víctima no afectara a este derecho. El grupo, consideraron que debería ser los jueces, quienes deberían enjuiciar el comportamiento de la víctima, con el fin de determinar si dicho comportamiento constituía o no una conducta culpable. Así mismo, el grado de comportamiento culposo de la víctima debe tenerse en cuenta, en cuanto a su grado de contribución a los daños y su agravamiento. Por lo tanto, corresponderá únicamente al juez, establecer, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso de corrupción, el importe de la reducción de la indemnización o incluso si fuere el caso, dictaminar que no tenga derecho a indemnización alguna. En el informe del el Grupo, podemos ver un ejemplo que nos permita entender el alcance de este artículo.

“For example, employers who leave complete responsibility for dealing with large sums of money to employees, who are also in charge of negotiating certain contracts, without exercising, or having somebody else exercise, proper control over the conditions for the awarding of contracts or whether the con-

tract is awarded to a suitable company may be accused of culpable behaviour which has contributed to the damage.

If, after having discovered that an employee had already paid a bribe, the employer did not take the necessary measures to avoid a repetition of the events, his or her claim for compensation might be reduced or even rejected owing to the employer's contribution to the aggravation of the financial damage suffered by the company".

En cuanto a la prescripción, tal y como sucede en la mayoría de las jurisdicciones, la capacidad de ejercitar una acción civil de indemnización, debe de tener alguna limitación de tiempo, con la finalidad de proporcionar algún grado de certeza, tanto para los demandante como para los demandados, sobre los riesgos del litigio. Este artículo reconoce que los distintos países puedan fijar cada uno, el plazo de tiempo para que prescriba la acción, no estableciendo un plazo fijo. Sin embargo, sí establece una horquilla de tiempo no menor de 3 ni mayor de 10 años, desde que la víctima tuvo conocimiento del daño. Los redactores consideraron que debido a la naturaleza del delito, un periodo de tiempo superior a estos 10 años, haría imposible "la detección e investigación de toda la información necesaria para corroborar la reclamación". Respecto a la suspensión o interrupción del plazo de prescripción, será lo dispuesto en cada legislación interna de cada Estado, ya que éstos se encuentran estrechamente ligados a otros aspectos del procedimiento interno de cada Administración de Justicia Civil. Por otro lado, cabe señalar, que en los casos en los que exista pluralidad de actos de corrupción, será cada Parte quien señale la fecha de entre todos ellos, para determinar el término de dicha prescripción.

El Convenio también aborda una serie de medidas para proteger a aquellos empleados que informen o denuncien posibles actos de corrupción dentro de su lugar de trabajo (art. 9), a éstos se les exige que actúen de buena fe y sobre la base de que existan motivos fundados de sospecha de corrupción. La llamada "protección adecuada contra cualquier sanción injustificada" conlleva, que cualquier sanción contra aquellos empleados que hayan informado a la autoridad competente, sobre actos de corrupción, no tiene justificación. Algunos ejemplos sancionadores que consideró el Grupo en sus informes, fue el de un posible despido o una actuación por parte del superior que limite la posible promoción en su carrera.

El Convenio, considera que la legislación nacional relativa a las "cuentas y auditorías", es una herramienta muy importante para identificar y combatir la corrupción. Ya que éstas pueden ayudar tanto a prevenir como a descubrir irregularidades contables, tales como transacciones injustificables, pasivos, registros de gastos inexistentes, documentos falsos, cuentas no registradas en libros. Los redactores del presente artículo se inspiraron en la Cuarta Directiva del Consejo relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (78/660/CEE, artículo 2, párrafo 3), la Séptima Directiva del Consejo relativa a las cuentas consolidadas (83/349/CEE, el artículo 16, párrafo 3) y la Octava Directiva del Consejo relativa a la aprobación de las personas encargadas del control legal de documentos contables (84/253/CEE, artículo 1, apartado 1, letra a). El apartado 1 se refiere a las cuentas anuales de las empresas, comprendiendo entre éstas, el balance y demás estados financieros, la cuenta de pérdidas y ganancias y sus anexos. Así mismo el párrafo 2 destaca el papel de los auditores en la lucha contra la corrupción, abarcando dicha disposición, tanto a las auditorías externas e independientes como a las internas de las empresas.

8. El capítulo II, hace mención a la cooperación internacional, siendo fiel a los principios rectores para la lucha contra la corrupción (principio 20) tal y como ya hiciera el Convenio Penal en su Capítulo IV. Este artículo pretende solucionar los problemas que pudieran surgir, sobre la ley aplicable al caso, los medios de pruebas, así como el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras. Pero deliberadamente no aporta una solución concreta para cada problema sino que nos habla de una necesidad de "cooperar de forma eficaz" de conformidad con los instrumentos jurídicos internacionales, por lo que tendremos que actuar según lo dispuesto en el Convenio de Bruselas sobre reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales, celebrado en Bruselas el 26 de mayo de 1989, el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado

en Lugano el 16 de septiembre de 1988, el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o Comercial, el Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, celebrado en la Haya el 18 de marzo de 1970 y los Convenios de La Haya sobre procedimiento civil de 1954 y 1980 respectivamente. A juicio de los redactores del presente Convenio, consideran que todos estos Convenios constituyen un *corpus iuris* suficiente para aplicar a cualquier caso de corrupción que implique un elemento internacional. No obstante lo anterior, en el caso de que dicha cooperación no fuera efectiva, siempre el Grupo de Estados contra la corrupción, podrá supervisar la correcta y eficaz disposición de este artículo por las Partes.

9. Las disposiciones finales contenidas en el capítulo III de esta Convención, son en su inmensa mayoría, al igual que ya sucediera con el Convenio Penal contra la Corrupción, muy parecido a las cláusulas finales de otros Convenios y Acuerdos celebrados por el Consejo de Europa. Sin embargo merecen una especial atención el art. 15, en el que se establece que este Convenio estará abierto a la firma, no sólo por los Estados miembros del Consejo de Europa, sino también de los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración de la Convención y estos Estados son: Bosnia y Herzegovina, Canadá, Georgia, la Santa Sede, Japón, México y los Estados Unidos de América. No obstante los Estados no miembros que no estén cubiertos por esta disposición puede ser invitado a adherirse a la Convención, de conformidad con el art. 16, apartado 1. Tal y como ya sucediera en el Convenio Penal contra la corrupción, para la entrada en vigor del Convenio se requería un elevado número de ratificaciones (14, concretamente), este hecho es debido a la necesidad de que para que el Convenio funcione, requiere un gran número de Estados que se comprometan a adoptar las medidas necesarias, al mismo tiempo. Además, el número de ratificaciones necesarias para la entrada en vigor del presente Convenio es compatible con lo dispuesto en otros instrumentos del Consejo de Europa contra la corrupción, como el parcial y el Acuerdo Ampliado que se establece el Grupo de Estados contra la Corrupción GRECO y el Convenio de derecho penal sobre la corrupción (ETS No. 173).

En el art. 17 a diferencia del Convenio Penal contra la corrupción no se le permite formular ninguna reserva al presente Convenio por parte de ningún Estado.

El procedimiento de enmienda previsto en su art. 20 no impedirá a las Partes la posible introducción de algunos cambios importantes en el Convenio mediante Protocolos. De conformidad con la letra del párrafo 5 del artículo, las enmiendas aprobadas después de la adopción del Convenio, entrarán en vigor únicamente cuando todas y cada una de las Partes hayan informado al Secretario General de su aceptación. El procedimiento de modificación adoptado en la presente Convención, implica la consulta de los Estados Partes que no son miembros de él y que no están representados en el Comité de Ministros o el Comité Europeo de Cooperación Jurídica CDPC.

Por otro lado, el art. 21, ap. 1 establece que se mantenga informado al CDPC de la interpretación y la aplicación del presente Convenio, obligando, en su apartado 2, a que las partes busquen una solución pacífica de cualquier controversia que surja sobre dicha interpretación o aplicación.

Junto con el Convenio Penal, éste es un paso más en la lucha contra la corrupción y es que para poder prevenir y luchar contra la corrupción, no se puede hacer única y exclusivamente en algunos Estados, debe de hacerse a un nivel internacional, y si el Convenio Penal se encargaba de los aspectos penales de este tipo de delito, la Convención Civil, abarca una rama más del Derecho en el ámbito de la corrupción y es la indemnización por daños de las víctimas. Considero que es un acierto el que un único grupo (el GRECO) se encargue de dar una respuesta común y armonizada a todos los aspectos o ramificaciones de la corrupción en Europa.

Ana M^a SÁEZ CRESPO

Doctoranda del Departamento de Derecho internacional público y de
Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid

Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001

(BOE, 17-IX-2010)

**Capítulo I
Terminología**

Art. 1. Definiciones. A los efectos del presente Convenio:

a) Por “sistema informático” se entenderá todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, siempre que uno o varios de ellos permitan el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa;

b) por “datos informáticos” se entenderá cualquier representación de hechos, información o conceptos de una forma que permita el tratamiento informático, incluido un programa diseñado para que un sistema informático ejecute una función;

c) por “proveedor de servicios” se entenderá:

i) Toda entidad pública o privada que ofrezca a los usuarios de sus servicios la posibilidad de comunicar por medio de un sistema informático, y

ii) cualquier otra entidad que procese o almacene datos informáticos para dicho servicio de comunicación o para los usuarios de ese servicio;

d) por “datos sobre el tráfico” se entenderá cualesquiera datos informáticos relativos a una comunicación por medio de un sistema informático, generados por un sistema informático como elemento de la cadena de comunicación, que indiquen el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño y duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente.

Capítulo II**Medidas que deberán adoptarse a nivel nacional****Sección 3. Jurisdicción**

Art. 22. Jurisdicción. 1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para afirmar su jurisdicción respecto de cualquier delito previsto con arreglo a los

arts. 2 a 11 del presente Convenio, siempre que se haya cometido:

a) En su territorio; o

b) a bordo de un buque que enarbole pabellón de dicha Parte; o

c) a bordo de una aeronave matriculada según las leyes de dicha Parte; o

d) por uno de sus nacionales, si el delito es susceptible de sanción penal en el lugar en el que se cometió o si ningún Estado tiene competencia territorial respecto del mismo.

2. Cualquier Estado podrá reservarse el derecho a no aplicar o a aplicar únicamente en determinados casos o condiciones las normas sobre jurisdicción establecidas en los aps. 1.b) a 1.d) del presente artículo o en cualquier otra parte de los mismos.

3. Cada Parte adoptará las medidas que resulten necesarias para afirmar su jurisdicción respecto de los delitos mencionados en el ap. 1 del art. 24 del presente Convenio, cuando el presunto autor del delito se encuentre en su territorio y no pueda ser extraditado a otra Parte por razón de su nacionalidad, previa solicitud de extradición.

4. El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida por una Parte de conformidad con su derecho interno.

5. Cuando varias Partes reivindiquen su jurisdicción respecto de un presunto delito contemplado en el presente Convenio, las Partes interesadas celebrarán consultas, siempre que sea oportuno, con miras a determinar cuál es la jurisdicción más adecuada para las actuaciones penales.

**Capítulo III
Cooperación internacional****Sección 1. Principios generales**

Título 1. Principios generales relativos a la cooperación internacional

Art. 23. Principios generales relativos a la cooperación internacional. Las Partes cooperarán entre sí en la mayor medida posible, de confor-

midad con las disposiciones del presente capítulo, en aplicación de los instrumentos internacionales aplicables a la cooperación internacional en materia penal, de acuerdos basados en legislación uniforme o recíproca y de su derecho interno, para los fines de las investigaciones o los procedimientos relativos a los delitos relacionados con sistemas y datos informáticos o para la obtención de pruebas electrónicas de los delitos.

Título 2. Principios relativos a la extradición

Art. 24. Extradición. 1. a) El presente artículo se aplicará a la extradición entre las Partes por los delitos establecidos en los arts. 2 a 11 del presente Convenio, siempre que estén castigados en la legislación de las dos Partes implicadas con una pena privativa de libertad de una duración máxima de como mínimo un año, o con una pena más grave.

b) Cuando deba aplicarse una pena mínima diferente en virtud de un acuerdo basado en legislación uniforme o recíproca o de un tratado de extradición aplicable entre dos o más Partes, incluido el Convenio Europeo de Extradición (STE n.º 24), se aplicará la pena mínima establecida en virtud de dicho acuerdo o tratado.

2. Se considerará que los delitos mencionados en el ap. 1 del presente artículo están incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en cualquier tratado de extradición vigente entre las Partes. Las Partes se comprometen a incluir dichos delitos entre los que pueden dar lugar a extradición en cualquier tratado de extradición que puedan celebrar entre sí.

3. Cuando una Parte que condicione la extradición a la existencia de un tratado reciba una solicitud de extradición de otra Parte con la que no haya celebrado ningún tratado de extradición, podrá aplicar el presente Convenio como fundamento jurídico de la extradición respecto de cualquier delito mencionado en el ap. 1 del presente artículo.

4. Las Partes que no condicionen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos mencionados en el ap. 1 del presente artículo como delitos que pueden dar lugar a extradición entre ellas.

5. La extradición estará sujeta a las condiciones establecidas en el derecho interno de la Parte

requerida o en los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que la Parte requerida puede denegar la extradición.

6. Cuando se deniegue la extradición por un delito mencionado en el ap. 1 del presente artículo únicamente por razón de la nacionalidad de la persona buscada o porque la Parte requerida se considera competente respecto de dicho delito, la Parte requerida deberá someter el asunto, a petición de la Parte requirente, a sus autoridades competentes para los fines de las actuaciones penales pertinentes, e informará a su debido tiempo del resultado final a la Parte requirente. Dichas autoridades tomarán su decisión y efectuarán sus investigaciones y procedimientos de la misma manera que para cualquier otro delito de naturaleza comparable, de conformidad con la legislación de dicha Parte.

7. a) Cada Parte comunicará al Secretario General del Consejo de Europa, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el nombre y la dirección de cada autoridad responsable del envío o de la recepción de solicitudes de extradición o de detención provisional en ausencia de un tratado.

b) El Secretario General del Consejo de Europa creará y mantendrá actualizado un registro de las autoridades designadas por las Partes. Cada Parte garantizará en todo momento la exactitud de los datos que figuren en el registro.

Título 3. Principios generales relativos a la asistencia mutua

Art. 25. Principios generales relativos a la asistencia mutua. 1. Las Partes se concederán asistencia mutua en la mayor medida posible para los fines de las investigaciones o procedimientos relativos a delitos relacionados con sistemas y datos informáticos o para la obtención de pruebas en formato electrónico de un delito.

2. Cada Parte adoptará también las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para cumplir las obligaciones establecidas en los arts. 27 a 35.

3. En casos de urgencia, cada Parte podrá transmitir solicitudes de asistencia o comunicaciones relacionadas con las mismas por medios rápidos de comunicación, incluidos el fax y el

correo electrónico, en la medida en que dichos medios ofrezcan niveles adecuados de seguridad y autenticación (incluido el cifrado, en caso necesario), con confirmación oficial posterior si la Parte requerida lo exige. La Parte requerida aceptará la solicitud y dará respuesta a la misma por cualquiera de estos medios rápidos de comunicación.

4. Salvo que se establezca específicamente otra cosa en los artículos del presente capítulo, la asistencia mutua estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno de la Parte requerida o en los tratados de asistencia mutua aplicables, incluidos los motivos por los que la Parte requerida puede denegar la cooperación. La Parte requerida no ejercerá el derecho a denegar la asistencia mutua en relación con los delitos mencionados en los arts. 2 a 11 únicamente porque la solicitud se refiere a un delito que considera de naturaleza fiscal.

5. Cuando, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo, se permita a la Parte requerida condicionar la asistencia mutua a la existencia de una doble tipificación penal, dicha condición se considerará cumplida cuando la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita la asistencia constituya un delito en virtud de su derecho interno, con independencia de que dicho derecho incluya o no el delito dentro de la misma categoría de delitos o lo denomine o no con la misma terminología que la Parte requirente.

Art. 26. Información espontánea. 1. Dentro de los límites de su derecho interno, y sin petición previa, una Parte podrá comunicar a otra Parte información obtenida en el marco de sus propias investigaciones cuando considere que la revelación de dicha información podría ayudar a la Parte receptora a iniciar o llevar a cabo investigaciones o procedimientos en relación con delitos previstos en el presente Convenio o podría dar lugar a una petición de cooperación de dicha Parte en virtud del presente capítulo.

2. Antes de comunicar dicha información, la Parte que la comunique podrá solicitar que se preserve su confidencialidad o que se utilice con sujeción a determinadas condiciones. Si la Parte receptora no puede atender esa solicitud, informará de ello a la otra Parte, que deberá entonces determinar si a pesar de ello debe facilitarse la información o no. Si la Parte destinataria acepta

la información en las condiciones establecidas, quedará vinculada por las mismas.

Título 4. Procedimientos relativos a las solicitudes de asistencia mutua en ausencia de acuerdos internacionales aplicables

Art. 27. Procedimientos relativos a las solicitudes de asistencia mutua en ausencia de acuerdos internacionales aplicables. 1. Cuando entre las Partes requirente y requerida no se encuentre vigente un tratado de asistencia mutua o un acuerdo basado en legislación uniforme o recíproca, serán de aplicación las disposiciones de los arts. 2 a 10 del presente artículo. Las disposiciones del presente artículo no serán de aplicación cuando exista un tratado, acuerdo o legislación de este tipo, salvo que las Partes interesadas convengan en aplicar en su lugar la totalidad o una parte del resto del presente artículo.

2. a) Cada Parte designará una o varias autoridades centrales encargadas de enviar solicitudes de asistencia mutua y de dar respuesta a las mismas, de su ejecución y de su remisión a las autoridades competentes para su ejecución.

b) Las autoridades centrales se comunicarán directamente entre sí.

c) En el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Parte comunicará al Secretario General del Consejo de Europa los nombres y direcciones de las autoridades designadas en cumplimiento del presente apartado.

d) El Secretario General del Consejo de Europa creará y mantendrá actualizado un registro de las autoridades centrales designadas por las Partes. Cada Parte garantizará en todo momento la exactitud de los datos que figuren en el registro.

3. Las solicitudes de asistencia mutua en virtud del presente artículo se ejecutarán de conformidad con los procedimientos especificados por la Parte requirente, salvo que sean incompatibles con la legislación de la Parte requerida.

4. Además de las condiciones o de los motivos de denegación contemplados en el ap. 4 del art. 25, la Parte requerida podrá denegar la asistencia si:

a) La solicitud se refiere a un delito que la Parte requerida considera delito político o delito vinculado a un delito político;

b) la Parte requerida considera que la ejecución de la solicitud podría atentar contra su soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales.

5. La Parte requerida podrá posponer su actuación en respuesta a una solicitud cuando dicha actuación pudiera causar perjuicios a investigaciones o procedimientos llevados a cabo por sus autoridades.

6. Antes de denegar o posponer la asistencia, la Parte requerida estudiará, previa consulta cuando proceda con la Parte requirente, si puede atenderse la solicitud parcialmente o con sujeción a las condiciones que considere necesarias.

7. La Parte requerida informará sin demora a la Parte requirente del resultado de la ejecución de una solicitud de asistencia. Deberá motivarse cualquier denegación o aplazamiento de la asistencia solicitada. La Parte requerida informará también a la Parte requirente de cualquier motivo que haga imposible la ejecución de la solicitud o que pueda retrasarla de forma significativa.

8. La Parte requirente podrá solicitar a la Parte requerida que preserve la confidencialidad de la presentación de una solicitud en virtud del presente capítulo y del objeto de la misma, salvo en la medida necesaria para su ejecución. Si la Parte requerida no puede cumplir esta petición de confidencialidad, lo comunicará inmediatamente a la Parte requirente, que determinará entonces si pese a ello debe procederse a la ejecución de la solicitud.

9. a) En casos de urgencia, las solicitudes de asistencia mutua o las comunicaciones al respecto podrán ser enviadas directamente por las autoridades judiciales de la Parte requirente a las autoridades correspondientes de la Parte requerida. En tal caso, se enviará al mismo tiempo copia a la autoridad central de la Parte requerida a través de la autoridad central de la Parte requirente.

b) Cualquier solicitud o comunicación en virtud de este apartado podrá efectuarse a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL).

c) Cuando se presente una solicitud en aplicación de la letra a) del presente artículo y la autoridad no sea competente para tramitarla, remitirá la solicitud a la autoridad nacional competente e informará directamente a la Parte requirente de dicha remisión.

d) Las solicitudes y comunicaciones efectuadas en virtud del presente apartado que no impliquen medidas coercitivas podrán ser remitidas directamente por las autoridades competentes de la Parte requirente a las autoridades competentes de la Parte requerida.

e) En el momento de la firma o el depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Parte podrá informar al Secretario General del Consejo de Europa de que, por razones de eficacia, las solicitudes formuladas en virtud del presente apartado deberán dirigirse a su autoridad central.

Art. 28. Confidencialidad y restricción de la utilización. 1. En ausencia de un tratado de asistencia mutua o de un acuerdo basado en legislación uniforme o recíproca que esté vigente entre las Partes requirente y requerida, serán de aplicación las disposiciones del presente artículo. Las disposiciones del presente artículo no serán de aplicación cuando exista un tratado, acuerdo o legislación de este tipo, salvo que las Partes interesadas convengan en aplicar en su lugar la totalidad o una parte del resto del presente artículo.

2. La Parte requerida podrá supeditar la entrega de información o material en respuesta a una solicitud a la condición de que:

a) Se preserve su confidencialidad cuando la solicitud de asistencia judicial mutua no pueda ser atendida en ausencia de esta condición, o

b) no se utilicen para investigaciones o procedimientos distintos de los indicados en la solicitud.

3. Si la Parte requirente no puede cumplir alguna condición de las mencionadas en el ap. 2, informará de ello sin demora a la otra Parte, que determinará en tal caso si pese a ello debe facilitarse la información. Cuando la Parte requirente acepte la condición, quedará vinculada por ella.

4. Cualquier Parte que facilite información o material con sujeción a una condición con arreglo a lo dispuesto en el ap. 2 podrá requerir a la otra Parte que explique, en relación con dicha condición, el uso dado a dicha información o material.

Sección 2. Disposiciones especiales

Título 1. Asistencia mutua en materia de medidas provisionales

Art. 29. Conservación rápida de datos informáticos almacenados. 1. Una Parte podrá solicitar a otra Parte que ordene o asegure de otra forma la conservación rápida de datos almacenados por medio de un sistema informático que se encuentre en el territorio de esa otra Parte, respecto de los cuales la Parte requirente tenga la intención de presentar una solicitud de asistencia mutua con vistas al registro o al acceso de forma similar, la confiscación o la obtención de forma similar, o la revelación de los datos.

2. En las solicitudes de conservación que se formulen en virtud del ap. 1 se indicará:

- a) La autoridad que solicita dicha conservación;
- b) el delito objeto de investigación o de procedimiento penal y un breve resumen de los hechos relacionados con el mismo;
- c) los datos informáticos almacenados que deben conservarse y su relación con el delito;
- d) cualquier información disponible que permita identificar a la persona encargada de la custodia de los datos informáticos almacenados o la ubicación del sistema informático;
- e) la necesidad de la conservación; y
- f) que la Parte tiene la intención de presentar una solicitud de asistencia mutua para el registro o el acceso de forma similar, la confiscación o la obtención de forma similar o la revelación de los datos informáticos almacenados.

3. Tras recibir la solicitud de otra Parte, la Parte requerida tomará las medidas adecuadas para conservar rápidamente los datos especificados de conformidad con su derecho interno. A los efectos de responder a una solicitud, no se requerirá la doble tipificación penal como condición para proceder a la conservación.

4. Cuando una Parte exija la doble tipificación penal como condición para atender una solicitud de asistencia mutua para el registro o el acceso de forma similar, la confiscación o la obtención de forma similar o la revelación de datos almacenados, dicha Parte podrá reservarse, en relación con delitos distintos de los previstos con arreglo a los arts. 2 a 11 del presente Convenio, el derecho a denegar la solicitud de conservación en virtud del presente artículo en los casos en que tenga motivos para creer que la condición de la doble tipificación penal no podrá cumplirse en el momento de la revelación.

5. Asimismo, las solicitudes de conservación únicamente podrán denegarse si:

a) La solicitud hace referencia a un delito que la Parte requerida considera delito político o delito relacionado con un delito político;

b) la Parte requerida considera que la ejecución de la solicitud podría atentar contra su soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales.

6. Cuando la Parte requerida considere que la conservación por sí sola no bastará para garantizar la futura disponibilidad de los datos o pondrá en peligro la confidencialidad de la investigación de la Parte requirente o causará cualquier otro perjuicio a la misma, informará de ello sin demora a la Parte requirente, la cual decidirá entonces si debe pese a ello procederse a la ejecución de la solicitud.

7. Las medidas de conservación adoptadas en respuesta a la solicitud mencionada en el ap. 1 tendrán una duración mínima de sesenta días, con objeto de permitir a la Parte requirente presentar una solicitud de registro o de acceso de forma similar, confiscación u obtención de forma similar, o de revelación de los datos. Cuando se reciba dicha solicitud, seguirán conservándose los datos hasta que se adopte una decisión sobre la misma.

Art. 30. Revelación rápida de datos conservados sobre el tráfico. 1. Cuando, con motivo de la ejecución de una solicitud presentada de conformidad con el art. 29 para la conservación de datos sobre el tráfico en relación con una comunicación específica, la Parte requerida descubra que un proveedor de servicios de otro Estado participó en la transmisión de la comunicación, la Parte requerida revelará rápidamente a la Parte requirente un volumen suficiente de datos sobre el tráfico para identificar al proveedor de servicios y la vía por la que se transmitió la comunicación.

2. La revelación de datos sobre el tráfico en virtud del ap. 1 únicamente podrá denegarse si:

a) La solicitud hace referencia a un delito que la Parte requerida considera delito político o delito relacionado con un delito político;

b) la Parte requerida considera que la ejecución de la solicitud podría atentar contra su soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales.

Título 2. Asistencia mutua en relación con los poderes de investigación

Art. 31. Asistencia mutua en relación con el acceso a datos informáticos almacenados. 1. Una Parte podrá solicitar a otra Parte que registre o acceda de forma similar, confisque u obtenga de forma similar y revele datos almacenados por medio de un sistema informático situado en el territorio de la Parte requerida, incluidos los datos conservados en aplicación del art. 29.

2. La Parte requerida dará respuesta a la solicitud aplicando los instrumentos internacionales, acuerdos y legislación mencionados en el art. 23, así como de conformidad con otras disposiciones aplicables en el presente capítulo.

3. Se dará respuesta lo antes posible a la solicitud cuando:

a) Existan motivos para creer que los datos pertinentes están especialmente expuestos al riesgo de pérdida o modificación; o

b. los instrumentos, acuerdos o legislación mencionados en el ap. 2 prevean la cooperación rápida.

Art. 32. Acceso transfronterizo a datos almacenados, con consentimiento o cuando estén a disposición del público. Una Parte podrá, sin la autorización de otra Parte:

a) Tener acceso a datos informáticos almacenados que se encuentren a disposición del público (fuente abierta), con independencia de la ubicación geográfica de dichos datos; o

b) tener acceso o recibir, a través de un sistema informático situado en su territorio, datos informáticos almacenados situados en otra Parte, si la Parte obtiene el consentimiento lícito y voluntario de la persona legalmente autorizada para revelar los datos a la Parte por medio de ese sistema informático.

Art. 33. Asistencia mutua para la obtención en tiempo real de datos sobre el tráfico. 1. Las Partes se prestarán asistencia mutua para la obtención en tiempo real de datos sobre el tráfico asociados a comunicaciones específicas en su territorio transmitidas por medio de un sistema informático. Con sujeción a lo dispuesto en el ap. 2, dicha asistencia se regirá por las condiciones y procedimientos establecidos en el derecho interno.

2. Cada Parte prestará dicha asistencia como mínimo respecto de los delitos por los que se podría conseguir la obtención en tiempo real de datos sobre el tráfico en un caso similar en su país.

Art. 34. Asistencia mutua relativa a la interceptación de datos sobre el contenido. Las Partes se prestarán asistencia mutua para la obtención o grabación en tiempo real de datos sobre el contenido de comunicaciones específicas transmitidas por medio de un sistema informático en la medida en que lo permitan sus tratados y el derecho interno aplicables.

Título 3. Red 24/7

Art. 35. Red 24/7. 1. Cada Parte designará un punto de contacto disponible las veinticuatro horas del día, siete días a la semana, con objeto de garantizar la prestación de ayuda inmediata para los fines de las investigaciones o procedimientos relacionados con delitos vinculados a sistemas y datos informáticos, o para la obtención de pruebas electrónicas de un delito. Dicha asistencia incluirá los actos tendientes a facilitar las siguientes medidas o su adopción directa, cuando lo permitan la legislación y la práctica internas:

a) El asesoramiento técnico;

b) la conservación de datos en aplicación de los arts. 29 y 30;

c) la obtención de pruebas, el suministro de información jurídica y la localización de sospechosos.

2. a) El punto de contacto de una Parte estará capacitado para mantener comunicaciones con el punto de contacto de otra Parte con carácter urgente.

b) Si el punto de contacto designado por una Parte no depende de la autoridad o de las autoridades de dicha Parte responsables de la asistencia mutua internacional o de la extradición, el punto de contacto velará por garantizar la coordinación con dicha autoridad o autoridades con carácter urgente.

3. Cada Parte garantizará la disponibilidad de personal debidamente formado y equipado con objeto de facilitar el funcionamiento de la red.

.....

BILATERALES

ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL

Protocolo adicional al Convenio de cooperación judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Colombia, de 29 de mayo de 1997, hecho en Madrid el 12 de julio de 2005

(BOE, 19-VI-2010)

El Reino de España y la República de Colombia, en adelante las Partes,

Destacando la importancia de actualizar el Convenio de Cooperación Judicial en Materia Penal celebrado entre el Reino de España y la República de Colombia de 1997, tendiente al desarrollo de nuevas formas de cooperación judicial.

Resaltando el memorándum de entendimiento suscrito en Cartagena de Indias el 29 de octubre de 2004 por el Ministro de Justicia de España y el Fiscal General de la Nación de la República de Colombia, así como la constitución, en la misma fecha, de la Red Iberoamericana de Cooperación Judicial (IberRed).

Expresando su confianza en la estructura y el funcionamiento de sus respectivos sistemas jurídicos y en la capacidad de garantizar un juicio justo.

Señalando el interés común de asegurar que la asistencia judicial entre las Partes se lleve a cabo de manera oportuna y de forma compatible con los principios fundamentales de sus ordenamientos jurídicos internos y respetando los derechos reconocidos a todas las personas.

Conscientes de la necesidad de mejorar y perfeccionar los mecanismos tradicionales de asistencia judicial internacional para enfrentar de forma eficaz la criminalidad organizada, especialmente el terrorismo y el tráfico ilegal de estupefacientes y de insumos químicos para elaboración de sustancias que produzcan dependencia.

Considerando que la cooperación internacional constituye una herramienta eficaz para enfrentar la delincuencia en cualquiera de sus manifestaciones.

En observancia de las normas constitucionales, legales y administrativas de las Partes, así como el respeto a los principios de Derecho Internacional, de soberanía e integridad territorial,

Han convenido:

Capítulo I**Disposiciones generales**

Art. 1. Relación con otros convenios de asistencia judicial. El presente Protocolo tiene por objeto complementar las disposiciones y facilitar la aplicación entre el Reino de España y la República de Colombia, del Convenio de Cooperación Judicial en materia Penal de 29 de mayo de 1997, sin perjuicio de acuerdos multilaterales que sobre dicha materia hayan sido ratificados por las Partes.

Art. 2. Ámbito de aplicación. 1. El presente Protocolo será aplicable exclusivamente a las solicitudes de asistencia judicial que se cursen entre las Partes, cuya finalidad sea la investigación y represión penal del terrorismo, tráfico de sustancias estupefacientes, de insumos químicos, lavado de dinero y blanqueo de capitales, delitos cometidos por una organización delictiva y delitos conexos.

2. A efectos del presente Protocolo, se entenderá por terrorismo, las conductas tipificadas como tales en los ordenamientos jurídicos internos de cada una de las Partes, así como aquellas conductas contempladas como actos terroristas, en instrumentos internacionales vigentes para ambas Partes.

3. A efectos del presente Protocolo, se entenderá por “organización delictiva” una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.

4. A efectos del presente Protocolo se entenderá por delitos de tráfico de sustancias estupefacientes y de insumos para su elaboración, las

conductas tipificadas como tales en los ordenamientos jurídicos internos de cada una de las Partes, así como las conductas tipificadas como tales en instrumentos internacionales vigentes para ambas Partes.

Art. 3. Trámites y procedimientos para la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial. 1. En los casos en los que se conceda la asistencia judicial, la Parte requerida cumplirá la asistencia de acuerdo con las formas y requisitos especiales indicados en la solicitud, a menos que sean incompatibles con el presente Protocolo o con su ordenamiento jurídico fundamental.

2. La Parte requerida ejecutará la solicitud de asistencia a la brevedad posible teniendo en cuenta los plazos procedimentales indicados por la Parte requirente.

3. Si la solicitud no puede ejecutarse total o parcialmente, la Parte requerida deberá informar de ello a la Parte requirente, indicando además los términos en los que puede ser cumplida la asistencia.

Art. 4. Intercambio espontáneo de información. 1. Con las limitaciones impuestas por el derecho interno, las autoridades competentes de ambas Partes podrán suministrar información, sin que medie solicitud alguna al respecto, acerca de infracciones penales y de infracciones de disposiciones legales, que razonablemente se entienda puedan ser perseguidas por la Parte receptora.

2. La autoridad que proporcione la información podrá imponer condiciones a la utilización de la información por la autoridad receptora, de conformidad con su derecho interno.

Capítulo II

Formas específicas de Asistencia Judicial

Art. 5. Protección de testigos y peritos en investigaciones y causas penales. 1. Con las limitaciones impuestas por el derecho interno y cuando exista acuerdo en tal sentido entre las autoridades competentes de ambas Partes, una persona que haya sido incorporada por la autoridad nacional competente como testigo o perito protegido en una investigación o una causa penal, podrá ser admitida en los programas de protección de testigos y peritos de la otra Parte.

2. El traslado y sostenimiento del protegido, será acordado entre las autoridades competentes a través de las autoridades centrales.

Art. 6. Utilización de medios técnicos. 1. Cuando una persona que se halle en el territorio de una de las dos Partes deba ser oída como testigo o perito por las autoridades judiciales de la otra Parte, esta última, en caso de que no sea oportuno o posible que la persona a la que se deba oír comparezca personalmente en su territorio, podrá utilizar los medios que la tecnología ofrezca y con los que cuente cada Parte, a efecto de lograr el fin propuesto por la asistencia judicial.

2. Si la Parte requerida no dispone de los medios técnicos necesarios para una videoconferencia, la Parte requirente podrá ponerlos a su disposición, previo acuerdo.

3. La audición por videoconferencia se regirá por las siguientes disposiciones:

a) Durante la audición estará presente una autoridad judicial de la Parte requerida, responsable de identificar a la persona que deba ser oída y de velar por el respeto de los principios fundamentales del derecho interno de la Parte requerida. De ser necesario contará con la asistencia de un intérprete.

Cuando la autoridad judicial de la Parte requerida considere que durante la audición se están infringiendo los principios fundamentales de su ordenamiento interno, adoptará inmediatamente las medidas necesarias para garantizar la continuación de la audición de conformidad con los citados principios.

b) Las autoridades competentes de las Partes convendrán, cuando sea necesario, en la adopción de medidas para la protección de la persona que deba ser oída.

c) La audición será efectuada directamente por la autoridad judicial de la Parte requirente o bajo su dirección, con arreglo a su ordenamiento interno.

4. Sin perjuicio de las medidas acordadas para la protección de las personas, finalizada la audición, la autoridad judicial de la Parte requerida levantará acta de la declaración, indicando la fecha y lugar de la audición, la identidad de la persona oída, la identidad y calidad de cualesquiera otras personas de la Parte requerida que hayan participado en la audición, las prestaciones de juramento, en su caso, y las condiciones técnicas en las que se haya tomado la declaración. La autoridad competente de la Parte requerida transmitirá dicho documento a la autoridad competente de la Parte requirente.

5. Las autoridades centrales acordarán previamente las condiciones en que se asumirán los costos de la videoconferencia.

6. Las Partes podrán, si lo consideran oportuno, aplicar igualmente las disposiciones del presente artículo, cuando sea apropiado y con el acuerdo de sus autoridades competentes, a la audición por videoconferencia de un acusado. En este caso, la decisión de mantener la videoconferencia y la forma en que ésta se lleve a cabo, estarán supeditadas al acuerdo de las Partes de conformidad con su derecho interno y con los correspondientes instrumentos internacionales.

Art. 7. Entregas vigiladas. 1. Las Partes se comprometerán a permitir en sus territorios, en la medida que lo permita su ordenamiento jurídico fundamental, y a petición de la otra Parte, entregas vigiladas en el marco de investigaciones penales.

2. La decisión relativa a la realización de entregas vigiladas la tomará en cada caso la autoridad competente de la Parte requerida, en virtud de su ordenamiento interno.

3. Las entregas vigiladas se efectuarán de conformidad con los procedimientos vigentes en la Parte requerida. La competencia de actuación, así como la dirección y el control de las operaciones, recaerá en las autoridades competentes de dicha Parte.

Art. 8. Equipos conjuntos de investigación. 1. Las autoridades competentes de ambas Partes podrán, de acuerdo a su ordenamiento jurídico fundamental, integrar comisiones de investigación con un fin determinado y por un período establecido, que podrá ampliarse con el consentimiento de ambas, para llevar a cabo investigaciones penales en el territorio de una de ellas. La composición del equipo se determinará en el acuerdo de constitución del mismo. Podrán crearse equipos conjuntos de investigación en los siguientes casos:

a) Cuando la investigación de infracciones penales que adelante una Parte, revista complejidad y afecte también a la otra.

b) Cuando se realicen investigaciones sobre infracciones penales que, debido a las circunstancias del caso, requieran una actuación coordinada y concertada. Cualquiera de las dos Partes podrá formular una solicitud de creación de un equipo conjunto de investigación. El equipo se creará en

el territorio de una de las Partes en donde se prevea efectuar la investigación.

2. El equipo conjunto de investigación actuará en el territorio de ambas Partes, con arreglo a las siguientes condiciones generales:

a) Estará dirigido por un representante de la autoridad competente que participe en la investigación penal de la Parte en la que actúe el equipo. El jefe del equipo actuará dentro de los límites de las competencias que tenga atribuidas con arreglo al ordenamiento jurídico interno.

b) El equipo actuará de conformidad con el ordenamiento jurídico interno de la Parte en la que se esté llevando a cabo la investigación. Sus miembros realizarán la labor bajo la dirección del jefe designado, teniendo en cuenta las condiciones establecidas por sus propias autoridades en el acuerdo de constitución del equipo.

3. Los integrantes del equipo conjunto de investigación, tendrán derecho a estar presentes cuando se tomen medidas de investigación en el territorio donde esté actuando el equipo. No obstante, por razones específicas y con arreglo al ordenamiento jurídico interno de la Parte en la que actúe el equipo, el jefe del mismo podrá decidir lo contrario.

4. De conformidad con el ordenamiento jurídico interno de la Parte en la que actúe el equipo conjunto de investigación, el jefe del mismo podrá encomendar a las personas destinadas a él, la ejecución de determinadas medidas de investigación, cuando así lo aprueben las autoridades competentes de ambas Partes.

5. Cuando el equipo conjunto de investigación necesite que se tomen medidas de investigación en el territorio de la Parte donde no esté actuando, los miembros destinados al mismo, podrán pedir a sus propias autoridades competentes que tomen tales medidas. Estas medidas se examinarán en las mismas condiciones en que serían solicitadas en el marco de una investigación nacional.

6. Cuando el equipo conjunto de investigación necesite ayuda de un tercer Estado, que no haya participado en la creación del equipo, las autoridades competentes de la Parte en la que actúe el equipo, podrán formular la petición de ayuda a las autoridades competentes del tercer Estado afectado, de conformidad con los instrumentos o disposiciones aplicables, informando sobre esta situación a la otra Parte.

7. La información que obtenga legalmente un miembro de un equipo conjunto de investigación y a la que no tengan acceso de otro modo las autoridades competentes de la otra Parte, podrá utilizarse para los siguientes fines:

a) Para los fines para los que se haya creado el equipo.

b) Para su uso, condicionado a la autorización previa de la Parte en que se haya obtenido la información, para descubrir, investigar y enjuiciar otras infracciones penales. Dicha autorización podrá denegarse únicamente en los casos en que esta utilización ponga en peligro las investigaciones penales de la otra Parte.

c) Para evitar una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública, y sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b), si ulteriormente se inicia una investigación penal.

d) Las autoridades competentes de ambas Partes, tendrán acceso inmediato a la información que obtengan los equipos conjuntos, la cual deberá ser tratada de manera reservada. El jefe del equipo velará por el cumplimiento de esta obligación.

8. Las Partes velarán por la seguridad e integridad de los miembros de los equipos conjuntos de investigación que se constituyan de conformidad con este artículo.

Art. 9. Operaciones encubiertas. 1. Las Partes, en la medida que lo permita su ordenamiento jurídico fundamental, podrán convenir en colaborar para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa.

2. La decisión sobre la solicitud, duración de la investigación encubierta, condiciones concretas y régimen jurídico de los agentes, la tomarán en cada caso las autoridades competentes de la Parte requerida ateniéndose a lo dispuesto en su ordenamiento jurídico fundamental.

3. Las investigaciones encubiertas se realizarán de conformidad con el derecho y los procedimientos de la Parte en cuyo territorio se realicen.

4. Las Partes colaborarán para garantizar la preparación y supervisión de la investigación encubierta y la adopción de medidas de seguridad de los agentes que actúen de manera encubierta o con identidad falsa.

Art. 10. Responsabilidad penal en relación con los funcionarios. Durante las operaciones

contempladas en los arts. 7, 8 y 9, del presente Protocolo, los funcionarios procedentes de autoridades de la Parte que no sea aquella en el que se desarrolla la operación, se asimilarán a los funcionarios de esta última, en lo relativo a las infracciones en las que pudieran incurrir.

Art. 11. Responsabilidad civil en relación con los funcionarios. 1. La Parte en cuyo territorio se causaren daños y perjuicios por los miembros de un equipo conjunto en el desarrollo de sus cometidos, asumirá la reparación de los mismos.

2. La Parte cuyos funcionarios hubieren causado daños y perjuicios en el territorio de la otra restituirá íntegramente a esta última los importes que hubiera abonado.

Capítulo III

Art. 12. Protección de datos de carácter personal. 1. Los datos de carácter personal comunicados con arreglo al presente Protocolo podrán ser utilizados por la Parte al que se hayan transmitido:

a) Para los procedimientos a los que se aplica el presente Protocolo.

b) Para otros procedimientos judiciales y administrativos directamente relacionados con los procedimientos a que se refiere la letra a).

c) Para prevenir una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública.

d) Para cualquier otra finalidad, únicamente previa autorización de la Parte transmisora, a menos que la otra parte haya obtenido el consentimiento de la persona interesada.

2. El presente artículo se aplicará igualmente a los datos personales que no hayan sido comunicados pero que se hayan obtenido de otra manera con arreglo al presente Protocolo.

3. Según las circunstancias de cada caso particular, la Parte transmisora podrá exigir a la otra Parte a la que haya transmitido los datos de carácter personal, que facilite información sobre la utilización que se haya hecho de ellos.

4. En los casos en que se hayan impuesto condiciones a la utilización de los datos personales, prevalecerán dichas condiciones.

5. El presente artículo no se aplicará a los datos personales obtenidos por una Parte con arreglo al presente Convenio y que tengan su origen en dicha Parte.

Capítulo IV

Art. 13. Mecanismos para facilitar la cooperación judicial en materia penal. Las Partes cooperarán adicionalmente a través de las siguientes modalidades:

1. Intercambio de experiencias jurídico científicas en materia de investigación criminal, terrorismo, tráfico de estupefacientes, tráfico de insumos químicos, lavado de dinero, y blanqueo de capitales, delincuencia organizada y delitos conexos.

2. Intercambio de publicaciones relacionadas con modificaciones introducidas a sus sistemas judiciales y nuevos criterios jurisprudenciales en las áreas que abarca el presente instrumento.

3. Organización de jornadas académicas con participación de fiscales, jueces, magistrados y demás servidores de las entidades encargadas de la investigación y juzgamiento de conductas punibles.

4. Programas de cooperación para la asistencia a víctimas.

Para la realización de las actividades y encuentros previstos en este Protocolo, las autoridades centrales acordarán la metodología que se utilizará

en cada uno de ellos, así como también, la duración de los mismos y el número de participantes.

Capítulo V

Art. 14. Entrada en vigor y duración. 1. El presente Protocolo entrará en vigor el primer día del segundo mes después del canje de los Instrumentos de Ratificación.

2. El presente Protocolo permanecerá en vigor mientras lo esté el Convenio de Cooperación Judicial en materia penal entre las República de Colombia y el Reino de España, de 29 de mayo de 1997.

3. El presente Protocolo podrá ser denunciado por cualquiera de las Partes en cualquier momento, de manera independiente al Convenio de Cooperación Judicial en materia penal entre las República de Colombia y el Reino de España de 29 de mayo de 1997, mediante Nota Diplomática, la cual surtirá efectos seis meses después de la fecha de recepción por la otra Parte. La denuncia no afectará las solicitudes de asistencia en curso.

Suscrito en Madrid, a 12 de julio de dos mil cinco en dos ejemplares en idioma español, siendo ambos textos igualmente válidos y auténticos.

Convenio entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos sobre la asistencia judicial mutua en materia penal, hecho en Madrid el 24 de noviembre de 2009

(BOE, 28-X-2010)

ELECTORALES

Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia, sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid el 5 de febrero de 2009

(BOE, 21-I-2010)

Madrid, 5 de febrero de 2009

Excmo. Sr.

Excelencia:

Considerando el deseo de fortalecer los profundos vínculos históricos y culturales que siempre han existido entre el Reino de España y la República de Colombia, y los estrechos lazos de amistad que tradicionalmente han unido a sus pueblos;

Considerando el incremento de las migraciones y la movilidad de las personas a que aquéllas dan lugar, y movidos por el ánimo de facilitar la integración de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro;

Considerando que estas relaciones de amistad deben traducirse en una mayor participación social y política de los nacionales de ambos países en su lugar de residencia;

Considerando que en España existen tres tipos de elecciones: para las Instituciones nacionales, elecciones generales; para los Entes territoriales dotados de Estatuto de Autonomía, elecciones a sus Asambleas; y elecciones municipales, siendo estas últimas, las elecciones municipales, las consideradas esenciales para el desarrollo de la participación de los nacionales de ambos países en sus municipios de residencia y, por tanto, a las que se refiere esta Nota,

Considerando que la participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, permitirá una mayor integración y asegurará mejor sus derechos políticos y sociales:

1. El Gobierno español solicita del Gobierno de la República de Colombia que, de acuerdo con su legislación, los ciudadanos españoles tengan el derecho de voto en las elecciones municipales de la República de Colombia.

2. El Gobierno español, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la legislación aplicable, permitirá a los ciudadanos de la República de Colombia que ejerzan el derecho de voto en las elecciones municipales españolas.

3. Las condiciones para el ejercicio del derecho de voto en las elecciones municipales españolas por parte de los ciudadanos de la República de Colombia figuran en el Anejo a esta Nota.

4. Siempre y cuando el derecho de voto reconocido en este Acuerdo sea mantenido, ambas Partes se reservan el derecho a modificar las leyes y condiciones antes mencionadas. Se informará de estas modificaciones por vía diplomática.

5. Este Acuerdo entrará en vigor el primer día del mes siguiente a aquél en que las Partes se hayan notificado recíprocamente, por vía diplomática, el cumplimiento de los requisitos constitucionales para la entrada en vigor del mismo.

6. La denuncia de este Acuerdo se realizará por escrito por vía diplomática. El Acuerdo dejará de estar en vigor a los treinta días naturales a partir de la fecha en que la otra Parte reciba la notificación de denuncia.

Tengo la honra de proponer a Vuestra Excelencia que, en caso de aceptar la República de Colombia el contenido de esta Nota y su Anejo, la presente Nota y su Anejo, junto con la contestación de Vuestra Excelencia, constituirán un Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia.

Aprovecho esta oportunidad para reiterar a Vuestra Excelencia el testimonio de mi más alta y distinguida consideración.

ANEJO

Condiciones para el ejercicio del derecho de voto en las elecciones municipales españolas por parte de los ciudadanos de la República de Colombia.

1. Los ciudadanos de la República de Colombia podrán ejercer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.

2. Deberán estar en posesión de la correspondiente autorización de residencia en España.

3. Deberán haber residido en España, legal e ininterrumpidamente durante, al menos, los cinco años anteriores a su solicitud de inscripción en el censo electoral.

4. Ejercerán el derecho de voto en el Municipio de su residencia habitual, en cuyo padrón deberán figurar inscritos.

5. La inscripción en el censo electoral de extranjeros residentes en España, requisito indispensable para poder ejercer el derecho de sufragio, se hará a instancia de parte. Esta instancia se presentará en el Ayuntamiento en cuyo padrón municipal figure inscrito. El plazo de presentación se fijará para cada elección.

República de Colombia.

Excmo. Sr.

Excelencia:

Me permito referirme a su Nota de fecha 5 de febrero de 2009 y su Anejo, mediante la cual el Gobierno del Reino de España propone un acuerdo sobre participación electoral en elecciones municipales.

Al respecto, el Gobierno de la República de Colombia, una vez consultado el Consejo Nacional Electoral, se permite confirmar su voluntad en concordancia con la legislación colombiana, a fin de que los ciudadanos españoles residentes en el país ejerciten el derecho al voto en las siguientes elecciones y consultas populares:

1. Elecciones de alcaldes distritales y municipales.

2. Elecciones de consejos distritales y municipales.

3. Juntas administradoras locales.

4. Consultas populares de naturaleza local y municipal.

Para participar en estas elecciones los ciudadanos españoles deben cumplir con las condiciones que figuran en el Anexo de esta Nota, que forma parte integral de la misma.

En consecuencia, tengo la honra de informar a Su Excelencia que la República de Colombia acepta con agrado la propuesta contenida en su Nota arriba citada, y por lo tanto esta Nota de respuesta y su Anexo, junto con la Nota de Su Excelencia y su Anejo, constituirán un Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España que entrará en vigor el primer día del mes siguiente a aquél en que las partes se hayan notificado recíprocamente, por vía diplomática, el cumplimiento de los requisitos constitucionales para la entrada en vigor del mismo.

Expreso a Su Excelencia mi convicción de que el presente Acuerdo contribuirá a estrechar aun más las cordiales relaciones existentes entre nuestros dos Estados.

Aprovecho esta oportunidad para reiterar a Su Excelencia las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

ANEXO

Condiciones para el ejercicio del derecho al voto por parte de los ciudadanos españoles resi-

dentes en Colombia en elecciones y consultas populares de carácter municipal y distrital:

1. Ser mayor de 18 años de edad.
2. Tener visa de residente de conformidad con las normas que regulan la materia.
3. Acreditar como mínimo cinco (5) años continuos e ininterrumpidos de residencia en Colombia.
4. Poseer cédula de extranjería de residente.
5. Estar inscrito en el respectivo censo electoral.
6. No estar incursos en las inhabilidades constitucionales y legales.

La inscripción se realiza personalmente ante la Registraduría Nacional del Estado Civil del lugar donde el extranjero haya fijado su domicilio, dentro de los términos fijados por la ley para la inscripción de cédulas de los nacionales colombianos, presentando la cédula de extranjería de residente. La inscripción se realiza en listados independientes con los que se conforma el censo electoral.

El presente Canje de Notas entró en vigor el 1 de enero de 2010, el primer día del mes siguiente a aquél en que las Partes se hayan notificado recíprocamente, por vía diplomática, el cumplimiento de los requisitos constitucionales, según se establece en su punto 5.

Canje de Notas, de fecha 6 de febrero de 2009, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Perú sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro

(BOE, 19-V-2010)

Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Quito el 25 de febrero de 2009

(BOE, 5-I-2010)

Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Islandia sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid y París el 31 de marzo de 2009

(BOE, 16-XII-2010)

Canje de Notas, de 12 de mayo de 2009, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro

(BOE, 9-II-2010)

Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Paraguay sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid y Asunción el 13 de mayo de 2009

(BOE, 21-VI-2010)

Acuerdo entre el Reino de España y Nueva Zelanda sobre participación en determinadas elecciones de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Wellington el 23 de junio de 2009

(BOE, 6-I-2010)

Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y el Estado Plurinacional de Bolivia sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2009

(BOE, 17-XII-2010)

EXTRADICIÓN

Convenio de extradición entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos, hecho en Madrid el 24 de noviembre de 2009

(BOE, 26-X-2010)

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 Filipinas 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 Manila el 24 de marzo de 2009

(BOE, 2-III-2010)

RECONOCIMIENTO DEL TÍTULOS

Acuerdo en materia de acceso a la universidad entre el Reino de España y el Principado de Andorra, hecho en Madrid el 4 de mayo de 2010

(BOE, 1-XI-2010)

En el espíritu de los principios de buena vecindad que, especialmente desde el año 1993, presiden las relaciones entre España y Andorra, y en el marco de los vigentes Tratados internacionales bilaterales que buscan favorecer la máxima cooperación a todos los niveles entre ambos países, el Reino de España y el Principado de Andorra, en adelante denominados las «Partes», han alcanzado el siguiente acuerdo sobre el reconocimiento de los títulos, diplomas y certificados exigidos para el acceso a la universidad por cada una de las Partes.

Art. 1. Objeto y ámbito de aplicación. El objeto del presente acuerdo es facilitar el acceso a los estudios oficiales universitarios a través del mutuo reconocimiento, a los solos efectos del acceso a la universidad, de los títulos, diplomas y certificados que constituyen los requisitos de acceso a la universidad en el sistema educativo de cada una de las Partes.

El presente acuerdo es aplicable a los títulos, diplomas y certificados que tengan validez oficial en el sistema educativo de cada una de las Partes y que habiliten para el acceso a la universidad de acuerdo con las disposiciones normativas de cada Parte.

Art. 2. Acceso a la Universidad. Las Partes reconocerán, de conformidad con su legislación interna y en régimen de reciprocidad, los títulos, diplomas y certificados, que figuran en el anexo, exigidos para acceder a la universidad por los sistemas educativos de cada una de las Partes, de acuerdo con lo especificado en el anexo.

Art. 3. Admisión a la Universidad. 1. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del cumplimiento

de las condiciones o de la superación de las pruebas que, en su caso, puedan exigirse por las respectivas legislaciones nacionales para la admisión a determinadas enseñanzas o centros universitarios en razón a sus especiales características.

Asimismo las universidades podrán exigir la acreditación de un conocimiento suficiente del idioma en que se imparten las enseñanzas.

2. El reconocimiento de los requisitos de acceso a la universidad a que se refiere este artículo no garantiza la admisión en determinadas enseñanzas o centros universitarios donde se presenten situaciones de concurrencia competitiva, que serán resueltas de acuerdo con los requisitos, criterios y procedimientos de adjudicación de plazas establecidos al respecto en la normativa reguladora sobre el particular en cada una de las Partes.

Art. 4. Verificación de la documentación. Para el reconocimiento de los estudios acreditados por los títulos, diplomas o certificados a que se refiere los artículos anteriores, se requerirá la presentación de los correspondientes documentos expedidos por las autoridades educativas competentes, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la legislación interna de cada una de las Partes.

Art. 5. Credencial. 1. Una vez llevada a cabo la oportuna verificación de los documentos acreditados por el estudiante, la autoridad competente de cada una de las Partes expedirá, de acuerdo con su legislación interna, una credencial que otorgará a su titular el derecho de acceso, con carácter general, a la Universidad y tendrá validez en todas las Universidades de ambas Partes a

los efectos de solicitud de plaza y, en su caso, de formalización de matrícula.

2. La credencial a que se refiere el apartado anterior incluirá, de acuerdo con lo establecido en el sistema educativo de cada una de las Partes, la calificación de acceso a la universidad. Dicha calificación será expresada en la escala 0–10 con el mínimo aprobatorio en 5 puntos, actualmente utilizada por ambos países.

3. Ambas Partes se comprometen a comunicar las modificaciones que en su caso se pudieran producir en relación con las escalas actualmente vigentes a efectos de acordar las oportunas conversiones de las calificaciones de acuerdo con la normativa en vigor de cada una de las Partes.

Art. 6. Actualizaciones y enmiendas. La incorporación de las modificaciones que puedan ser necesarias en el futuro como consecuencia de las innovaciones y actualizaciones que puedan introducirse en los sistemas educativos actualmente vigentes, se realizará mediante el intercambio de Notas Verbales entre ambas Partes. Dichas modificaciones se harán efectivas después del cumplimiento de las formalidades previstas por el derecho interno de cada parte y entraran en vigor en la fecha de recepción de la última Nota Verbal por la que ambas Partes se comuniquen el cumplimiento de los requisitos establecidos en sus respectivas legislaciones internas en materia de tratados.

Art. 7. Grupo de Trabajo. Para facilitar la aplicación del presente Acuerdo o sugerir, en su caso, las reformas que fuesen precisas, así como para la resolución de las posibles controversias que puedan surgir en aplicación del mismo, se crea un Grupo de Trabajo que estará compuesto por cuatro representantes por cada una de las Partes y se reunirá siempre que se considere necesario por una de las Partes, y al menos una vez al año, alternativamente en uno y otro país.

Art. 8. Duración del Acuerdo. El presente Acuerdo se concluye por un periodo de tres años, después del cual se prorrogará tácitamente por periodos de un año, pudiendo denunciarlo cualquiera de las dos Partes mediante Nota Verbal dirigida a la otra Parte seis meses antes de la fecha de expiración.

Art. 9. Entrada en vigor. Las Partes deberán comunicarse recíprocamente la aprobación del presente Acuerdo conforme a las respectivas legislaciones internas. El presente acuerdo entrará en vigor en la fecha de la última notificación por la que ambas Partes se comuniquen el cumplimiento de los requisitos establecidos en sus respectivas legislaciones internas en materia de tratados y se aplicará provisionalmente por cada una de las Partes desde la fecha de su firma.

El presente Acuerdo se firma en Madrid, el 4 de mayo de 2010, en dos ejemplares, cada uno de ellos en español y catalán, siendo ambos textos igualmente auténticos.

TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS

Convenio entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos relativo al traslado de personas condenadas, hecho en Madrid el 24 de noviembre de 2009

(BOE, 27-X-2010)

Convenio Civil sobre la Corrupción (nº 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999

(BOE, 31-III-2010)

PREÁMBULO

Los Estados miembros del Consejo de Europa, los demás Estados y la Comunidad Europea, signatarios del presente Convenio,

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus miembros;

Reconociendo la importancia de fortalecer la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción;

Poniendo de relieve que la corrupción constituye una grave amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, la equidad y la justicia social, que obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro el funcionamiento correcto y leal de las economías de mercado;

Reconociendo las consecuencias económicas negativas de la corrupción sobre las personas, las empresas y los Estados, así como sobre las instituciones internacionales;

Convencidos de la importancia que para el derecho civil tiene contribuir a la lucha contra la corrupción, en particular haciendo posible que las personas que hayan sufrido daños reciban una compensación equitativa;

Recordando las conclusiones y resoluciones de la 19ª (Malta, 1994), 21ª (República Checa, 1997) y 22ª (Moldova, 1999) Conferencias de Ministros Europeos de Justicia;

Teniendo en cuenta el Programa de Acción contra la Corrupción adoptado por el Comité de Ministros en noviembre de 1996;

Teniendo asimismo en cuenta el estudio relativo a la posibilidad de elaborar un convenio sobre las acciones civiles para la indemnización de los daños resultantes de actos de corrupción, aprobado por el Comité de Ministros en febrero de 1997;

Teniendo presente la Resolución (97) 24 referente a los 20 Principios Rectores de la Lucha contra la Corrupción, adoptada por el Comité de Ministros en noviembre de 1997 con ocasión de su 101º Periodo de Sesiones, la Resolución (98) 7 por la que se autoriza la adopción del Acuerdo Parcial Ampliado por el que se establece el “Grupo

de Estados contra la Corrupción (GRECO)”, adoptada por el Comité de Ministros en mayo de 1998 con ocasión de su 102º Periodo de Sesiones, y la Resolución (99) 5 por la que se establece el GRECO, adoptada el 1 de mayo de 1999;

Recordando la Declaración Final y el Plan de Acción adoptado por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa en su Segunda Cumbre, celebrada en Estrasburgo, en octubre de 1997;

Han convenido en lo siguiente:

Capítulo I**Medidas que deberán adoptarse a nivel nacional**

Art. 1. Objeto. Cada Parte establecerá en su derecho interno procedimientos eficaces en favor de las personas que hayan sufrido daños resultantes de actos de corrupción, con el fin de permitirles defender sus derechos e intereses, incluida la posibilidad de obtener indemnización por dichos daños.

Art. 2. Definición de corrupción. A los efectos del presente Convenio se entenderá por “corrupción” el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida.

Art. 3. Indemnización por daños. 1. Cada Parte dispondrá en su derecho interno que las personas que hayan sufrido daños resultantes de un acto de corrupción tengan el derecho a iniciar acciones a fin de obtener la indemnización íntegra de dicho daño.

2. Dicha indemnización podrá cubrir los daños patrimoniales, el lucro cesante y los daños no patrimoniales.

Art. 4. Responsabilidad. 1. Cada Parte dispondrá en su derecho interno que deberán reunir-

se las siguientes condiciones para que pueda indemnizarse el daño:

i) que el demandado haya cometido o autorizado el acto de corrupción, o no haya tomado las medidas adecuadas para impedir el acto de corrupción;

ii) que el demandante haya sufrido un daño; y

iii) que exista nexo de causalidad entre el acto de corrupción y el daño.

2. Cada parte dispondrá en su derecho interno que, en caso de que varios demandados sean responsables de daños resultantes del mismo acto de corrupción, éstos serán responsables solidariamente.

Art. 5. Responsabilidad del Estado. Cada Parte establecerá en su derecho interno procedimientos apropiados para que las personas que hayan sufrido daños resultantes de un acto de corrupción cometido por sus agentes públicos en el ejercicio de sus funciones puedan reclamar indemnización al Estado o, si se trata de una Parte que no sea Estado, a las autoridades competentes de dicha Parte.

Art. 6. Culpa concurrente. Cada Parte dispondrá en su derecho interno que podrá reducirse o suprimirse la indemnización del daño teniendo en cuenta todas las circunstancias, en el caso de que el demandante haya contribuido, con su culpa, a que se produzca el daño o a su agravación.

Art. 7. Plazos de prescripción. 1. Cada Parte dispondrá en su derecho interno que las acciones de reparación de daños prescribirán transcurrido un plazo no inferior a tres años a partir de la fecha en que la persona que haya sufrido el daño hubiera tenido conocimiento o debiera haber tenido conocimiento del daño o del acto de corrupción, así como de la identidad de la persona responsable. No obstante, dichas acciones no podrán ejercitarse una vez que haya transcurrido un plazo de prescripción no inferior a diez años a partir de la fecha de comisión del acto de corrupción.

2. El derecho de las partes que regule la suspensión o la interrupción de los plazos de prescripción se aplicará, en su caso, a los plazos establecidos en el ap. 1.

Art. 8. Validez de los contratos. 1. Cada Parte dispondrá en su derecho interno la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción.

2. Cada Parte establecerá en su derecho interno la posibilidad de que todas las partes contratantes cuyo consentimiento esté viciado por un acto de corrupción puedan solicitar ante tribunal la declaración de nulidad de dicho contrato, sin perjuicio de su derecho a la reclamación de daños.

Art. 9. Protección de los empleados. Cada Parte establecerá en su derecho interno medidas de protección adecuadas contra toda sanción injustificada a los empleados que tengan motivos fundados de sospecha de corrupción y que denuncien de buena fe sus sospechas a las personas o autoridades responsables.

Art. 10. Cuentas y auditorías. 1. Cada Parte adoptará las medidas necesarias en su derecho interno para que las cuentas anuales de las empresas se establezcan con claridad y den una imagen fiel de la situación financiera de la empresa.

2. Con el fin de prevenir la comisión de actos de corrupción, cada Parte dispondrá en su derecho interno que los auditores comprueben que las cuentas anuales presentan una imagen fiel de la situación financiera de la empresa.

Art. 11. Obtención de pruebas. Cada Parte establecerá en su derecho interno procedimientos eficaces para la obtención de pruebas en el marco de los procedimientos civiles que tengan su origen en un acto de corrupción.

Art. 12. Medidas cautelares. Cada Parte establecerá en su derecho interno las medidas cautelares judiciales que sean necesarias para garantizar los derechos y los intereses de las partes en el curso de los procedimientos civiles que tengan su origen en un acto de corrupción.

Capítulo II Cooperación internacional y seguimiento de la aplicación

Art. 13. Cooperación internacional. Las Partes cooperarán de forma eficaz en los asuntos relativos a los procedimientos civiles en casos de corrupción, en particular en lo referente a la notificación de documentos, obtención de pruebas en el extranjero, jurisdicción, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y costas, con arreglo a las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales aplicables relativos a la cooperación internacional en materia civil y

mercantil en que sean Partes, así como de conformidad con su derecho interno.

Art. 14. Seguimiento. El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) se encargará del seguimiento de la aplicación por las partes del presente Convenio.

Capítulo III **Disposiciones finales**

Art. 15. Firma y entrada en vigor. 1. El presente Convenio estará abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa, de los Estados no miembros que hayan participado en su elaboración y de la Comunidad Europea.

2. El presente Convenio estará sometido a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

3. El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha en que catorce signatarios hayan expresado su consentimiento en quedar vinculados por el Convenio, conforme a lo dispuesto en el ap. 2. Cualquiera de los signatarios que no fuera miembro del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación pasará automáticamente a ser miembro en la fecha de entrada en vigor del presente Convenio.

4. Para todo signatario que exprese posteriormente su consentimiento en quedar vinculado por el Convenio, éste entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha en que haya expresado su consentimiento en quedar vinculado por el Convenio, conforme a lo dispuesto en el ap. 2. Todo signatario que no fuera miembro del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación pasará automáticamente a ser miembro en la fecha de entrada en vigor del presente Convenio con respecto al mismo.

5. Las modalidades particulares de participación de la Comunidad Europea en el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) se establecerán en caso necesario de común acuerdo con la Comunidad Europea.

Art. 16. Adhesión al Convenio. 1. Una vez que haya entrado en vigor el presente Convenio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, previa consulta con las Partes en el Convenio, podrá invitar a cualquier Estado no miembro del Consejo que no haya participado en su elaboración a adherirse al presente Convenio, mediante decisión adoptada por la mayoría prevista en el art. 20.d) del Estatuto del Consejo de Europa y por unanimidad de los representantes de las Partes con derecho a pertenecer al Comité.

2. Respecto de cualquier Estado que se adhiera al mismo, el Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses siguientes a la fecha del depósito del instrumento de adhesión en poder del Secretario General del Consejo de Europa. Cualquier Estado que se adhiera al presente Convenio pasará automáticamente a ser miembro del GRECO, si no lo fuera ya en el momento de la adhesión, en la fecha de entrada en vigor del presente Convenio con respecto al mismo.

Art. 17. Reservas. No se podrá formular ninguna reserva a las disposiciones del presente Convenio.

Art. 18. Aplicación territorial. 1. En el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cualquier Estado o la Comunidad Europea podrá designar el territorio o territorios a los que se aplicará el presente Convenio.

2. En cualquier otro momento posterior y mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, cualquier Parte podrá hacer extensiva la aplicación del presente Convenio a cualquier otro territorio designado en la declaración. El Convenio entrará en vigor con respecto a ese territorio el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses a partir de la fecha de recepción de la mencionada declaración por el Secretario General.

3. Toda declaración hecha en virtud de los dos apartados precedentes podrá ser retirada, en lo que se refiere a cualquier territorio designado en ella, mediante notificación dirigida al Secretario General. La retirada surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha de recepción de la mencionada notificación por el Secretario General.

Art. 19. Relación con otros instrumentos y acuerdos. 1. El presente Convenio no afectará a los derechos y obligaciones derivados de instrumentos internacionales multilaterales relativos a cuestiones especiales.

2. Las Partes en el Convenio podrán concertar entre sí acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a las cuestiones reguladas por el presente Convenio, con el fin de completar o reforzar lo dispuesto en el mismo o para facilitar la aplicación de los principios consagrados en él o, sin perjuicio de los objetivos y de los principios del presente Convenio, someterse a las reglas sobre esta materia en el marco de un sistema especial que sea vinculante en el momento de la apertura a la firma del presente Convenio.

3. Cuando dos o más Partes hayan concertado ya un acuerdo o tratado acerca de una cuestión regulada por el presente Convenio, o cuando hayan determinado de otro modo sus relaciones sobre esa cuestión, tendrán la facultad de aplicar el mencionado acuerdo, tratado o arreglo en lugar del presente Convenio.

Art. 20. Enmiendas. 1. Cada Parte podrá proponer enmiendas al presente Convenio y cualquier propuesta será comunicada por el Secretario General del Consejo de Europa a los Estados miembros del Consejo de Europa, a los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración del presente Convenio, a la Comunidad Europea, así como a cada Estado que se haya adherido o haya sido invitado a adherirse al presente Convenio conforme a lo dispuesto en el art. 16.

2. Toda enmienda propuesta por una Parte será comunicada al Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ), que elevará al Comité de Ministros su dictamen acerca de la enmienda propuesta.

3. El Comité de Ministros examinará la enmienda propuesta y el dictamen emitido por el Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ) y, previa consulta con las Partes en el presente Convenio que no sean miembros del Consejo de Europa, podrá adoptar la enmienda.

4. El texto de cualquier enmienda adoptada por el Comité de Ministros conforme al ap. 3 del presente artículo será transmitido a las Partes para su aceptación.

5. Toda enmienda adoptada conforme al ap. 3 del presente artículo entrará en vigor el trigésimo día después de que todas las Partes hayan informado al Secretario General de su aceptación.

Art. 21. Solución de controversias. 1. Se mantendrá informado al Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ) de la interpretación y la aplicación del presente Convenio.

2. En el caso de controversia entre las Partes acerca de la interpretación o aplicación del presente Convenio, las Partes se esforzarán por resolverla mediante la negociación o por cualquier otro medio pacífico que elijan, incluida la sumisión de la controversia al Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ), a un tribunal arbitral cuyas decisiones serán vinculantes para las Partes en la controversia, o a la Corte Internacional de Justicia, según acuerden entre sí las Partes interesadas.

Art. 22. Denuncia. 1. En todo momento, cualquier Parte podrá denunciar el presente Convenio mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa.

2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

Art. 23. Notificaciones. El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo y a todos los signatarios y Partes en el presente Convenio:

- a) toda firma;
- b) el depósito de todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
- c) toda fecha de entrada en vigor del presente Convenio, conforme a sus arts. 15 y 16;
- d) todo otro acto, notificación o comunicación que se refiera al presente Convenio.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados al efecto, firman el presente Convenio.

Hecho en Estrasburgo, el 4 de noviembre de 1999, en inglés y francés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un ejemplar único que será depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa transmitirá copia certificada del mismo a cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa, a los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración del presente Convenio, a la Comunidad Europea, así como a cualquier Estado invitado a adherirse al mismo.

NOTA

1. Este convenio supuso el primer intento por la comunidad europea en definir principios y normas comunes, a nivel internacional, en el ámbito del derecho civil sobre la corrupción. Su principal misión fue la de prever “recursos eficaces a favor de las personas víctimas de actos de corrupción” para defender sus derechos e intereses. El presente Convenio entró en vigor de forma general el 1 de noviembre de 2003, de conformidad con lo establecido en su artículo 15 y en España el 1 de abril de 2010. La iniciativa se puso en marcha en la Conferencia de Malta que tuvo lugar en 1994, a propuesta de los Ministros Europeos de Justicia. Los Ministros consideraron que la corrupción era “una grave amenaza para la democracia, el imperio de la ley y los derechos humanos” y que el Consejo de Europa, al ser la institución europea por excelencia que defiende estos valores fundamentales, debería responder y hacer frente a este tipo de amenaza. Tras una Resolución aprobada en la Conferencia, se recomendó la necesidad de crear un Grupo Multidisciplinario sobre Corrupción, tal y como ya se hiciera, para el Convenio Penal contra la corrupción. Y al igual que sucediera con el Grupo creado, su tarea consistiría en examinar las posibles medidas que podrían incluirse en un programa de acción a nivel internacional, así como la posibilidad de elaborar leyes modelo, códigos de conducta o incluso un Convenio internacional sobre dicha materia. Así como la elaboración de un mecanismo de seguimiento e implantación que pudiera poner en práctica los compromisos adquiridos en los distintos instrumentos creados. Este Grupo Multidisciplinario sobre corrupción (GMC) debería actuar, como ya lo hizo anteriormente el Grupo creado para redactar el Convenio penal sobre corrupción, bajo la responsabilidad conjunta del Comité Europeo para los Problemas Criminales (CDPC) y el Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ). En 1995, el Grupo preparó el Programa de Acción contra la Corrupción (PAC) y fue aprobado por el Comité de Ministros a finales de 1996. El Programa fue un documento ambicioso, ya que intentaba cubrir todos los aspectos necesarios para la lucha contra la corrupción internacional, pretendiendo definir e identificar aquellas áreas en la que la acción es necesaria y prever una serie de medidas, que deben seguirse con el fin de conseguir un enfoque tanto global, multidisciplinar como integral en la lucha contra la corrupción. Para ello el Comité de Ministros encargó al GMC que implementara dicho Programa antes de que finalizara el año 2000.

2. En su 21ª Conferencia de Ministros europeos de Justicia, aprobó mediante su Resolución nº 1 una serie de vínculos y coincidencias entre la los delitos de corrupción y delincuencia organizada. Así mismo, subrayó la necesidad de obtener un compromiso firme por parte de los Estados en aunar esfuerzos, compartir experiencias y adoptar acciones comunes entre todos ellos. Por ello se recomendó la necesidad de llevar a cabo una serie de actividades relativas a la preparación de un instrumento civil internacional que entre otras cosas, permitiera obtener una indemnización por daños resultantes de la corrupción.

En octubre de 1997, tuvo lugar la segunda Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa, cuyo objetivo era el de encontrar respuestas comunes a los desafíos que planteaban la corrupción en toda Europa y promover la cooperación entre el Consejo de Europa, los Estados miembros en la lucha contra la corrupción. El Comité de Ministros en noviembre de 1997, adoptó la Resolución (97) 24 sobre los 20 Principios Rectores para la lucha contra la corrupción. El Principio 17 nos indica específicamente que los estados deben garantizar que el Derecho civil tenga en cuenta la necesidad de combatir la corrupción y, en particular, prever la reparación efectiva de las personas cuyos derechos e intereses se vean afectados por la corrupción”.

3. En su 22ª Conferencia, celebrada en Chisinau en 1999, los Ministros Europeos de Justicia aprobaron la Resolución nº. 3 sobre la lucha contra la corrupción, mediante la cual se instaba al Comité de Ministros a adoptar un proyecto de Convenio sobre los aspectos civiles de la corrupción con la posibilidad de abrirlo a su firma antes de finalizar ese mismo año. Sobre la base del Convenio de Derecho Penal sobre Corrupción, del que ya hemos hablado anteriormente, y de las Resoluciones (98) 7 y (99)5, así como de la autorización y establecimiento del GRECO, el Consejo de

Europa dio un paso más en la lucha contra la corrupción y pasó a preparar la redacción de un Convenio civil para la lucha contra la corrupción. Las características del enfoque que pretendió el Consejo de Europa fue el de la posibilidad de hacer frente al fenómeno de la corrupción también desde un punto de vista del Derecho civil. De hecho en el Programa de Acción redactado por el Grupo, se indicaba que

“... civil law is directly linked to criminal law and administrative law. If an offence such as corruption is prohibited under criminal law, a claim for damages can be made which is based on the commission of the criminal act. Victims might find it easier to safeguard their interests under civil law than to use criminal law. Similarly, if an administration does not exercise sufficiently its supervisory responsibilities, a claim for damages may be made”.

Por lo tanto, es totalmente consecuente y lógico que se dijera que una ley civil está directamente vinculada con el Derecho penal y administrativo y que si es tipificado como delito la corrupción en el derecho penal, se pueda demandar por el concepto de daños y perjuicios en base a la comisión de dicho delito. Y dicha reclamación se podrá realizar a través del Derecho civil, facilitándoles el acceso a las víctimas. En este mismo sentido, si una Administración no ejerce suficientemente sus responsabilidades de supervisión, el interesado podrá realizar una reclamación por daños y perjuicios contra ésta.

4. En febrero de 1996, en la 558ª reunión del Comité de Ministros se decidió pedir al GMC que iniciara un estudio de viabilidad sobre la elaboración de una Convención sobre recursos civiles de indemnización por daños resultantes de actos de corrupción. Dicho estudio fue finalizado y presentado al Comité en marzo de 1997, en él se daba una imagen lo más completa posible, de todos los aspectos civiles relacionados con casos de corrupción, señalando a demás, una serie de instrumentos internacionales que pudieran ayudar sobre dicha cuestión. De forma general, podemos decir que el texto abordaba entre otras cosas, la accesibilidad y la eficacia de la utilización de los recursos del Derecho civil en general, la determinación de las principales víctimas de las conductas corruptas, los problemas de evidencia y la prueba del nexo causal entre los actos y el daño causado, los aspectos fiscales de los pagos ilícitos y su relación con la distorsión de la competencia, la validez de los contratos celebrados mediante actos corruptos, el papel de los auditores, la protección de los trabajadores que denunciaban actos corruptos dentro de sus puestos de trabajo, así como los Procedimientos, los gastos del litigio y la cooperación internacional.

A pesar de que dicho estudio indicó lo que ya era evidente, que los Estados tenían diferentes leyes sobre la materia de corrupción, también mostró que existía un terreno común en el que encontrar similitudes y aclarar las diferencias. El denominador común según indicó el Grupo era que en todos los ordenamientos jurídicos las prácticas corruptas no eran alentadas ni toleradas y sobre dicho denominador se debía comenzar a trabajar. Por lo tanto una aproximación en el ámbito internacional de los recursos de Derecho civil en la lucha contra la corrupción era posible y necesaria. Para finalizar, cabe destacar que en este estudio se recomendó una serie de instrumentos internacionales que permitieran solucionar aspectos como el de la compensación por daños, la responsabilidad, incluida la del propio Estado, la negligencia, los plazos de prescripción, la validez de los contratos, la protección de las cuentas, la adquisición de pruebas, así como las medidas cautelares entre otras.

5. El Grupo de Trabajo sobre Derecho Civil, se reunió dos veces en el año 1997 y otras dos en 1998 para poder discutir y ultimar el proyecto de Convenio. Tras las sesiones plenarias celebradas en diciembre de 1998 (15ª sesión) y la de febrero de 1999 (16ª sesión), el proyecto se trasladó al Comité Europeo de Cooperación para su dictamen y al Comité de Ministros para dar paso a su tramitación ante la Asamblea Parlamentaria. El GMC, también dio traslado a otras instituciones entre las que cabe mencionar, Transparencia Internacional, la Cámara Comercio Internacional (CCI), la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) y la International Bar Association (IBA).

En junio de 1999, tras los dictámenes de la CDCJ (99) 48 Apéndice III, el de la Asamblea Parlamentaria (dictamen 213 (1999), así como los de Transparencia Internacional y la Cámara de Comercio, el 24 de junio de 1999, se aprobó el proyecto de Convenio Civil sobre la corrupción y se decidió transferir el mismo al Comité de Ministros, el cual tras un examen del mismo decidió su aprobación.

El objeto de la Convención era hacer posible que cada Estado Parte, dispusiera en su Derecho interno de recursos efectivos, para que las personas que habían sufrido daños como consecuencia de actos corruptos, pudieran defender sus derechos e intereses, incluyendo, como ya hemos indicado anteriormente, la posibilidad de obtener una indemnización por daños. Este instrumento se divide en tres capítulos (medidas que deben adoptarse a nivel nacional, la cooperación internacional y el seguimiento, y las cláusulas finales), es un convenio no autoejecutables, es decir, que los Estados Partes tendrán que incorporar una serie de principios y normas contenidos en la Convención en su legislación interna, teniendo en cuenta sus circunstancias particulares. Por lo tanto, y consecuentemente con lo anterior, los Estados Partes que ya cumplen con las disposiciones dispuestas en esta Convención o se tengan previstas disposiciones más favorables, no están obligados a tomar nuevas medidas. Será designado el Grupo de Estados contra la Corrupción para la supervisión y cumplimiento de los compromisos contenidos en el presente Convenio.

6. Sumariamente, analizaremos los hechos más relevantes en opinión de los redactores de la presente Convención. El Grupo, consideró acertado dividir en tres capítulos el texto en lugar de los cinco que integraban el Convenio Penal. En el primero se nos enumera una serie de artículos con la intención de indicarnos que medidas deberán de adoptar los Estados en su legislación interna para combatir la corrupción, por ello en su artículo 1 se nos hace referencia a los procedimientos eficaces que deben de adoptarse en cada Estado Parte, en favor de las personas que hayan sufrido daños resultantes de actos de corrupción. Los redactores tal y como indicaron en su informe explicativo, consideraron que la palabra “persona” se refiere tanto a personas físicas, jurídicas como otros órganos ya existentes en algunos ordenamientos jurídicos con capacidad legal para ser parte en un litigio. Atendiendo al art. 2 comprobamos que para el presente Convenio, será considerado corrupción “el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida”. Es importante subrayar que el término “beneficiario” tal y como fue concebido por el Grupo, se refiere a la persona cuyo comportamiento está provocando el acto de corrupción, independientemente de si el soborno o la ventaja indebida era para sí mismo o un tercero. El art. 3 es uno de los más importantes del instrumento que estudiamos, en él queda reflejado su objetivo más importante el de indemnizar por los daños que han causado la corrupción, permitiendo a la víctima interponer una acción civil, pudiendo el juez dictaminar si se cumplen todas las condiciones de indemnización. Por ello cabe señalar, que el alcance los daños, en virtud del presente Convenio, no deben de cuantificarse de manera estándar, sino que debe atenderse a la pérdida sufrida caso por caso, cubriendo los daños patrimoniales, no patrimoniales y el lucro cesante. Sin embargo, la indemnización excluye los daños punitivos, no obstante lo anterior, en aquellos Estados en el que los daños punitivos formen parte de su legislación interna a la hora de aplicar una indemnización no están obligados a excluir este tipo de sanción al realizar la valoración de la cantidad a indemnizar. En cuanto a la pérdida no patrimonial, corresponderá a los Estados, dentro de su Derecho interno, delimitar la naturaleza de las pérdidas no pecuniarias, así como la forma de cuantificarlas en relación con la indemnización que se deberá pagar a la víctima. El art. 4, expresa cuales son los requisitos previos para interponer la demanda en concepto de daños y perjuicios, por lo que el demandante, deberá demostrar que el demandado causó el daño o actuó con negligencia, o que habiéndolo podido evitar no lo hizo, por ello los redactores, consideraron que era importante que existiera una relación de causalidad entre la conducta y el daño. De este modo, el Grupo intentó evitar que cualquier persona sin ningún tipo de prueba pudiera sin más interponer este tipo de demanda.

7. En cuanto a los elementos individuales, de las reclamaciones, los redactores indicaron que debía matizar tres aspectos:

A) El comportamiento ilícito y culpable por parte del demandado, quedan incluidos en ese epígrafe, tanto las conductas realizadas a sabiendas y directamente por los principales responsables de los daños, sobre todo el dador y receptor del soborno, los que incitan o cooperan en el acto de corrupción, así como todos aquellos que no adoptaron las medidas adecuadas a tenor de las responsabilidades derivadas de su cargo. Es decir, que los empleadores son responsables de la conducta corrupta de sus empleados, si éstos no organizan de forma adecuada su empresa o si no ejercieran un control adecuado sobre sus empleados.

"Those who directly and knowingly participate in the corruption are primarily liable for the damage and, above all, the giver and the recipient of the bribe, as well as those who incited or aided the corruption. Moreover, those who failed to take the appropriate steps, in the light of the responsibilities which lie on them, to prevent corruption would also be liable for damage. This means that employers are responsible for the corrupt behaviour of their employees if, for example, they neglect to organise their company adequately or fail to exert appropriate control over their employees."

B) Respecto al concepto de daños y perjuicios, requiere que para que el daño de derecho a percibir una indemnización, dicho daño debe reunir ciertas condiciones. El daño debe ser lo suficientemente característico y en particular, en lo que respecta a su relación con la víctima que lo soporta. El Convenio, establece unas estándares mínimos, esto no impide que si la normativa interna de alguna de las Partes permite interponer demanda a una persona distinta de la que sufrió el daño, esta pueda interponerse.

C) En cuanto a la relación de causalidad, el Grupo determinó que entre el acto y el daño, debe existir una relación de causalidad adecuada para que dicho daño pueda ser indemnizado. El daño, debe ser una consecuencia ordinaria y no extraordinaria del acto de corrupción. Los redactores incluso pusieron una serie de ejemplos para poder explicar exactamente hasta donde era exigible dicha relación de causalidad, "Así por ejemplo, se consideraría lucro cesante, el de un competidor, de un concurso, sin éxito, que habría obtenido el contrato si no hubiera cometido dicho acto de corrupción, esto es considerado como una consecuencia normal de un acto de corrupción y por lo tanto, debería de ser indemnizado como tal. Sin embargo, no habría una conexión adecuada entre el daño y el acto, si un competidor sin éxito, enojado y decepcionado por la pérdida del negocio, tuviera un accidente y se cayera por unas escaleras, llegándose a romper una pierna".

Merece una especial atención también el art. 6 del presente Convenio, dicho artículo trata de la negligencia contributiva o culpa concurrente. El Convenio indica que si el demandante ha contribuido con su culpa en la producción del daño o su agravación, el Derecho interno de cada Estado Parte, podrá reducir o suprimir la indemnización. Por lo tanto, este artículo prevé una excepción al principio del derecho a una indemnización previsto en el art. 3. Cabe señalar, que debe ser una conducta culpable y que el comportamiento no culpable de la víctima no afectara a este derecho. El grupo, consideraron que debería ser los jueces, quienes deberían enjuiciar el comportamiento de la víctima, con el fin de determinar si dicho comportamiento constituía o no una conducta culpable. Así mismo, el grado de comportamiento culposo de la víctima debe tenerse en cuenta, en cuanto a su grado de contribución a los daños y su agravamiento. Por lo tanto, corresponderá únicamente al juez, establecer, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso de corrupción, el importe de la reducción de la indemnización o incluso si fuere el caso, dictaminar que no tenga derecho a indemnización alguna. En el informe del el Grupo, podemos ver un ejemplo que nos permita entender el alcance de este artículo.

"For example, employers who leave complete responsibility for dealing with large sums of money to employees, who are also in charge of negotiating certain contracts, without exercising, or having somebody else exercise, proper control over the conditions for the awarding of contracts or whether the con-

tract is awarded to a suitable company may be accused of culpable behaviour which has contributed to the damage.

If, after having discovered that an employee had already paid a bribe, the employer did not take the necessary measures to avoid a repetition of the events, his or her claim for compensation might be reduced or even rejected owing to the employer's contribution to the aggravation of the financial damage suffered by the company".

En cuanto a la prescripción, tal y como sucede en la mayoría de las jurisdicciones, la capacidad de ejercitar una acción civil de indemnización, debe de tener alguna limitación de tiempo, con la finalidad de proporcionar algún grado de certeza, tanto para los demandante como para los demandados, sobre los riesgos del litigio. Este artículo reconoce que los distintos países puedan fijar cada uno, el plazo de tiempo para que prescriba la acción, no estableciendo un plazo fijo. Sin embargo, sí establece una horquilla de tiempo no menor de 3 ni mayor de 10 años, desde que la víctima tuvo conocimiento del daño. Los redactores consideraron que debido a la naturaleza del delito, un periodo de tiempo superior a estos 10 años, haría imposible "la detección e investigación de toda la información necesaria para corroborar la reclamación". Respecto a la suspensión o interrupción del plazo de prescripción, será lo dispuesto en cada legislación interna de cada Estado, ya que éstos se encuentran estrechamente ligados a otros aspectos del procedimiento interno de cada Administración de Justicia Civil. Por otro lado, cabe señalar, que en los casos en los que exista pluralidad de actos de corrupción, será cada Parte quien señale la fecha de entre todos ellos, para determinar el término de dicha prescripción.

El Convenio también aborda una serie de medidas para proteger a aquellos empleados que informen o denuncien posibles actos de corrupción dentro de su lugar de trabajo (art. 9), a éstos se les exige que actúen de buena fe y sobre la base de que existan motivos fundados de sospecha de corrupción. La llamada "protección adecuada contra cualquier sanción injustificada" conlleva, que cualquier sanción contra aquellos empleados que hayan informado a la autoridad competente, sobre actos de corrupción, no tiene justificación. Algunos ejemplos sancionadores que consideró el Grupo en sus informes, fue el de un posible despido o una actuación por parte del superior que limite la posible promoción en su carrera.

El Convenio, considera que la legislación nacional relativa a las "cuentas y auditorías", es una herramienta muy importante para identificar y combatir la corrupción. Ya que éstas pueden ayudar tanto a prevenir como a descubrir irregularidades contables, tales como transacciones injustificables, pasivos, registros de gastos inexistentes, documentos falsos, cuentas no registradas en libros. Los redactores del presente artículo se inspiraron en la Cuarta Directiva del Consejo relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (78/660/CEE, artículo 2, párrafo 3), la Séptima Directiva del Consejo relativa a las cuentas consolidadas (83/349/CEE, el artículo 16, párrafo 3) y la Octava Directiva del Consejo relativa a la aprobación de las personas encargadas del control legal de documentos contables (84/253/CEE, artículo 1, apartado 1, letra a). El apartado 1 se refiere a las cuentas anuales de las empresas, comprendiendo entre éstas, el balance y demás estados financieros, la cuenta de pérdidas y ganancias y sus anexos. Así mismo el párrafo 2 destaca el papel de los auditores en la lucha contra la corrupción, abarcando dicha disposición, tanto a las auditorías externas e independientes como a las internas de las empresas.

8. El capítulo II, hace mención a la cooperación internacional, siendo fiel a los principios rectores para la lucha contra la corrupción (principio 20) tal y como ya hiciera el Convenio Penal en su Capítulo IV. Este artículo pretende solucionar los problemas que pudieran surgir, sobre la ley aplicable al caso, los medios de pruebas, así como el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras. Pero deliberadamente no aporta una solución concreta para cada problema sino que nos habla de una necesidad de "cooperar de forma eficaz" de conformidad con los instrumentos jurídicos internacionales, por lo que tendremos que actuar según lo dispuesto en el Convenio de Bruselas sobre reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales, celebrado en Bruselas el 26 de mayo de 1989, el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado

en Lugano el 16 de septiembre de 1988, el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o Comercial, el Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, celebrado en la Haya el 18 de marzo de 1970 y los Convenios de La Haya sobre procedimiento civil de 1954 y 1980 respectivamente. A juicio de los redactores del presente Convenio, consideran que todos estos Convenios constituyen un *corpus iuris* suficiente para aplicar a cualquier caso de corrupción que implique un elemento internacional. No obstante lo anterior, en el caso de que dicha cooperación no fuera efectiva, siempre el Grupo de Estados contra la corrupción, podrá supervisar la correcta y eficaz disposición de este artículo por las Partes.

9. Las disposiciones finales contenidas en el capítulo III de esta Convención, son en su inmensa mayoría, al igual que ya sucediera con el Convenio Penal contra la Corrupción, muy parecido a las cláusulas finales de otros Convenios y Acuerdos celebrados por el Consejo de Europa. Sin embargo merecen una especial atención el art. 15, en el que se establece que este Convenio estará abierto a la firma, no sólo por los Estados miembros del Consejo de Europa, sino también de los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración de la Convención y estos Estados son: Bosnia y Herzegovina, Canadá, Georgia, la Santa Sede, Japón, México y los Estados Unidos de América. No obstante los Estados no miembros que no estén cubiertos por esta disposición puede ser invitado a adherirse a la Convención, de conformidad con el art. 16, apartado 1. Tal y como ya sucediera en el Convenio Penal contra la corrupción, para la entrada en vigor del Convenio se requería un elevado número de ratificaciones (14, concretamente), este hecho es debido a la necesidad de que para que el Convenio funcione, requiere un gran número de Estados que se comprometan a adoptar las medidas necesarias, al mismo tiempo. Además, el número de ratificaciones necesarias para la entrada en vigor del presente Convenio es compatible con lo dispuesto en otros instrumentos del Consejo de Europa contra la corrupción, como el parcial y el Acuerdo Ampliado que se establece el Grupo de Estados contra la Corrupción GRECO y el Convenio de derecho penal sobre la corrupción (ETS No. 173).

En el art. 17 a diferencia del Convenio Penal contra la corrupción no se le permite formular ninguna reserva al presente Convenio por parte de ningún Estado.

El procedimiento de enmienda previsto en su art. 20 no impedirá a las Partes la posible introducción de algunos cambios importantes en el Convenio mediante Protocolos. De conformidad con la letra del párrafo 5 del artículo, las enmiendas aprobadas después de la adopción del Convenio, entrarán en vigor únicamente cuando todas y cada una de las Partes hayan informado al Secretario General de su aceptación. El procedimiento de modificación adoptado en la presente Convención, implica la consulta de los Estados Partes que no son miembros de él y que no están representados en el Comité de Ministros o el Comité Europeo de Cooperación Jurídica CDPC.

Por otro lado, el art. 21, ap. 1 establece que se mantenga informado al CDPC de la interpretación y la aplicación del presente Convenio, obligando, en su apartado 2, a que las partes busquen una solución pacífica de cualquier controversia que surja sobre dicha interpretación o aplicación.

Junto con el Convenio Penal, éste es un paso más en la lucha contra la corrupción y es que para poder prevenir y luchar contra la corrupción, no se puede hacer única y exclusivamente en algunos Estados, debe de hacerse a un nivel internacional, y si el Convenio Penal se encargaba de los aspectos penales de este tipo de delito, la Convención Civil, abarca una rama más del Derecho en el ámbito de la corrupción y es la indemnización por daños de las víctimas. Considero que es un acierto el que un único grupo (el GRECO) se encargue de dar una respuesta común y armonizada a todos los aspectos o ramificaciones de la corrupción en Europa.

Ana M^a SÁEZ CRESPO

Doctoranda del Departamento de Derecho internacional público y de
Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid

Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001

(BOE, 17-IX-2010)

**Capítulo I
Terminología**

Art. 1. Definiciones. A los efectos del presente Convenio:

a) Por “sistema informático” se entenderá todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, siempre que uno o varios de ellos permitan el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa;

b) por “datos informáticos” se entenderá cualquier representación de hechos, información o conceptos de una forma que permita el tratamiento informático, incluido un programa diseñado para que un sistema informático ejecute una función;

c) por “proveedor de servicios” se entenderá:

i) Toda entidad pública o privada que ofrezca a los usuarios de sus servicios la posibilidad de comunicar por medio de un sistema informático, y

ii) cualquier otra entidad que procese o almacene datos informáticos para dicho servicio de comunicación o para los usuarios de ese servicio;

d) por “datos sobre el tráfico” se entenderá cualesquiera datos informáticos relativos a una comunicación por medio de un sistema informático, generados por un sistema informático como elemento de la cadena de comunicación, que indiquen el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño y duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente.

Capítulo II**Medidas que deberán adoptarse a nivel nacional****Sección 3. Jurisdicción**

Art. 22. Jurisdicción. 1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para afirmar su jurisdicción respecto de cualquier delito previsto con arreglo a los

arts. 2 a 11 del presente Convenio, siempre que se haya cometido:

a) En su territorio; o

b) a bordo de un buque que enarbole pabellón de dicha Parte; o

c) a bordo de una aeronave matriculada según las leyes de dicha Parte; o

d) por uno de sus nacionales, si el delito es susceptible de sanción penal en el lugar en el que se cometió o si ningún Estado tiene competencia territorial respecto del mismo.

2. Cualquier Estado podrá reservarse el derecho a no aplicar o a aplicar únicamente en determinados casos o condiciones las normas sobre jurisdicción establecidas en los aps. 1.b) a 1.d) del presente artículo o en cualquier otra parte de los mismos.

3. Cada Parte adoptará las medidas que resulten necesarias para afirmar su jurisdicción respecto de los delitos mencionados en el ap. 1 del art. 24 del presente Convenio, cuando el presunto autor del delito se encuentre en su territorio y no pueda ser extraditado a otra Parte por razón de su nacionalidad, previa solicitud de extradición.

4. El presente Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida por una Parte de conformidad con su derecho interno.

5. Cuando varias Partes reivindiquen su jurisdicción respecto de un presunto delito contemplado en el presente Convenio, las Partes interesadas celebrarán consultas, siempre que sea oportuno, con miras a determinar cuál es la jurisdicción más adecuada para las actuaciones penales.

**Capítulo III
Cooperación internacional****Sección 1. Principios generales**

Título 1. Principios generales relativos a la cooperación internacional

Art. 23. Principios generales relativos a la cooperación internacional. Las Partes cooperarán entre sí en la mayor medida posible, de confor-

midad con las disposiciones del presente capítulo, en aplicación de los instrumentos internacionales aplicables a la cooperación internacional en materia penal, de acuerdos basados en legislación uniforme o recíproca y de su derecho interno, para los fines de las investigaciones o los procedimientos relativos a los delitos relacionados con sistemas y datos informáticos o para la obtención de pruebas electrónicas de los delitos.

Título 2. Principios relativos a la extradición

Art. 24. Extradición. 1. a) El presente artículo se aplicará a la extradición entre las Partes por los delitos establecidos en los arts. 2 a 11 del presente Convenio, siempre que estén castigados en la legislación de las dos Partes implicadas con una pena privativa de libertad de una duración máxima de como mínimo un año, o con una pena más grave.

b) Cuando deba aplicarse una pena mínima diferente en virtud de un acuerdo basado en legislación uniforme o recíproca o de un tratado de extradición aplicable entre dos o más Partes, incluido el Convenio Europeo de Extradición (STE n.º 24), se aplicará la pena mínima establecida en virtud de dicho acuerdo o tratado.

2. Se considerará que los delitos mencionados en el ap. 1 del presente artículo están incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en cualquier tratado de extradición vigente entre las Partes. Las Partes se comprometen a incluir dichos delitos entre los que pueden dar lugar a extradición en cualquier tratado de extradición que puedan celebrar entre sí.

3. Cuando una Parte que condicione la extradición a la existencia de un tratado reciba una solicitud de extradición de otra Parte con la que no haya celebrado ningún tratado de extradición, podrá aplicar el presente Convenio como fundamento jurídico de la extradición respecto de cualquier delito mencionado en el ap. 1 del presente artículo.

4. Las Partes que no condicionen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos mencionados en el ap. 1 del presente artículo como delitos que pueden dar lugar a extradición entre ellas.

5. La extradición estará sujeta a las condiciones establecidas en el derecho interno de la Parte

requerida o en los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que la Parte requerida puede denegar la extradición.

6. Cuando se deniegue la extradición por un delito mencionado en el ap. 1 del presente artículo únicamente por razón de la nacionalidad de la persona buscada o porque la Parte requerida se considera competente respecto de dicho delito, la Parte requerida deberá someter el asunto, a petición de la Parte requirente, a sus autoridades competentes para los fines de las actuaciones penales pertinentes, e informará a su debido tiempo del resultado final a la Parte requirente. Dichas autoridades tomarán su decisión y efectuarán sus investigaciones y procedimientos de la misma manera que para cualquier otro delito de naturaleza comparable, de conformidad con la legislación de dicha Parte.

7. a) Cada Parte comunicará al Secretario General del Consejo de Europa, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el nombre y la dirección de cada autoridad responsable del envío o de la recepción de solicitudes de extradición o de detención provisional en ausencia de un tratado.

b) El Secretario General del Consejo de Europa creará y mantendrá actualizado un registro de las autoridades designadas por las Partes. Cada Parte garantizará en todo momento la exactitud de los datos que figuren en el registro.

Título 3. Principios generales relativos a la asistencia mutua

Art. 25. Principios generales relativos a la asistencia mutua. 1. Las Partes se concederán asistencia mutua en la mayor medida posible para los fines de las investigaciones o procedimientos relativos a delitos relacionados con sistemas y datos informáticos o para la obtención de pruebas en formato electrónico de un delito.

2. Cada Parte adoptará también las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para cumplir las obligaciones establecidas en los arts. 27 a 35.

3. En casos de urgencia, cada Parte podrá transmitir solicitudes de asistencia o comunicaciones relacionadas con las mismas por medios rápidos de comunicación, incluidos el fax y el

correo electrónico, en la medida en que dichos medios ofrezcan niveles adecuados de seguridad y autenticación (incluido el cifrado, en caso necesario), con confirmación oficial posterior si la Parte requerida lo exige. La Parte requerida aceptará la solicitud y dará respuesta a la misma por cualquiera de estos medios rápidos de comunicación.

4. Salvo que se establezca específicamente otra cosa en los artículos del presente capítulo, la asistencia mutua estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno de la Parte requerida o en los tratados de asistencia mutua aplicables, incluidos los motivos por los que la Parte requerida puede denegar la cooperación. La Parte requerida no ejercerá el derecho a denegar la asistencia mutua en relación con los delitos mencionados en los arts. 2 a 11 únicamente porque la solicitud se refiere a un delito que considera de naturaleza fiscal.

5. Cuando, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo, se permita a la Parte requerida condicionar la asistencia mutua a la existencia de una doble tipificación penal, dicha condición se considerará cumplida cuando la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita la asistencia constituya un delito en virtud de su derecho interno, con independencia de que dicho derecho incluya o no el delito dentro de la misma categoría de delitos o lo denomine o no con la misma terminología que la Parte requirente.

Art. 26. Información espontánea. 1. Dentro de los límites de su derecho interno, y sin petición previa, una Parte podrá comunicar a otra Parte información obtenida en el marco de sus propias investigaciones cuando considere que la revelación de dicha información podría ayudar a la Parte receptora a iniciar o llevar a cabo investigaciones o procedimientos en relación con delitos previstos en el presente Convenio o podría dar lugar a una petición de cooperación de dicha Parte en virtud del presente capítulo.

2. Antes de comunicar dicha información, la Parte que la comunique podrá solicitar que se preserve su confidencialidad o que se utilice con sujeción a determinadas condiciones. Si la Parte receptora no puede atender esa solicitud, informará de ello a la otra Parte, que deberá entonces determinar si a pesar de ello debe facilitarse la información o no. Si la Parte destinataria acepta

la información en las condiciones establecidas, quedará vinculada por las mismas.

Título 4. Procedimientos relativos a las solicitudes de asistencia mutua en ausencia de acuerdos internacionales aplicables

Art. 27. Procedimientos relativos a las solicitudes de asistencia mutua en ausencia de acuerdos internacionales aplicables. 1. Cuando entre las Partes requirente y requerida no se encuentre vigente un tratado de asistencia mutua o un acuerdo basado en legislación uniforme o recíproca, serán de aplicación las disposiciones de los arts. 2 a 10 del presente artículo. Las disposiciones del presente artículo no serán de aplicación cuando exista un tratado, acuerdo o legislación de este tipo, salvo que las Partes interesadas convengan en aplicar en su lugar la totalidad o una parte del resto del presente artículo.

2. a) Cada Parte designará una o varias autoridades centrales encargadas de enviar solicitudes de asistencia mutua y de dar respuesta a las mismas, de su ejecución y de su remisión a las autoridades competentes para su ejecución.

b) Las autoridades centrales se comunicarán directamente entre sí.

c) En el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Parte comunicará al Secretario General del Consejo de Europa los nombres y direcciones de las autoridades designadas en cumplimiento del presente apartado.

d) El Secretario General del Consejo de Europa creará y mantendrá actualizado un registro de las autoridades centrales designadas por las Partes. Cada Parte garantizará en todo momento la exactitud de los datos que figuren en el registro.

3. Las solicitudes de asistencia mutua en virtud del presente artículo se ejecutarán de conformidad con los procedimientos especificados por la Parte requirente, salvo que sean incompatibles con la legislación de la Parte requerida.

4. Además de las condiciones o de los motivos de denegación contemplados en el ap. 4 del art. 25, la Parte requerida podrá denegar la asistencia si:

a) La solicitud se refiere a un delito que la Parte requerida considera delito político o delito vinculado a un delito político;

b) la Parte requerida considera que la ejecución de la solicitud podría atentar contra su soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales.

5. La Parte requerida podrá posponer su actuación en respuesta a una solicitud cuando dicha actuación pudiera causar perjuicios a investigaciones o procedimientos llevados a cabo por sus autoridades.

6. Antes de denegar o posponer la asistencia, la Parte requerida estudiará, previa consulta cuando proceda con la Parte requirente, si puede atenderse la solicitud parcialmente o con sujeción a las condiciones que considere necesarias.

7. La Parte requerida informará sin demora a la Parte requirente del resultado de la ejecución de una solicitud de asistencia. Deberá motivarse cualquier denegación o aplazamiento de la asistencia solicitada. La Parte requerida informará también a la Parte requirente de cualquier motivo que haga imposible la ejecución de la solicitud o que pueda retrasarla de forma significativa.

8. La Parte requirente podrá solicitar a la Parte requerida que preserve la confidencialidad de la presentación de una solicitud en virtud del presente capítulo y del objeto de la misma, salvo en la medida necesaria para su ejecución. Si la Parte requerida no puede cumplir esta petición de confidencialidad, lo comunicará inmediatamente a la Parte requirente, que determinará entonces si pese a ello debe procederse a la ejecución de la solicitud.

9. a) En casos de urgencia, las solicitudes de asistencia mutua o las comunicaciones al respecto podrán ser enviadas directamente por las autoridades judiciales de la Parte requirente a las autoridades correspondientes de la Parte requerida. En tal caso, se enviará al mismo tiempo copia a la autoridad central de la Parte requerida a través de la autoridad central de la Parte requirente.

b) Cualquier solicitud o comunicación en virtud de este apartado podrá efectuarse a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL).

c) Cuando se presente una solicitud en aplicación de la letra a) del presente artículo y la autoridad no sea competente para tramitarla, remitirá la solicitud a la autoridad nacional competente e informará directamente a la Parte requirente de dicha remisión.

d) Las solicitudes y comunicaciones efectuadas en virtud del presente apartado que no impliquen medidas coercitivas podrán ser remitidas directamente por las autoridades competentes de la Parte requirente a las autoridades competentes de la Parte requerida.

e) En el momento de la firma o el depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Parte podrá informar al Secretario General del Consejo de Europa de que, por razones de eficacia, las solicitudes formuladas en virtud del presente apartado deberán dirigirse a su autoridad central.

Art. 28. Confidencialidad y restricción de la utilización. 1. En ausencia de un tratado de asistencia mutua o de un acuerdo basado en legislación uniforme o recíproca que esté vigente entre las Partes requirente y requerida, serán de aplicación las disposiciones del presente artículo. Las disposiciones del presente artículo no serán de aplicación cuando exista un tratado, acuerdo o legislación de este tipo, salvo que las Partes interesadas convengan en aplicar en su lugar la totalidad o una parte del resto del presente artículo.

2. La Parte requerida podrá supeditar la entrega de información o material en respuesta a una solicitud a la condición de que:

a) Se preserve su confidencialidad cuando la solicitud de asistencia judicial mutua no pueda ser atendida en ausencia de esta condición, o

b) no se utilicen para investigaciones o procedimientos distintos de los indicados en la solicitud.

3. Si la Parte requirente no puede cumplir alguna condición de las mencionadas en el ap. 2, informará de ello sin demora a la otra Parte, que determinará en tal caso si pese a ello debe facilitarse la información. Cuando la Parte requirente acepte la condición, quedará vinculada por ella.

4. Cualquier Parte que facilite información o material con sujeción a una condición con arreglo a lo dispuesto en el ap. 2 podrá requerir a la otra Parte que explique, en relación con dicha condición, el uso dado a dicha información o material.

Sección 2. Disposiciones especiales

Título 1. Asistencia mutua en materia de medidas provisionales

Art. 29. Conservación rápida de datos informáticos almacenados. 1. Una Parte podrá solicitar a otra Parte que ordene o asegure de otra forma la conservación rápida de datos almacenados por medio de un sistema informático que se encuentre en el territorio de esa otra Parte, respecto de los cuales la Parte requirente tenga la intención de presentar una solicitud de asistencia mutua con vistas al registro o al acceso de forma similar, la confiscación o la obtención de forma similar, o la revelación de los datos.

2. En las solicitudes de conservación que se formulen en virtud del ap. 1 se indicará:

- a) La autoridad que solicita dicha conservación;
- b) el delito objeto de investigación o de procedimiento penal y un breve resumen de los hechos relacionados con el mismo;
- c) los datos informáticos almacenados que deben conservarse y su relación con el delito;
- d) cualquier información disponible que permita identificar a la persona encargada de la custodia de los datos informáticos almacenados o la ubicación del sistema informático;
- e) la necesidad de la conservación; y
- f) que la Parte tiene la intención de presentar una solicitud de asistencia mutua para el registro o el acceso de forma similar, la confiscación o la obtención de forma similar o la revelación de los datos informáticos almacenados.

3. Tras recibir la solicitud de otra Parte, la Parte requerida tomará las medidas adecuadas para conservar rápidamente los datos especificados de conformidad con su derecho interno. A los efectos de responder a una solicitud, no se requerirá la doble tipificación penal como condición para proceder a la conservación.

4. Cuando una Parte exija la doble tipificación penal como condición para atender una solicitud de asistencia mutua para el registro o el acceso de forma similar, la confiscación o la obtención de forma similar o la revelación de datos almacenados, dicha Parte podrá reservarse, en relación con delitos distintos de los previstos con arreglo a los arts. 2 a 11 del presente Convenio, el derecho a denegar la solicitud de conservación en virtud del presente artículo en los casos en que tenga motivos para creer que la condición de la doble tipificación penal no podrá cumplirse en el momento de la revelación.

5. Asimismo, las solicitudes de conservación únicamente podrán denegarse si:

a) La solicitud hace referencia a un delito que la Parte requerida considera delito político o delito relacionado con un delito político;

b) la Parte requerida considera que la ejecución de la solicitud podría atentar contra su soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales.

6. Cuando la Parte requerida considere que la conservación por sí sola no bastará para garantizar la futura disponibilidad de los datos o pondrá en peligro la confidencialidad de la investigación de la Parte requirente o causará cualquier otro perjuicio a la misma, informará de ello sin demora a la Parte requirente, la cual decidirá entonces si debe pese a ello procederse a la ejecución de la solicitud.

7. Las medidas de conservación adoptadas en respuesta a la solicitud mencionada en el ap. 1 tendrán una duración mínima de sesenta días, con objeto de permitir a la Parte requirente presentar una solicitud de registro o de acceso de forma similar, confiscación u obtención de forma similar, o de revelación de los datos. Cuando se reciba dicha solicitud, seguirán conservándose los datos hasta que se adopte una decisión sobre la misma.

Art. 30. Revelación rápida de datos conservados sobre el tráfico. 1. Cuando, con motivo de la ejecución de una solicitud presentada de conformidad con el art. 29 para la conservación de datos sobre el tráfico en relación con una comunicación específica, la Parte requerida descubra que un proveedor de servicios de otro Estado participó en la transmisión de la comunicación, la Parte requerida revelará rápidamente a la Parte requirente un volumen suficiente de datos sobre el tráfico para identificar al proveedor de servicios y la vía por la que se transmitió la comunicación.

2. La revelación de datos sobre el tráfico en virtud del ap. 1 únicamente podrá denegarse si:

a) La solicitud hace referencia a un delito que la Parte requerida considera delito político o delito relacionado con un delito político;

b) la Parte requerida considera que la ejecución de la solicitud podría atentar contra su soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales.

Título 2. Asistencia mutua en relación con los poderes de investigación

Art. 31. *Asistencia mutua en relación con el acceso a datos informáticos almacenados.* 1. Una Parte podrá solicitar a otra Parte que registre o acceda de forma similar, confisque u obtenga de forma similar y revele datos almacenados por medio de un sistema informático situado en el territorio de la Parte requerida, incluidos los datos conservados en aplicación del art. 29.

2. La Parte requerida dará respuesta a la solicitud aplicando los instrumentos internacionales, acuerdos y legislación mencionados en el art. 23, así como de conformidad con otras disposiciones aplicables en el presente capítulo.

3. Se dará respuesta lo antes posible a la solicitud cuando:

a) Existan motivos para creer que los datos pertinentes están especialmente expuestos al riesgo de pérdida o modificación; o

b. los instrumentos, acuerdos o legislación mencionados en el ap. 2 prevean la cooperación rápida.

Art. 32. Acceso transfronterizo a datos almacenados, con consentimiento o cuando estén a disposición del público. Una Parte podrá, sin la autorización de otra Parte:

a) Tener acceso a datos informáticos almacenados que se encuentren a disposición del público (fuente abierta), con independencia de la ubicación geográfica de dichos datos; o

b) tener acceso o recibir, a través de un sistema informático situado en su territorio, datos informáticos almacenados situados en otra Parte, si la Parte obtiene el consentimiento lícito y voluntario de la persona legalmente autorizada para revelar los datos a la Parte por medio de ese sistema informático.

Art. 33. *Asistencia mutua para la obtención en tiempo real de datos sobre el tráfico.* 1. Las Partes se prestarán asistencia mutua para la obtención en tiempo real de datos sobre el tráfico asociados a comunicaciones específicas en su territorio transmitidas por medio de un sistema informático. Con sujeción a lo dispuesto en el ap. 2, dicha asistencia se regirá por las condiciones y procedimientos establecidos en el derecho interno.

2. Cada Parte prestará dicha asistencia como mínimo respecto de los delitos por los que se podría conseguir la obtención en tiempo real de datos sobre el tráfico en un caso similar en su país.

Art. 34. *Asistencia mutua relativa a la interceptación de datos sobre el contenido.* Las Partes se prestarán asistencia mutua para la obtención o grabación en tiempo real de datos sobre el contenido de comunicaciones específicas transmitidas por medio de un sistema informático en la medida en que lo permitan sus tratados y el derecho interno aplicables.

Título 3. Red 24/7

Art. 35. *Red 24/7.* 1. Cada Parte designará un punto de contacto disponible las veinticuatro horas del día, siete días a la semana, con objeto de garantizar la prestación de ayuda inmediata para los fines de las investigaciones o procedimientos relacionados con delitos vinculados a sistemas y datos informáticos, o para la obtención de pruebas electrónicas de un delito. Dicha asistencia incluirá los actos tendentes a facilitar las siguientes medidas o su adopción directa, cuando lo permitan la legislación y la práctica internas:

a) El asesoramiento técnico;

b) la conservación de datos en aplicación de los arts. 29 y 30;

c) la obtención de pruebas, el suministro de información jurídica y la localización de sospechosos.

2. a) El punto de contacto de una Parte estará capacitado para mantener comunicaciones con el punto de contacto de otra Parte con carácter urgente.

b) Si el punto de contacto designado por una Parte no depende de la autoridad o de las autoridades de dicha Parte responsables de la asistencia mutua internacional o de la extradición, el punto de contacto velará por garantizar la coordinación con dicha autoridad o autoridades con carácter urgente.

3. Cada Parte garantizará la disponibilidad de personal debidamente formado y equipado con objeto de facilitar el funcionamiento de la red.

.....

BILATERALES

ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL

Protocolo adicional al Convenio de cooperación judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Colombia, de 29 de mayo de 1997, hecho en Madrid el 12 de julio de 2005

(BOE, 19-VI-2010)

El Reino de España y la República de Colombia, en adelante las Partes,

Destacando la importancia de actualizar el Convenio de Cooperación Judicial en Materia Penal celebrado entre el Reino de España y la República de Colombia de 1997, tendiente al desarrollo de nuevas formas de cooperación judicial.

Resaltando el memorándum de entendimiento suscrito en Cartagena de Indias el 29 de octubre de 2004 por el Ministro de Justicia de España y el Fiscal General de la Nación de la República de Colombia, así como la constitución, en la misma fecha, de la Red Iberoamericana de Cooperación Judicial (IberRed).

Expresando su confianza en la estructura y el funcionamiento de sus respectivos sistemas jurídicos y en la capacidad de garantizar un juicio justo.

Señalando el interés común de asegurar que la asistencia judicial entre las Partes se lleve a cabo de manera oportuna y de forma compatible con los principios fundamentales de sus ordenamientos jurídicos internos y respetando los derechos reconocidos a todas las personas.

Conscientes de la necesidad de mejorar y perfeccionar los mecanismos tradicionales de asistencia judicial internacional para enfrentar de forma eficaz la criminalidad organizada, especialmente el terrorismo y el tráfico ilegal de estupefacientes y de insumos químicos para elaboración de sustancias que produzcan dependencia.

Considerando que la cooperación internacional constituye una herramienta eficaz para enfrentar la delincuencia en cualquiera de sus manifestaciones.

En observancia de las normas constitucionales, legales y administrativas de las Partes, así como el respeto a los principios de Derecho Internacional, de soberanía e integridad territorial,

Han convenido:

Capítulo I**Disposiciones generales**

Art. 1. *Relación con otros convenios de asistencia judicial.* El presente Protocolo tiene por objeto complementar las disposiciones y facilitar la aplicación entre el Reino de España y la República de Colombia, del Convenio de Cooperación Judicial en materia Penal de 29 de mayo de 1997, sin perjuicio de acuerdos multilaterales que sobre dicha materia hayan sido ratificados por las Partes.

Art. 2. *Ámbito de aplicación.* 1. El presente Protocolo será aplicable exclusivamente a las solicitudes de asistencia judicial que se cursen entre las Partes, cuya finalidad sea la investigación y represión penal del terrorismo, tráfico de sustancias estupefacientes, de insumos químicos, lavado de dinero y blanqueo de capitales, delitos cometidos por una organización delictiva y delitos conexos.

2. A efectos del presente Protocolo, se entenderá por terrorismo, las conductas tipificadas como tales en los ordenamientos jurídicos internos de cada una de las Partes, así como aquellas conductas contempladas como actos terroristas, en instrumentos internacionales vigentes para ambas Partes.

3. A efectos del presente Protocolo, se entenderá por “organización delictiva” una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.

4. A efectos del presente Protocolo se entenderá por delitos de tráfico de sustancias estupefacientes y de insumos para su elaboración, las

conductas tipificadas como tales en los ordenamientos jurídicos internos de cada una de las Partes, así como las conductas tipificadas como tales en instrumentos internacionales vigentes para ambas Partes.

Art. 3. Trámites y procedimientos para la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial. 1. En los casos en los que se conceda la asistencia judicial, la Parte requerida cumplirá la asistencia de acuerdo con las formas y requisitos especiales indicados en la solicitud, a menos que sean incompatibles con el presente Protocolo o con su ordenamiento jurídico fundamental.

2. La Parte requerida ejecutará la solicitud de asistencia a la brevedad posible teniendo en cuenta los plazos procedimentales indicados por la Parte requirente.

3. Si la solicitud no puede ejecutarse total o parcialmente, la Parte requerida deberá informar de ello a la Parte requirente, indicando además los términos en los que puede ser cumplida la asistencia.

Art. 4. *Intercambio espontáneo de información.* 1. Con las limitaciones impuestas por el derecho interno, las autoridades competentes de ambas Partes podrán suministrar información, sin que medie solicitud alguna al respecto, acerca de infracciones penales y de infracciones de disposiciones legales, que razonablemente se entienda puedan ser perseguidas por la Parte receptora.

2. La autoridad que proporcione la información podrá imponer condiciones a la utilización de la información por la autoridad receptora, de conformidad con su derecho interno.

Capítulo II

Formas específicas de Asistencia Judicial

Art. 5. *Protección de testigos y peritos en investigaciones y causas penales.* 1. Con las limitaciones impuestas por el derecho interno y cuando exista acuerdo en tal sentido entre las autoridades competentes de ambas Partes, una persona que haya sido incorporada por la autoridad nacional competente como testigo o perito protegido en una investigación o una causa penal, podrá ser admitida en los programas de protección de testigos y peritos de la otra Parte.

2. El traslado y sostenimiento del protegido, será acordado entre las autoridades competentes a través de las autoridades centrales.

Art. 6. Utilización de medios técnicos. 1. Cuando una persona que se halle en el territorio de una de las dos Partes deba ser oída como testigo o perito por las autoridades judiciales de la otra Parte, esta última, en caso de que no sea oportuno o posible que la persona a la que se deba oír comparezca personalmente en su territorio, podrá utilizar los medios que la tecnología ofrezca y con los que cuente cada Parte, a efecto de lograr el fin propuesto por la asistencia judicial.

2. Si la Parte requerida no dispone de los medios técnicos necesarios para una videoconferencia, la Parte requirente podrá ponerlos a su disposición, previo acuerdo.

3. La audición por videoconferencia se registrará por las siguientes disposiciones:

a) Durante la audición estará presente una autoridad judicial de la Parte requerida, responsable de identificar a la persona que deba ser oída y de velar por el respeto de los principios fundamentales del derecho interno de la Parte requerida. De ser necesario contará con la asistencia de un intérprete.

Cuando la autoridad judicial de la Parte requerida considere que durante la audición se están infringiendo los principios fundamentales de su ordenamiento interno, adoptará inmediatamente las medidas necesarias para garantizar la continuación de la audición de conformidad con los citados principios.

b) Las autoridades competentes de las Partes convendrán, cuando sea necesario, en la adopción de medidas para la protección de la persona que deba ser oída.

c) La audición será efectuada directamente por la autoridad judicial de la Parte requirente o bajo su dirección, con arreglo a su ordenamiento interno.

4. Sin perjuicio de las medidas acordadas para la protección de las personas, finalizada la audición, la autoridad judicial de la Parte requerida levantará acta de la declaración, indicando la fecha y lugar de la audición, la identidad de la persona oída, la identidad y calidad de cualesquiera otras personas de la Parte requerida que hayan participado en la audición, las prestaciones de juramento, en su caso, y las condiciones técnicas en las que se haya tomado la declaración. La autoridad competente de la Parte requerida transmitirá dicho documento a la autoridad competente de la Parte requirente.

5. Las autoridades centrales acordarán previamente las condiciones en que se asumirán los costos de la videoconferencia.

6. Las Partes podrán, si lo consideran oportuno, aplicar igualmente las disposiciones del presente artículo, cuando sea apropiado y con el acuerdo de sus autoridades competentes, a la audición por videoconferencia de un acusado. En este caso, la decisión de mantener la videoconferencia y la forma en que ésta se lleve a cabo, estarán supeditadas al acuerdo de las Partes de conformidad con su derecho interno y con los correspondientes instrumentos internacionales.

Art. 7. Entregas vigiladas. 1. Las Partes se comprometerán a permitir en sus territorios, en la medida que lo permita su ordenamiento jurídico fundamental, y a petición de la otra Parte, entregas vigiladas en el marco de investigaciones penales.

2. La decisión relativa a la realización de entregas vigiladas la tomará en cada caso la autoridad competente de la Parte requerida, en virtud de su ordenamiento interno.

3. Las entregas vigiladas se efectuarán de conformidad con los procedimientos vigentes en la Parte requerida. La competencia de actuación, así como la dirección y el control de las operaciones, recaerá en las autoridades competentes de dicha Parte.

Art. 8. Equipos conjuntos de investigación. 1. Las autoridades competentes de ambas Partes podrán, de acuerdo a su ordenamiento jurídico fundamental, integrar comisiones de investigación con un fin determinado y por un período establecido, que podrá ampliarse con el consentimiento de ambas, para llevar a cabo investigaciones penales en el territorio de una de ellas. La composición del equipo se determinará en el acuerdo de constitución del mismo. Podrán crearse equipos conjuntos de investigación en los siguientes casos:

a) Cuando la investigación de infracciones penales que adelante una Parte, revista complejidad y afecte también a la otra.

b) Cuando se realicen investigaciones sobre infracciones penales que, debido a las circunstancias del caso, requieran una actuación coordinada y concertada. Cualquiera de las dos Partes podrá formular una solicitud de creación de un equipo conjunto de investigación. El equipo se creará en

el territorio de una de las Partes en donde se prevea efectuar la investigación.

2. El equipo conjunto de investigación actuará en el territorio de ambas Partes, con arreglo a las siguientes condiciones generales:

a) Estará dirigido por un representante de la autoridad competente que participe en la investigación penal de la Parte en la que actúe el equipo. El jefe del equipo actuará dentro de los límites de las competencias que tenga atribuidas con arreglo al ordenamiento jurídico interno.

b) El equipo actuará de conformidad con el ordenamiento jurídico interno de la Parte en la que se esté llevando a cabo la investigación. Sus miembros realizarán la labor bajo la dirección del jefe designado, teniendo en cuenta las condiciones establecidas por sus propias autoridades en el acuerdo de constitución del equipo.

3. Los integrantes del equipo conjunto de investigación, tendrán derecho a estar presentes cuando se tomen medidas de investigación en el territorio donde esté actuando el equipo. No obstante, por razones específicas y con arreglo al ordenamiento jurídico interno de la Parte en la que actúe el equipo, el jefe del mismo podrá decidir lo contrario.

4. De conformidad con el ordenamiento jurídico interno de la Parte en la que actúe el equipo conjunto de investigación, el jefe del mismo podrá encomendar a las personas destinadas a él, la ejecución de determinadas medidas de investigación, cuando así lo aprueben las autoridades competentes de ambas Partes.

5. Cuando el equipo conjunto de investigación necesite que se tomen medidas de investigación en el territorio de la Parte donde no esté actuando, los miembros destinados al mismo, podrán pedir a sus propias autoridades competentes que tomen tales medidas. Estas medidas se examinarán en las mismas condiciones en que serían solicitadas en el marco de una investigación nacional.

6. Cuando el equipo conjunto de investigación necesite ayuda de un tercer Estado, que no haya participado en la creación del equipo, las autoridades competentes de la Parte en la que actúe el equipo, podrán formular la petición de ayuda a las autoridades competentes del tercer Estado afectado, de conformidad con los instrumentos o disposiciones aplicables, informando sobre esta situación a la otra Parte.

7. La información que obtenga legalmente un miembro de un equipo conjunto de investigación y a la que no tengan acceso de otro modo las autoridades competentes de la otra Parte, podrá utilizarse para los siguientes fines:

a) Para los fines para los que se haya creado el equipo.

b) Para su uso, condicionado a la autorización previa de la Parte en que se haya obtenido la información, para descubrir, investigar y enjuiciar otras infracciones penales. Dicha autorización podrá denegarse únicamente en los casos en que esta utilización ponga en peligro las investigaciones penales de la otra Parte.

c) Para evitar una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública, y sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b), si ulteriormente se inicia una investigación penal.

d) Las autoridades competentes de ambas Partes, tendrán acceso inmediato a la información que obtengan los equipos conjuntos, la cual deberá ser tratada de manera reservada. El jefe del equipo velará por el cumplimiento de esta obligación.

8. Las Partes velarán por la seguridad e integridad de los miembros de los equipos conjuntos de investigación que se constituyan de conformidad con este artículo.

Art. 9. Operaciones encubiertas. 1. Las Partes, en la medida que lo permita su ordenamiento jurídico fundamental, podrán convenir en colaborar para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa.

2. La decisión sobre la solicitud, duración de la investigación encubierta, condiciones concretas y régimen jurídico de los agentes, la tomarán en cada caso las autoridades competentes de la Parte requerida ateniéndose a lo dispuesto en su ordenamiento jurídico fundamental.

3. Las investigaciones encubiertas se realizarán de conformidad con el derecho y los procedimientos de la Parte en cuyo territorio se realicen.

4. Las Partes colaborarán para garantizar la preparación y supervisión de la investigación encubierta y la adopción de medidas de seguridad de los agentes que actúen de manera encubierta o con identidad falsa.

Art. 10. Responsabilidad penal en relación con los funcionarios. Durante las operaciones

contempladas en los arts. 7, 8 y 9, del presente Protocolo, los funcionarios procedentes de autoridades de la Parte que no sea aquella en el que se desarrolla la operación, se asimilarán a los funcionarios de esta última, en lo relativo a las infracciones en las que pudieran incurrir.

Art. 11. Responsabilidad civil en relación con los funcionarios. 1. La Parte en cuyo territorio se causaren daños y perjuicios por los miembros de un equipo conjunto en el desarrollo de sus cometidos, asumirá la reparación de los mismos.

2. La Parte cuyos funcionarios hubieren causado daños y perjuicios en el territorio de la otra restituirá íntegramente a esta última los importes que hubiera abonado.

Capítulo III

Art. 12. Protección de datos de carácter personal. 1. Los datos de carácter personal comunicados con arreglo al presente Protocolo podrán ser utilizados por la Parte al que se hayan transmitido:

a) Para los procedimientos a los que se aplica el presente Protocolo.

b) Para otros procedimientos judiciales y administrativos directamente relacionados con los procedimientos a que se refiere la letra a).

c) Para prevenir una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública.

d) Para cualquier otra finalidad, únicamente previa autorización de la Parte transmisora, a menos que la otra parte haya obtenido el consentimiento de la persona interesada.

2. El presente artículo se aplicará igualmente a los datos personales que no hayan sido comunicados pero que se hayan obtenido de otra manera con arreglo al presente Protocolo.

3. Según las circunstancias de cada caso particular, la Parte transmisora podrá exigir a la otra Parte a la que haya transmitido los datos de carácter personal, que facilite información sobre la utilización que se haya hecho de ellos.

4. En los casos en que se hayan impuesto condiciones a la utilización de los datos personales, prevalecerán dichas condiciones.

5. El presente artículo no se aplicará a los datos personales obtenidos por una Parte con arreglo al presente Convenio y que tengan su origen en dicha Parte.

Capítulo IV

Art. 13. Mecanismos para facilitar la cooperación judicial en materia penal. Las Partes cooperarán adicionalmente a través de las siguientes modalidades:

1. Intercambio de experiencias jurídico científicas en materia de investigación criminal, terrorismo, tráfico de estupefacientes, tráfico de insumos químicos, lavado de dinero, y blanqueo de capitales, delincuencia organizada y delitos conexos.

2. Intercambio de publicaciones relacionadas con modificaciones introducidas a sus sistemas judiciales y nuevos criterios jurisprudenciales en las áreas que abarca el presente instrumento.

3. Organización de jornadas académicas con participación de fiscales, jueces, magistrados y demás servidores de las entidades encargadas de la investigación y juzgamiento de conductas punibles.

4. Programas de cooperación para la asistencia a víctimas.

Para la realización de las actividades y encuentros previstos en este Protocolo, las autoridades centrales acordarán la metodología que se utilizará

en cada uno de ellos, así como también, la duración de los mismos y el número de participantes.

Capítulo V

Art. 14. Entrada en vigor y duración. 1. El presente Protocolo entrará en vigor el primer día del segundo mes después del canje de los Instrumentos de Ratificación.

2. El presente Protocolo permanecerá en vigor mientras lo esté el Convenio de Cooperación Judicial en materia penal entre las República de Colombia y el Reino de España, de 29 de mayo de 1997.

3. El presente Protocolo podrá ser denunciado por cualquiera de las Partes en cualquier momento, de manera independiente al Convenio de Cooperación Judicial en materia penal entre las República de Colombia y el Reino de España de 29 de mayo de 1997, mediante Nota Diplomática, la cual surtirá efectos seis meses después de la fecha de recepción por la otra Parte. La denuncia no afectará las solicitudes de asistencia en curso.

Suscrito en Madrid, a 12 de julio de dos mil cinco en dos ejemplares en idioma español, siendo ambos textos igualmente válidos y auténticos.

Convenio entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos sobre la asistencia judicial mutua en materia penal, hecho en Madrid el 24 de noviembre de 2009

(BOE, 28-X-2010)

ELECTORALES

Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia, sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid el 5 de febrero de 2009

(BOE, 21-I-2010)

Madrid, 5 de febrero de 2009

Excmo. Sr.

Excelencia:

Considerando el deseo de fortalecer los profundos vínculos históricos y culturales que siempre han existido entre el Reino de España y la República de Colombia, y los estrechos lazos de amistad que tradicionalmente han unido a sus pueblos;

Considerando el incremento de las migraciones y la movilidad de las personas a que aquéllas dan lugar, y movidos por el ánimo de facilitar la integración de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro;

Considerando que estas relaciones de amistad deben traducirse en una mayor participación social y política de los nacionales de ambos países en su lugar de residencia;

Considerando que en España existen tres tipos de elecciones: para las Instituciones nacionales, elecciones generales; para los Entes territoriales dotados de Estatuto de Autonomía, elecciones a sus Asambleas; y elecciones municipales, siendo estas últimas, las elecciones municipales, las consideradas esenciales para el desarrollo de la participación de los nacionales de ambos países en sus municipios de residencia y, por tanto, a las que se refiere esta Nota,

Considerando que la participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, permitirá una mayor integración y asegurará mejor sus derechos políticos y sociales:

1. El Gobierno español solicita del Gobierno de la República de Colombia que, de acuerdo con su legislación, los ciudadanos españoles tengan el derecho de voto en las elecciones municipales de la República de Colombia.

2. El Gobierno español, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la legislación aplicable, permitirá a los ciudadanos de la República de Colombia que ejerzan el derecho de voto en las elecciones municipales españolas.

3. Las condiciones para el ejercicio del derecho de voto en las elecciones municipales españolas por parte de los ciudadanos de la República de Colombia figuran en el Anejo a esta Nota.

4. Siempre y cuando el derecho de voto reconocido en este Acuerdo sea mantenido, ambas Partes se reservan el derecho a modificar las leyes y condiciones antes mencionadas. Se informará de estas modificaciones por vía diplomática.

5. Este Acuerdo entrará en vigor el primer día del mes siguiente a aquél en que las Partes se hayan notificado recíprocamente, por vía diplomática, el cumplimiento de los requisitos constitucionales para la entrada en vigor del mismo.

6. La denuncia de este Acuerdo se realizará por escrito por vía diplomática. El Acuerdo dejará de estar en vigor a los treinta días naturales a partir de la fecha en que la otra Parte reciba la notificación de denuncia.

Tengo la honra de proponer a Vuestra Excelencia que, en caso de aceptar la República de Colombia el contenido de esta Nota y su Anejo, la presente Nota y su Anejo, junto con la contestación de Vuestra Excelencia, constituirán un Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia.

Aprovecho esta oportunidad para reiterar a Vuestra Excelencia el testimonio de mi más alta y distinguida consideración.

ANEJO

Condiciones para el ejercicio del derecho de voto en las elecciones municipales españolas por parte de los ciudadanos de la República de Colombia.

1. Los ciudadanos de la República de Colombia podrán ejercer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.

2. Deberán estar en posesión de la correspondiente autorización de residencia en España.

3. Deberán haber residido en España, legal e ininterrumpidamente durante, al menos, los cinco años anteriores a su solicitud de inscripción en el censo electoral.

4. Ejercerán el derecho de voto en el Municipio de su residencia habitual, en cuyo padrón deberán figurar inscritos.

5. La inscripción en el censo electoral de extranjeros residentes en España, requisito indispensable para poder ejercer el derecho de sufragio, se hará a instancia de parte. Esta instancia se presentará en el Ayuntamiento en cuyo padrón municipal figure inscrito. El plazo de presentación se fijará para cada elección.

República de Colombia.

Excmo. Sr.

Excelencia:

Me permito referirme a su Nota de fecha 5 de febrero de 2009 y su Anejo, mediante la cual el Gobierno del Reino de España propone un acuerdo sobre participación electoral en elecciones municipales.

Al respecto, el Gobierno de la República de Colombia, una vez consultado el Consejo Nacional Electoral, se permite confirmar su voluntad en concordancia con la legislación colombiana, a fin de que los ciudadanos españoles residentes en el país ejerciten el derecho al voto en las siguientes elecciones y consultas populares:

1. Elecciones de alcaldes distritales y municipales.

2. Elecciones de consejos distritales y municipales.

3. Juntas administradoras locales.

4. Consultas populares de naturaleza local y municipal.

Para participar en estas elecciones los ciudadanos españoles deben cumplir con las condiciones que figuran en el Anexo de esta Nota, que forma parte integral de la misma.

En consecuencia, tengo la honra de informar a Su Excelencia que la República de Colombia acepta con agrado la propuesta contenida en su Nota arriba citada, y por lo tanto esta Nota de respuesta y su Anexo, junto con la Nota de Su Excelencia y su Anejo, constituirán un Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España que entrará en vigor el primer día del mes siguiente a aquél en que las partes se hayan notificado recíprocamente, por vía diplomática, el cumplimiento de los requisitos constitucionales para la entrada en vigor del mismo.

Expreso a Su Excelencia mi convicción de que el presente Acuerdo contribuirá a estrechar aun más las cordiales relaciones existentes entre nuestros dos Estados.

Aprovecho esta oportunidad para reiterar a Su Excelencia las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

ANEXO

Condiciones para el ejercicio del derecho al voto por parte de los ciudadanos españoles resi-

dentes en Colombia en elecciones y consultas populares de carácter municipal y distrital:

1. Ser mayor de 18 años de edad.
2. Tener visa de residente de conformidad con las normas que regulan la materia.
3. Acreditar como mínimo cinco (5) años continuos e ininterrumpidos de residencia en Colombia.
4. Poseer cédula de extranjería de residente.
5. Estar inscrito en el respectivo censo electoral.
6. No estar incursos en las inhabilidades constitucionales y legales.

La inscripción se realiza personalmente ante la Registraduría Nacional del Estado Civil del lugar donde el extranjero haya fijado su domicilio, dentro de los términos fijados por la ley para la inscripción de cédulas de los nacionales colombianos, presentando la cédula de extranjería de residente. La inscripción se realiza en listados independientes con los que se conforma el censo electoral.

El presente Canje de Notas entró en vigor el 1 de enero de 2010, el primer día del mes siguiente a aquél en que las Partes se hayan notificado recíprocamente, por vía diplomática, el cumplimiento de los requisitos constitucionales, según se establece en su punto 5.

Canje de Notas, de fecha 6 de febrero de 2009, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Perú sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro

(BOE, 19-V-2010)

Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Quito el 25 de febrero de 2009

(BOE, 5-I-2010)

Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Islandia sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid y París el 31 de marzo de 2009

(BOE, 16-XII-2010)

Canje de Notas, de 12 de mayo de 2009, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro

(BOE, 9-II-2010)

Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Paraguay sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid y Asunción el 13 de mayo de 2009

(BOE, 21-VI-2010)

Acuerdo entre el Reino de España y Nueva Zelanda sobre participación en determinadas elecciones de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Wellington el 23 de junio de 2009

(BOE, 6-I-2010)

Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y el Estado Plurinacional de Bolivia sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2009

(BOE, 17-XII-2010)

EXTRADICIÓN

Convenio de extradición entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos, hecho en Madrid el 24 de noviembre de 2009

(BOE, 26-X-2010)

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 Filipinas 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 Manila el 24 de marzo de 2009

(BOE, 2-III-2010)

RECONOCIMIENTO DEL TÍTULOS

Acuerdo en materia de acceso a la universidad entre el Reino de España y el Principado de Andorra, hecho en Madrid el 4 de mayo de 2010

(BOE, 1-XI-2010)

En el espíritu de los principios de buena vecindad que, especialmente desde el año 1993, presiden las relaciones entre España y Andorra, y en el marco de los vigentes Tratados internacionales bilaterales que buscan favorecer la máxima cooperación a todos los niveles entre ambos países, el Reino de España y el Principado de Andorra, en adelante denominados las «Partes», han alcanzado el siguiente acuerdo sobre el reconocimiento de los títulos, diplomas y certificados exigidos para el acceso a la universidad por cada una de las Partes.

Art. 1. Objeto y ámbito de aplicación. El objeto del presente acuerdo es facilitar el acceso a los estudios oficiales universitarios a través del mutuo reconocimiento, a los solos efectos del acceso a la universidad, de los títulos, diplomas y certificados que constituyen los requisitos de acceso a la universidad en el sistema educativo de cada una de las Partes.

El presente acuerdo es aplicable a los títulos, diplomas y certificados que tengan validez oficial en el sistema educativo de cada una de las Partes y que habiliten para el acceso a la universidad de acuerdo con las disposiciones normativas de cada Parte.

Art. 2. Acceso a la Universidad. Las Partes reconocerán, de conformidad con su legislación interna y en régimen de reciprocidad, los títulos, diplomas y certificados, que figuran en el anexo, exigidos para acceder a la universidad por los sistemas educativos de cada una de las Partes, de acuerdo con lo especificado en el anexo.

Art. 3. Admisión a la Universidad. 1. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del cumplimiento

de las condiciones o de la superación de las pruebas que, en su caso, puedan exigirse por las respectivas legislaciones nacionales para la admisión a determinadas enseñanzas o centros universitarios en razón a sus especiales características.

Asimismo las universidades podrán exigir la acreditación de un conocimiento suficiente del idioma en que se imparten las enseñanzas.

2. El reconocimiento de los requisitos de acceso a la universidad a que se refiere este artículo no garantiza la admisión en determinadas enseñanzas o centros universitarios donde se presenten situaciones de concurrencia competitiva, que serán resueltas de acuerdo con los requisitos, criterios y procedimientos de adjudicación de plazas establecidos al respecto en la normativa reguladora sobre el particular en cada una de las Partes.

Art. 4. Verificación de la documentación. Para el reconocimiento de los estudios acreditados por los títulos, diplomas o certificados a que se refiere los artículos anteriores, se requerirá la presentación de los correspondientes documentos expedidos por las autoridades educativas competentes, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la legislación interna de cada una de las Partes.

Art. 5. Credencial. 1. Una vez llevada a cabo la oportuna verificación de los documentos acreditados por el estudiante, la autoridad competente de cada una de las Partes expedirá, de acuerdo con su legislación interna, una credencial que otorgará a su titular el derecho de acceso, con carácter general, a la Universidad y tendrá validez en todas las Universidades de ambas Partes a

los efectos de solicitud de plaza y, en su caso, de formalización de matrícula.

2. La credencial a que se refiere el apartado anterior incluirá, de acuerdo con lo establecido en el sistema educativo de cada una de las Partes, la calificación de acceso a la universidad. Dicha calificación será expresada en la escala 0–10 con el mínimo aprobatorio en 5 puntos, actualmente utilizada por ambos países.

3. Ambas Partes se comprometen a comunicar las modificaciones que en su caso se pudieran producir en relación con las escalas actualmente vigentes a efectos de acordar las oportunas versiones de las calificaciones de acuerdo con la normativa en vigor de cada una de las Partes.

Art. 6. Actualizaciones y enmiendas. La incorporación de las modificaciones que puedan ser necesarias en el futuro como consecuencia de las innovaciones y actualizaciones que puedan introducirse en los sistemas educativos actualmente vigentes, se realizará mediante el intercambio de Notas Verbales entre ambas Partes. Dichas modificaciones se harán efectivas después del cumplimiento de las formalidades previstas por el derecho interno de cada parte y entraran en vigor en la fecha de recepción de la última Nota Verbal por la que ambas Partes se comuniquen el cumplimiento de los requisitos establecidos en sus respectivas legislaciones internas en materia de tratados.

Art. 7. Grupo de Trabajo. Para facilitar la aplicación del presente Acuerdo o sugerir, en su caso, las reformas que fuesen precisas, así como para la resolución de las posibles controversias que puedan surgir en aplicación del mismo, se crea un Grupo de Trabajo que estará compuesto por cuatro representantes por cada una de las Partes y se reunirá siempre que se considere necesario por una de las Partes, y al menos una vez al año, alternativamente en uno y otro país.

Art. 8. Duración del Acuerdo. El presente Acuerdo se concluye por un periodo de tres años, después del cual se prorrogará tácitamente por periodos de un año, pudiendo denunciarlo cualquiera de las dos Partes mediante Nota Verbal dirigida a la otra Parte seis meses antes de la fecha de expiración.

Art. 9. Entrada en vigor. Las Partes deberán comunicarse recíprocamente la aprobación del presente Acuerdo conforme a las respectivas legislaciones internas. El presente acuerdo entrará en vigor en la fecha de la última notificación por la que ambas Partes se comuniquen el cumplimiento de los requisitos establecidos en sus respectivas legislaciones internas en materia de tratados y se aplicará provisionalmente por cada una de las Partes desde la fecha de su firma.

El presente Acuerdo se firma en Madrid, el 4 de mayo de 2010, en dos ejemplares, cada uno de ellos en español y catalán, siendo ambos textos igualmente auténticos.

TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS

Convenio entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos relativo al traslado de personas condenadas, hecho en Madrid el 24 de noviembre de 2009

(BOE, 27-X-2010)

JURISPRUDENCIA

Director: José Carlos Fernández Rozas

Colaboran en la presente sección:

Álvarez Rubio, Juan José
Amandi Rendueles, Raquel
De Miguel Asensio, Pedro Alberto
Espiniella Menéndez, Ángel
Fuentes Camacho, Víctor

Garau Sobrino, Federico F.
Jiménez Blanco, Pilar
Lafuente Sánchez, Raúl
Orejudo Prieto de los Mozos, Patricia
Oró Martínez, Cristian

Rodríguez Mateos, Pilar

ADOPCIÓN

EFFECTOS EN ESPAÑA DE LAS ADOPCIONES CONSTITUIDAS POR AUTORIDADES EXTRANJERAS

2010/1.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Auto nº 3/2010, de 13 de enero de 2010. Ponente: Ilma. Sra. María Dolores Viñas Maestre. JUR\2010\114935.

Adopción.- Constitución: estimación.- Ley aplicable.- Adopción constituida en Camboya: adopción simple.- Adopción constituida con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de la Haya de 1993.- Carácter revocable.- Competencia de los Tribunales españoles para la conversión de adopción simple en adopción plena.- Necesidad de que el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España.

Normas aplicadas: Art. 9.5º Cc; arts. 15 y 30 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

[...] la adopción constituida por las autoridades competentes en Camboya, aunque se trate de autoridades administrativas, debe ser considerada válida, en tanto no puede derivarse de toda la documentación aportada, que la misma haya sido constituida en contra del interés de la menor o con infracción de sus derechos, por lo que asimilada a la institución de acogimiento preadoptivo, y resultando de aplicación para la constitución de la adopción la legislación catalana, al encontrarse la menor viviendo en Catalunya, puede constituirse su adopción al amparo de lo dispuesto en el art. 117.1º, ap. d), 1 Codi de Família, concurriendo todas las condiciones de capacidad y requisitos exigidos en los arts. 115 ss.

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional recoge la doctrina antes expuesta de la DGRN respecto a las condiciones de reconocimiento de una adopción constituida por la autoridad extranjera competente, conforme a su ley interna, exigiendo una equivalencia material con nuestra adopción plena y yendo más allá, recoge la posibilidad de convertir las adopciones simples y menos plenas, con base en el propio Convenio de La Haya de 1993 del que Camboya es ahora parte, sin que España haya hecho objeción alguna respecto a la aplicación mutua de dicho Convenio. No establece la Ley el cauce o trámite que debe seguirse para la conversión, aunque la redacción de los arts. 15 y 30 que hacen referencia a la competencia de los Juzgados y Tribunales y al expediente judicial, y la ausencia de regulación de un procedimiento de conversión en la Ley Procesal, conducen a considerar que nos encontramos ante un procedimiento o expediente análogo al que se sigue ante el Registro Civil para el reconocimiento de una adopción plena constituida por autoridad competente extranjera, en cuyo expediente se debe verificar la concurrencia de los requisitos exigidos en el art. 30 LAI .

Conforme al art. 15 LAI los Juzgados y Tribunales españoles son competentes para la conversión de adopción simple en adopción plena cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España, siendo de aplicación la ley material española cuando el adoptando haya sido trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España (art. 18.1º.b). La adopción simple o menos plena, cuyos efectos en España vienen recogidos en el art. 30, es considerada por dicho precepto en su ap. 4º como un acogimiento familiar. Se pone así de manifiesto que si fuera aplicable la LAI, que como se ha señalado entró en vigor con posterioridad a la petición de la adopción, pero con anterioridad a dictarse el Auto que ahora se recurre, procedería la conversión de la adopción simple o menos plena en adopción plena. [...]

Obs.: Nota de E. Rodríguez Pineau, REDI, 2010-13-Pr.

2010/2.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 200/2010, de 23 de marzo de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Ana Mª García Esquius. JUR\2010\175669.

Adopción internacional.– Adopción constituida por autoridad extranjera.– Eficacia en España.– Control por el Encargado del Registro Civil.– Aplicación de las normas de Derecho internacional privado.– Inscripción de los menores.

Normas aplicadas: Art. 9.5º Cc; arts. 14, 15, 18 y 19 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

[...] el art. 9.5º Cc, después de la redacción otorgada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional, dispone que la adopción internacional se regirá por las normas contenidas en dicha Ley y que las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción internacional.

La competencia para la constitución de la adopción a los Juzgados y Tribunales españoles la atribuye el art. 14 LAI. Son los arts. 18 y 19 de la referida Ley los que determinan la legislación aplicable al presente supuesto, que es la ley española, en tanto el adoptando tiene su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción (art. 18 a.) y adquirirá, en virtud de la adopción, la nacionalidad española (art. 19.1º.b). Residiendo adoptante y adoptando en Catalunya, la legislación aplicable es la contenida en el Codi de Família, arts. 115 ss. El art. 15 LAI establece que los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la declaración de nulidad de una adopción cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España en el momento de la presentación de la solicitud y también para la modificación o revisión de una adopción en los mismo casos y cuando además la adopción haya sido constituida por autoridad extranjera y siempre que haya sido reconocida en España, y siendo así de claro el precepto la viabilidad de la acción ejercitada aparece también claramente determinada según lo dispuesto en los arts. 26 y 27 de la citada Ley, habiéndose constituido en el extranjero por la autoridad competente y teniendo validez en España. Al Juez encargado del Registro Civil le compete controlar que la adopción ha sido constituida por la autoridad extranjera competente, según las normas de Derecho internacional privado, que se constituyó una adopción válida en dicho país y que reúne los mismo efectos sustanciales de la adopción regulada en la legislación española y todo ello se garantiza en el presente caso en el que se advierte que se incurre en error material evidente cuando incluso la fecha de nacimiento de Michel Ossie aparece en la misma resolución transcrita de forma una vez errónea y otra correcta. La asignación del menor y la aceptación del mismo se efectuó de forma correcta ante la Entidad administrativa competente, como señala al juzgadora en función de esta asignación las madres y sus respectivos hijos se conocieron iniciándose el natural proceso de apego y de vinculación afectiva que tras el tiempo transcurrido ya está definitiva y afortunadamente instaurado. El interés supremo del menor exige a las autoridades competentes actuar garantizando sus derechos y por supuesto el de regularizar los datos de su filiación no existiendo duda alguna sobre la sujeción de todo el proceso a la normativa internacional. [...]

EQUIVALENCIA FUNCIONAL DE LA KAFALA CON LA TUTELA A LOS EFECTOS DE LA CONCESIÓN DEL VISADO

2010/3.– Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Sentencia nº 610/2010, de 25 de junio de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Mª Luaces Díaz de Noriega. TJCA/2010/690.

Extranjeros.– Estancia en territorio nacional.– Visado de residencia.– Visado de residencia para reagrupación familiar por otorgamiento de tutela otorgada por los padres del menor.– Kafala según el Derecho islámico: equiparación a la tutela de menores en España.– Denegación improcedente.

Normas aplicadas: Arts. 9 Cc y 17.1º.c) Cc.

[...] Para la correcta resolución de la problemática aquí suscitada convendrá tener presente que el vigente sistema español de extranjería establecido por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO 8/00 y por LO 14/03 – aplicable en razón a la fecha de la solicitud– establece la necesidad de visado como requisito normal de acceso al territorio nacional. El visado será expedido por las misiones diplomáticas y oficinas consulares de España y su denegación deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena e indicar los recursos que procedan (art. 27).

El art. 17.1º.c) del mismo texto legal dispone que el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal.

Así las cosas, debemos examinar si en el presente caso concurren los presupuestos exigidos por la norma para la concesión del visado solicitado. Pues bien, la cuestión nuclear se centra, como vemos, en determinar si la tutela (kafala) otorgada a la recurrente por los padres del referido menor reúne los elementos necesarios para producir efectos en territorio español.

Es cierto que el estatuto personal, las relaciones familiares y la tutela se rigen por la ley nacional – art. 9 Cc–, sin embargo, y pese a basar en ella su pretensión revocatoria, la parte actora no ha cumplido en este proceso con la carga de acreditar el contenido de la ley extranjera a la que se acoge.

Conviene recordar que la Resolución–circular DGRN 15 de julio de 2006 –aunque relativa al reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales considera la kafala del Derecho islámico como una institución que permite que un menor se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona una familia de acogida, pero sin crear más vínculo entre el kafils, o persona que asume la kafala del menor, y este último, que una obligación personal por la que el primero se hace cargo del segundo y se obliga a atender su manutención y educación, constituyendo una situación similar al acogimiento o prohijamiento del Derecho español (vid. Resoluciones de 14 de mayo de 1992, 18 de octubre de 1993, 13 de octubre de 1995, 25 de abril de 1995, y 27–5º de febrero y 21 de marzo de 2006), que produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, pero que ni crea vínculos nuevos de fijación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres (cf. arts. 173 y 173 bis Cc y resoluciones de 14 de mayo de 1992, 18 de octubre de 1993, 13 de octubre de 1995 y 1 de febrero de 1996).

En la citada Resolución–Circular se declaraba también que la kafala es una situación que puede ser reconocida en España si ha sido válidamente constituida por autoridad extranjera, siempre que no vulnere el orden público internacional español, y si los documentos en los que consta se presentan debidamente legalizados y traducidos a idioma oficial español.

Ahora bien, la cuestión ha de matizarse aún más cuando se aborda desde la perspectiva de la petición de un visado para la entrada en España de un menor extranjero procedente de un país de tradición jurídica coránica a título de reagrupación familiar. En este sentido, la instrucción de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007 ha tratado de aproximarse al tema y despejar las dudas respecto a qué clase de situación familiar es asimilable la kafala, concluyendo que la misma sí establece entre el ciudadano español, o el extranjero residente en nuestro país, y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa cuando se ha otorgado no por los padres biológicos sino por una Autoridad pública, ya sea administrativa o judicial, en cuyo caso se puede considerar al ciudadano español o al extranjero, residente en España representante legal del menor extranjero, razón por la cual la acogida podría tener carácter permanente y sería válida la vía de la reagrupación familiar para que el menor pudiera trasladar su residencia a España.

Éste no ha sido, sin embargo, el caso litigioso, en el que la kafala se ha otorgado por la madre biológica del menor, quien ha declarado en prueba testifical y así lo ha reconocido.

Y, en estas circunstancias, no puede atribuirse a la kafala constituida a favor de la recurrente los efectos que se pretenden en la demanda, porque lo impide nuestro Cc, a cuyo art. 154 establece que la

patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y comprende los deberes y facultades de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. [...]

NECESIDAD DE CUMPLIMENTAR LOS REQUISITOS DEL CONVENIO ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS PARA EL EXECUÁTUR DE UNA SENTENCIA DE ADOPCIÓN

2010/4.- Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Quinta, Auto nº 24/2010, de 26 de octubre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Ercilla Labarta. AC\2011\63.

Sentencia marroquí sobre la adopción de un menor.- Reconocimiento: improcedencia.- Falta de constancia de la intervención al menos a efectos de ser oída de la madre biológica.- Ausencia de declaración de rebeldía de la misma, o notificación de la resolución.- Ausencia de declaración de firmeza de la resolución o de ha sido objeto de apelación o algún otro recurso.- Convenio bilateral entre España y Marruecos.- Necesidad de completar los requisitos exigidos en el Convenio.

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 de mayo de 1997.

[...] se han omitido en la solicitud presentada una serie de requisitos, y así, no consta la intervención al menos a efectos de ser oída de la madre biológica, ni la declaración en su caso de rebeldía de la misma, o notificación de la resolución; no consta la declaración de firmeza de la referida resolución, ni si ha sido objeto de apelación o algún otro recurso, sin que pueda acudirse a la presunción de que ello haya sido así por el transcurso del tiempo, ya que no consta entre otras la notificación a la madre de origen, ni tampoco puede deducirse de los documentos aportados que hayan existido varias instancias en el procedimiento, sino una sola que terminó por sentencia de 14 de noviembre de 20 de marzo, tras lo cual e inmediatamente fue entregado el niño a los adoptantes. No puede realizarse, como indica el apelado, una interpretación del Convenio distinta al contenido del mismo, pues tratándose de un Convenio bilateral entre España y Marruecos, es evidente que las instituciones jurídicas contenidas en el mismo han sido debatidas entre ambas partes contratantes, y las referencias a firmezas rebeldías etc.,... son comunes a ambos Estados, ya que en otro caso no se habrían mencionado. Es evidente que esta Sala desconoce la normativa procesal marroquí, lo cual habría de haber sido objeto de prueba al respecto, no obstante lo cual las instituciones citadas deben ser objeto de regulación en dicho proceso, y eso es lo que tiene que ser objeto de acreditación para el presente execuátur. Se alude, asimismo, al interés del menor como base para la pretensión solicitada, no obstante ello no puede ser la base de la resolución que se dicte, en concreto cuando no se trata de una cuestión de fondo o material, sino la meramente procesal, sin que ello suponga una merma de su protección. Alega el apelado la dificultad de cualquier español para desenvolverse en un procedimiento judicial en Marruecos, tanto por los usos jurídicos distintos, idioma etc..., no obstante, en el presente supuesto, llama la atención que los adoptantes que mantienen en el actual escrito de demanda que tienen nacionalidad española, mientras que en el expediente de adopción indican que son de nacionalidad marroquí, lo que no crearía problema alguno al menor, si dicha adopción fuera definitiva y firme en Marruecos. No obstante, la denegación de la eficacia civil en España de dicha sentencia, no supone merma de derechos para el menor, sino la necesidad de completar los requisitos exigidos en el Convenio para la misma, por todo lo cual y con estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal procede revocar el auto recurrido, declarando no haber lugar a otorgar el execuátur solicitado

ALIMENTOS**ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LAS RECLAMACIONES INTERNACIONALES DE ALIMENTOS**

2010/5.— Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda, Auto nº 365/2009, de 3 de diciembre de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Angel Chamorro Valdés. JUR/2009/69805.

Sentencia extranjera de alimentos.— Sentencia dictada por Tribunal de Distrito de Gdansk (Polonia).— Demanda de ejecución de resolución judicial extranjera firme presentada por el Abogado del Estado.— Oposición: improcedencia.— Alimentos para el hijo.

Normas aplicadas: Art. 2.2º Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956; 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] el reglamento citado no contiene norma alguna que permita excluir de su ámbito de aplicación la ejecución de aquellas sentencias en las que la obligación de alimentos declarada traiga causa de un pronunciamiento previo sobre la paternidad del obligado a prestarlos. Por el contrario el reglamento permite la ejecución parcial. La rebeldía del demandado en el proceso que dio lugar a la sentencia citada tampoco puede dar lugar a la estimación del recurso. No se puede acoger la afirmación contenida en el recurso de apelación consistente en que se le indujo a colocarse en esa situación, pues en la convocatoria a juicio es cierto que se afirmaba que su comparecencia en el acto no era necesaria, pero también se señalaba en la misma que el demandado podía nombrar un poderhabiente domiciliado en Polonia y también se le preguntaba por las pruebas que podía presentar (...). No está permitida la revisión del fondo de la sentencia que constituye el título ejecutivo, pero la declaración de paternidad que contiene no es contraria al orden público, ya que el órgano jurisdiccional polaco le permitía someterse a la prueba biológica (...) y en nuestra legislación en el supuesto contemplado en el art. 767.4º LEC se puede declarar la filiación en base a indicios. El demandado tenía conocimiento de la sentencia, tal como se desprende de la documentación aportada con la demanda ejecutiva. [...].

2010/6.— Audiencia Provincial de Asturias, Sección Primera, Auto nº 16/2010, de 29 de enero de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro. JUR/2010/112927.

Sentencia extranjera: reconocimiento.— Execuátur.— Admisión a trámite: procedencia.— Control de oficio del Juez.— Exclusión del requisito de la designación por parte del solicitante.— Domicilio para notificaciones.—Lugar correspondiente a la competencia del Tribunal que conociere de la solicitud.

Normas aplicadas: Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero; arts. 34, 35, 40.2º, 41 y 53 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, de 22 de diciembre de 2000.

El Auto de fecha 9 octubre 2009 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 Langreo en el Procedimiento de Reconocimiento de Sentencia Extranjera 570/2009 acuerda la inadmisión a trámite de la solicitud formulada por el Abogado del Estado al no haber dado cumplimiento la parte solicitante al previo requerimiento acordado por el Juzgado a fin de designara un domicilio para notificaciones conforme a lo dispuesto en el art. 40.2º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo. Frente a dicha decisión se alza en apelación la Abogacía del Estado alegando en su recurso que la regulación contenida en dicho precepto debe compatibilizarse con la especialidad de la regulación procesal interna que en este caso viene dada por el art. 11 Ley 52/1997 de 27 noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado, pues en ella se contiene una singularidad en materia de notificaciones que encuentra su razón de ser en la no utilización de Procurador por el Abogado del Estado.

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, viene a diseñar un instrumento jurídico comunitario y vinculante con el objetivo de alcanzar la libre circulación de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Para lograr esta finalidad se parte de la confianza recíproca en la justicia dentro de la Comunidad y con ello de la necesaria eficacia y rapidez en el procedimiento para hacer ejecutoria, en un Estado miembro, una resolución dictada en otro Estado miembro. Esta idea de eficacia y rapidez es recogida por el Considerando 17 del Reglamento al insistir en que "A tal efecto, el otorgamiento de la ejecución de una resolución debería producirse de manera casi automática, previo mero control formal de los documentos aportados, sin que el tribunal pueda invocar de oficio ninguno de los motivos de denegación de la ejecución previstos en el presente Reglamento". De esta manera el art. 41 del Reglamento dispone, en materia de ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro, que "Se otorgará inmediatamente la ejecución de la resolución una vez cumplidas las formalidades previstas en el art. 53, sin proceder a ningún examen de acuerdo con los arts. 34 y 35. La parte contra la cual se solicitare la ejecución no podrá, en esta fase del procedimiento, formular observaciones". Esto es, el único control de oficio que le está permitido al Juez es el control o comprobación de regularidad, que se verifica sin audiencia del ejecutado, y que se limita al cumplimiento de las formalidades previstas en el art. 53 del Reglamento, control que no incluye obviamente el requisito de la designación por parte del solicitante de un domicilio para notificaciones en un lugar que correspondiere a la competencia del Tribunal que conociere de la solicitud, pues se trata de una exigencia que se encuentra prevista en el art. 40.2º del Reglamento. El motivo así expuesto bastaría por sí solo para revocar la resolución recurrida toda vez que el requisito señalado no puede erigirse por sí solo en obstáculo que impida ad limine litis la admisión a trámite de la solicitud.

Procede, sin embargo, añadir a lo hasta aquí señalado que la solicitud de obtención de alimentos que aquí nos ocupa fue instada al amparo de lo dispuesto en el Convenio de Nueva York de 20 julio 1956, siendo así que dicho Convenio hace referencia, como organismos intervinientes, a una autoridad remitente correspondiente a un órgano estatal del lugar donde se encuentre el perceptor de los alimentos y a una autoridad intermediaria como órgano competente del Estado en el que reside el obligado y donde debe ejercitarse la acción de reclamación, debiendo cada parte contratante designar en el momento de depositar el instrumento de ratificación o adhesión del Convenio, las autoridades a que se hace referencia. El Estado español por su parte hizo público a través del Ministerio de Asuntos Exteriores el 2 noviembre 1971 que había designado al Ministerio de Justicia para ejercer las funciones tanto de autoridad remitente como de autoridad intermediaria, debiendo entenderse actualmente que el órgano que asume la legitimación para actuar en las solicitudes de reclamación de alimentos procedentes del extranjero es la Abogacía del Estado de conformidad con lo establecido en el art. 9 Ley 52/1997 de 27 noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado, como así se pronuncia la Instrucción 1/04 de la Fiscalía General del Estado. Es cierto no obstante que también resulta de aplicación a la presente solicitud de alimentos lo dispuesto en 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 tanto que en él se contiene detalladamente la tramitación procesal a seguir en tal caso. Pero debe recordarse que el Reglamento comunitario parte de que la legitimación para instar el reconocimiento y ejecución de la resolución extranjera corresponde directamente a los interesados, razón por la cual establece en su art. 40.2º un mecanismo dirigido a facilitar la necesaria comunicación procesal que debe existir entre el Juzgado de Primera Instancia y el solicitante que tenga su domicilio en otro Estado miembro, circunstancia que no acontece en el supuesto aquí examinado.

Además de lo antedicho cabe recordar que el ordenamiento procesal nacional contiene efectivamente una serie de particularidades cuando una de las partes litigantes lo sea la Abogacía del Estado asumiendo las funciones de representación y defensa que legalmente tiene encomendadas, y así el capítulo III de la Ley 52/1997 de 27 noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado, se ocupa de regular las especialidades procesales aplicables al Estado. Entre ellas se encuentran las especialidades en materia de notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal [...]. Teniendo presente por tanto la imposibilidad de que los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico

del Estado puedan designar un procurador o un mandatario ad litem (art. 40.2º, in fine Reglamento) que les represente al asumir aquéllos por ley la representación procesal del Estado y sus Organismos autónomos (art. 1 Ley 52/1997), así como la imposibilidad de que puedan recibir cualquier clase de actos de comunicación procesal en forma distinta a la prevista en el art. 11.1º, y teniendo asimismo presente que la razón de ser de la norma contenida en el art. 40.2º Reglamento (CE) nº 44/2001 es la de un supuesto de hecho distinto del que aquí concurre, la conclusión de todo ello habrá de ser necesariamente la de permitir de esta manera que la Abogacía del Estado pueda actuar a los efectos de representación procesal conforme los términos previstos en su normativa específica contenida en la Ley 52/1997, de 27 noviembre.

2010/7.– Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia nº 430/2010, de 23 de noviembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández. AC\2010\2347.

Uniones extramatrimoniales.– Alimentos a los hijos: procedencia.– Reclamación de cantidad por el Abogado del Estado frente al padre alimentante residente en España.– Reclamación en favor de sus descendientes, residentes en Suecia con su madre, de nacionalidad sueca.– Acción respaldada por las normas del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero.– No acreditación de situación de precariedad o insolvencia del demandado.– Determinación de la cuantía por el Juez español en base a la normativa del Estado sueco.– Ley aplicable la del domicilio de los alimentistas.– Derecho extranjero: aplicación en España: procedencia.– Acreditación de la realidad y vigencia del Derecho sueco aplicable al caso.

Normas aplicadas: Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956.

[...] Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, tal y como exponía en la Fundamentación jurídica de su demanda el Abogado del Estado, dicha entidad tiene la legitimación procesal en base al Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 (BOE, 24–XI– 1966), elaborado en el seno de las Naciones Unidas, sobre obtención de alimentos en el extranjero. Convenio en cuyo art. “1 “, relativo al “Alcance de la Convención”, se establece como finalidad la de facilitar a una persona, llamada demandante, que se encuentra en el territorio de una de las Partes Contratantes, la obtención de los alimentos que pretende tener derecho a recibir de otra persona, llamada demandado, que está sujeta a la jurisdicción de otra Parte Contratante. Explicando dicho artículo que la citada finalidad se perseguirá mediante los servicios de Organismos llamados “Autoridades Remitentes” e “Instituciones Intermediarias”, y disponiendo el art. 2.2º que, “en el momento de depositar el instrumento de ratificación o adhesión, cada Parte contratante designará un organismo Público o privado para que ejerza en su territorio las funciones de Institución Intermediaria”; aconteciendo que, según la Nota del Ministerio de Asuntos Exteriores de 2 de noviembre de 1971 (BOE, 16–XI–71), relativa a la designación de la Autoridad remitente y la Institución Intermediaria españolas a que se refiere el referido Convenio sobre la obtención de alimentos en el extranjero, el Gobierno español, conforme al art. 2º del citado Convenio de 6 de octubre de 1966 (fecha de la ratificación), designó al Ministerio de Justicia para ejercer las funciones de “Institución Intermediaria”. Por ello, habida cuenta de que la representación y defensa del Ministerio de Justicia la ostenta el Abogado del Estado de conformidad con lo dispuesto en el art. 551 LOPJ, dicho Abogado del Estado, conforme al art. 6.1º del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 y actuando dentro de las facultades que le ha conferido la parte demandante, está legitimado para adoptar todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, incluyendo el ejercicio de la correspondiente acción de alimentos, o la ejecución de la sentencia. Concretamente, según dice el referido art. 6.1º, relativo a las “Funciones de la Institución Intermediaria”: “1 . La institución intermediaria, actuando siempre dentro de las facultades que le haya conferido el demandante, tomará todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, inclusive por transacción, y podrá, en caso necesario, iniciar y proseguir una acción de alimentos y hacer ejecutar cualquier sentencia, decisión u otro acto judicial”.

Así las cosas, y tal y como sostiene la parte apelante, siendo el principio informador de este tipo de

procedimientos el interés de los menores, resulta pacífico en autos que el demandado es padre del Angustia (nacida el 11 de noviembre de 1990) y Fidel (nacido el 2 de enero de 1992), y, asimismo, tal y como se deriva de la documentación obrante en autos –no impugnada por la parte demandada– y de la propia sentencia de instancia, el demandado no paga cantidad alguna en concepto de alimentos. Es decir, según se desprende de los autos, los menores no recibieron atención económica alguna por parte de su padre, pese a la obligación de éste de responder con arreglo al art. 143 Cc y en base al principio de proporcionalidad del art. 146 de dicho texto legal; derivándose del expediente extrajudicial previo una comparecencia del hoy demandado, de fecha 14 de abril del 2004, en la cual afirma que la madre, (...), no precisa de ninguna ayuda económica para mantener a los dos hijos, y que el compareciente: “...en caso de necesidad haría lo que fuera para que sus hijos pudieran subsistir, pero este no es el caso, puesto que viven en la actualidad muy bien a nivel económico, de lo que se ha cerciorado el compareciente cuando ha viajado a Suecia.”; afirmación ésta que no resulta de recibo, dado que sus obligaciones alimenticias para con sus hijos resultan legalmente inaplazables, especialmente no acreditando en autos situación de precariedad o insolvencia. [...]

NOTA

1. Dentro de unos años, quizás acabemos añorando sentencias y casos como el presente, en los que se aplica una normativa de DIPr en materia de alimentos relativamente sencilla y clara, virtudes estas que, con la entrada en vigor de las normas comunitarias y convencionales de última generación, se dan por amortizadas, transformando las obligaciones alimenticias en un tema enrevesado y, a la postre, disuasorio para el ejercicio por las partes afectadas de sus derechos (*vid. infra*, nº 3). Pero vayamos por partes y no adelantemos conclusiones.

El caso resuelto en la sentencia de la AP era el de una demanda de alimentos instada por la madre, de nacionalidad sueca y residente en ese país, contra el padre de sus hijos, un español domiciliado en España, que nacieron, en expresión de la Audiencia, de una “convivencia *more uxorio*” los años 1990 y 1992. La reclamación ya venía de atrás, pues de la sentencia se desprende que en septiembre de 2002 (de nuevo nos encontramos con la exasperante lentitud de la Justicia), la Caja de la Seguridad Social de Suecia remitió al Ministerio de Justicia español una solicitud en la que le instaba a obtener judicialmente la pensión alimenticia correspondiente –la solicitud se realizó al amparo del Convenio de Nueva York de 1956 sobre la obtención de alimentos en el extranjero (CNY), en el que el Ministerio de Justicia actúa como “Autoridad Remitente” y como “Institución Intermediaria”, según su papel se centre bien en transmitir a las Instituciones Intermediarias de otro Estado parte la solicitud del demandante de alimentos bien en tomar las medidas apropiadas para obtener el pago, respectivamente [la designación se realizó mediante Nota de 2 de noviembre de 1971 (BOE, 16–XI–71)]–. En el año 2007, la Abogacía del Estado requirió al padre el pago de la deuda pendiente en concepto de alimentos desde el año 2002 (2.826 coronas suecas mensuales, lo que equivale a unos 315 euros). Tras hacer oídos sordos al requerimiento, que era lo que tenía por costumbre hacer, pues hasta ese momento, y a pesar de la edad de sus vástagos, el padre no había subvenido en ningún momento a sus necesidades, el Abogado del Estado reclamó judicialmente contra el alimentante, dictando el JPI de Palma de Mallorca sentencia en contra de la reclamación en febrero de 2010. Apelada, la resolución fue revocada parcialmente por la AP en la sentencia objeto de este comentario.

2. Varias son las cuestiones que aborda la Audiencia. La primera es la *legitimación procesal del Abogado del Estado* para actuar en el proceso sobre alimentos. Recordemos que la reclamación se efectúa en el marco del CNY, que es un instrumento internacional de colaboración entre autoridades centrales que busca facilitar la obtención de alimentos entre personas que se “encuentran” en Estados parte diferentes, sin que sea preciso el desplazamiento del acreedor al país en el que se halla el deudor. El mecanismo de funcionamiento es sencillo: el acreedor de alimentos dirige su petición a la Autoridad Remitente del Estado en el que se encuentra, quien, después de comprobar que en la petición concurren una serie de requisitos y que se han aportado los documentos pertinentes para la reclamación, transmite la documentación a la Institución Intermediaria del Estado del demandado, que pasará a actuar en nom-

bre del acreedor. La Institución Intermediaria es la encargada de tomar las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, bien por transacción bien reclamando judicialmente y ejecutando, en su caso, la resolución judicial obtenida (art. 6.1º). Hemos visto que, en este caso, la Institución Intermediaria española era el Ministerio de Justicia, en concreto, su Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones (art. 6.1º a RD 1203/2010, de 24 de septiembre). La representación y defensa en juicio del Ministerio de Justicia corresponde a la Abogacía General del Estado–Dirección del Servicio Jurídico del Estado (art. 551.1º LOPJ, art. 10.1º.b RD 1203/2010 y art. 1.3º.e del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado). Así pues, el Abogado del Estado estaba, y está, legitimado para actuar en nombre del acreedor de alimentos en el marco del CNY.

Relacionada con la anterior, se planteaba también la cuestión de si *la madre carecía de legitimación activa* en el proceso sobre alimentos, porque, según la sentencia de primera instancia, la Caja de la Seguridad Social de Suecia le había realizado pagos en concepto de alimentos de los hijos, en cuyo caso sería el organismo público sueco (y no la madre) el legitimado para repetir contra el padre las cantidades pagadas, lo que debería haberse hecho mediante una acción distinta a la ejercitada. A todo ello, la AP contrapone la falta de acreditación de los pagos realizados por la Caja de la Seguridad Social de Suecia, recordando además que tanto la madre como el organismo sueco firmaron la demanda, ejercitada por el Abogado del Estado al amparo del CNY.

La *determinación de la cuantía de la pensión alimenticia* es objeto también de examen. Si bien reconoce el Tribunal que la cantidad total reclamada es conforme a la documentación aportada y al tiempo transcurrido desde la reclamación inicial, no habiendo sido, además, cuestionada por el demandado, considera finalmente que debe moderarla. Al ser el *quantum* una cuestión que se rige por la ley aplicable a la obligación, el tribunal toca muy tangencialmente este último tema. No es ésta una cuestión que tenga un tratamiento fácil en las normas de origen convencional. Así, el art. 6.3º CNY se limita a establecer, de forma muy imprecisa, que, salvo lo dispuesto en su propio articulado, “la Ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de la misma será la Ley del Estado del demandado, inclusive el Derecho internacional privado de ese Estado”. El Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, del que España es parte, no contempla específicamente su colisión con el CNY, por lo que debe acudir a la regla general, según la cual el texto convencional de 1973 no afectará a los convenios de los que un Estado contratante sea o llegare a ser parte en materias coincidentes (art. 19 Convenio de 1973). Por tanto, en principio, parece aplicable la norma de conflicto del art. 6 CNY. Ahora bien, la remisión que este último precepto realiza al DIPr del Estado del demandado –en nuestro caso, España– incluiría las normas de conflicto del Convenio de La Haya de 1973, por lo que este último texto acabará aplicándose, aunque sea a través de una vía tan tortuosa. Precisamente, y por razones temporales, el Convenio de 1973 es el que en nuestro caso determinaría el ordenamiento sueco como ley aplicable al *quantum* de la obligación alimenticia reclamada (art. 4, p. 1º, e.r. con art. 10.1º) (*vid. Rapport explicatif de M. Michel Verwilghen*, n.ºs 171, 172 y 181). La AP no pierde ni tiempo ni tinta en este tema, afirmando escuetamente que la determinación de la cuantía de la obligación es conforme a las normas suecas, “país cuya normativa resulta ser la Ley aplicable al caso al ser la del domicilio de los alimentistas”, lo que, sin mayores argumentos, deduce del Convenio de La Haya de 1973, del Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, así como del art. 9.7º Cc. Si bien, como he dicho antes, la primera remisión es correcta, las dos restantes causan sorpresa. El Protocolo de 2007 todavía no había entrado en vigor –es más, en el caso en cuestión y según este texto, era dudosa la aplicación de la ley sueca a la obligación alimenticia, pues su art. 4.3º permitiría la aplicación de la ley española, en calidad de *lex fori*, a la determinación del *quantum* (art. 4.3º e.r. con art. 11.c) (*vid. igualmente Explanatory Report drawn up by Andrea Bonomi*, n.ºs 64 ss, 169 y 170)–. Otro tanto puede afirmarse del art. 9.7º Cc, que fue inaplicado por el Convenio de La Haya de 1973, debido al carácter universal de este último. A pesar de la breve referencia al Derecho sueco como ley aplicable a la cuantía de la pensión, la AP acaba por modificar a la baja la cantidad reclamada de conformidad con la *lex causae*. Lo llamativo del tema es que, si bien el art. 11, p. 2º, del Convenio de 1973 prevé que el tribunal pueda establecer el montante de la prestación en atención a las necesidades del acreedor y a los recursos del deudor (igualmente art. 14 del protocolo de 2007), la Au-

diencia basa exclusivamente su facultad moderadora en un certificado emitido por la Autoridad sueca en el que afirma que la pensión se fija en función de la capacidad de pago de los padres y de las necesidades de los hijos.

En la medida que la determinación del *quantum* de la pensión se realiza de conformidad con el ordenamiento sueco, el Tribunal aborda muy de pasada la cuestión de la prueba de la *lex causae*. En la primera instancia se aportó un certificado emitido por la “Autoridad Sueca” –parece que se está haciendo referencia a lo que el CNY denomina “Autoridad Remitente”– en el que se detallan las líneas generales de las pensiones alimenticias en ese ordenamiento jurídico (determinación de la cuantía e intervención de los organismos públicos). Con ese certificado, y su falta de impugnación por la parte demandada, la AP se considera suficientemente informada. No hay duda que el Derecho sueco debe ser probado (art. 281.2º LEC), ahora bien, al tratarse de uno de los procedimientos especiales contenidos en el Título I del Libro IV de la LEC (art. 748), la eventual inactividad probatoria de las partes –si éste hubiese sido el caso– podría haberse suplido de oficio por el propio órgano jurisdiccional (art. 752.1º LEC) (sobre el tema *vid.* F. Garau, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Palma de Mallorca, 2008, pp. 95 y 96).

Finalmente, hay que recordar que la resolución de la AP, reconociendo una pensión alimenticia a favor de los demandantes, solamente tiene efectos sobre este extremo y no sobre la relación de parentesco entre alimentante y alimentistas (art. 2.2º Convenio de 1973). Cuando tanto la sentencia de instancia como la de apelación dan por probado que el demandado es padre de los menores acreedores de los alimentos, está admitiendo únicamente a título *prejudicial* la relación entre ellos. Precisamente, el carácter prejudicial del pronunciamiento tiene como consecuencia que no se le extiende el efecto de cosa juzgada material, pudiendo, en caso de duda y si no se ha zanjado judicialmente el tema a título principal, discutirse en un nuevo proceso independiente.

3. No es éste el foro, ni tampoco el momento, para abordar en profundidad la complejísima situación en la que ha quedado el tema de las fuentes en materia de obligaciones alimenticias tras la aprobación del Reglamento (CE) nº 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Me limitaré, por tanto, a describir el complicado panorama normativo resultante de la entrada en vigor de este texto de la UE.

La práctica totalidad de los preceptos del Reglamento nº 4/2009 se aplican a partir del 18 de junio de 2011, siempre y cuando el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (“Protocolo de 2007”), que es la norma a la que se remite el Reglamento para determinar la ley aplicable, “sea aplicable en la Comunidad en esa fecha”. La UE firmó en nombre de la Unión (excepto de Dinamarca y del Reino Unido) el Protocolo de 2007 en el mes de abril de 2010, declarando que lo aplicaría provisionalmente desde el 18 de junio de 2011 (momento de la entrada en vigor del Reglamento 4/2009), incluso si el Protocolo no hubiera entrado en vigor en esa fecha –en junio de 2010 todavía no lo ha hecho, pues solamente ha sido ratificado por la EU– [*vid.* Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009 (DO L331 de 16.12.2009, p. 17)]. En definitiva, la UE aplica provisionalmente una norma que todavía no ha entrado en vigor, y ello para aplicar una norma propia, el Reglamento 4/2009. En relación con su ámbito territorial, el Reglamento 4/2009 se aplica en todos los Estados miembros de la UE (art. 1.2º) –incluidos Reino Unido, Irlanda y Dinamarca–: sus normas sobre competencia internacional hacen lo propio en relación con los tribunales (y autoridades) de los Estados miembros; la ley aplicable se determina en relación con los ordenamientos de los Estados miembros; las normas sobre reconocimiento, declaración de ejecutividad y ejecución forzosa se refieren a resoluciones judiciales, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva provenientes de Estados miembros que quieren ser ejecutados en otro Estado miembro; finalmente, la cooperación administrativa es entre autoridades de los distintos Estados miembros. Ahora bien, determinados aspectos de las obligaciones alimenticias relacionados con países no miembros de la Unión se regirán por el Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia (“Convenio de La Haya de 2007”), texto convencional que todavía no está en vigor y que establece un sistema de cooperación entre autoridades que intenta favorecer la obtención de

decisiones en materia de alimentos, para, posteriormente, garantizar su reconocimiento y declaración de ejecutividad.

Las cuestiones de *competencia judicial internacional* se determinarán a través del capítulo II del Reglamento 4/2009, que sustituye a las disposiciones del Reglamento Bruselas I (art. 68.1º).

En el plano de la *determinación de la ley aplicable*, el Reglamento 4/2009 establece que la ley aplicable a las obligaciones alimenticias se determinará de acuerdo con el Protocolo de 2007, siempre que se trate de Estados miembros que estén vinculados por este instrumento (art. 15) –los Estados miembros que no sean parte en el Protocolo (Reino Unido y Dinamarca) continuarán aplicando sus normas de conflicto, de origen interno o convencional, en materia de alimentos–. El Protocolo de 2007 tiene carácter universal (art. 2), por lo que el art. 9.7º Cc queda de nuevo totalmente desplazado. Ahora bien, el Protocolo de 2007 sustituye entre Estados contratantes al Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias y al Convenio de La Haya de 1956 sobre obligaciones alimenticias respecto a menores (art. 18 del Protocolo) –por su parte, el Convenio de 1973 sustituye entre Estados contratantes al Convenio de 1956 (art. 18)–. De este modo, España podrá continuar aplicando los Convenios de 1973 y de 1956 en sus relaciones con aquellos países que no hayan ratificado el Protocolo de 2007 (o con aquellos que ratificaron el Convenio de 1956 pero no el de 1973). Por si este lío de fuentes fuera poco, hay que tener en cuenta que nuestro país también es parte en el Convenio bilateral con Uruguay de 1987 sobre conflicto de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos. Ahora bien, España y Uruguay son parte en el Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, y el art. 19 de este texto convencional permite que los Estados contratante puedan concluir convenios en materia de obligaciones alimenticias. Igualmente, el art. 19 del Protocolo de 2007 permite su coexistencia con otros textos convencionales en los que los Estados contratantes sean o lleguen a ser partes.

Por lo que se refiere al *reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones en materia de obligaciones alimenticias*, hay que mencionar, en primer lugar y a pesar de que por su especial objetivo y finalidad no acaba de encajar totalmente en este grupo de cuestiones, el ya citado Convenio de Nueva York de 1956. Como hemos visto (*supra*, nº 2), es un instrumento internacional de colaboración entre autoridades centrales para facilitar la obtención de alimentos, abarcando la realización de cualquier trámite jurisdiccional para su consecución. Con la entrada en vigor, cuando ello se produzca, del Convenio de La Haya de 2007, se producirá la sustitución entre Estados parte del CNY por este nuevo texto convencional (art. 49). Ahora bien, la norma fundamental en esta materia es el Reglamento 4/2009, cuyos capítulos IV y VI se ocupan del reconocimiento, declaración de ejecutividad y ejecución en Estados miembros de la UE de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva de otro Estado miembro. El Reglamento prevé un procedimiento para las resoluciones, transacciones o documentos provenientes de Estados miembros vinculados por el Protocolo de 2007 (arts. 17 a 22 y 39 a 43) y otro distinto para cuando provengan de Estados miembros no vinculados por el Protocolo (Reino Unido y Dinamarca) (arts. 23 a 43). Por su parte, el Convenio de La Haya de 2007, que contiene disposiciones sobre el reconocimiento y la declaración de ejecutividad de resoluciones sobre alimentos, será aplicable en las relaciones entre Estados miembros de la UE y países no miembros que hayan ratificado el Convenio. España es parte también en el Convenio de La Haya de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores, así como en el Convenio de La Haya de 1973 referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias. Ahora bien, la aplicación de estos dos textos convencionales es poco relevante, puesto que el Convenio de 1958 es sustituido entre Estados parte por el Convenio de 1973 (art. 29), y este último queda desplazado entre los Estados miembros de la UE por el Reglamento 4/2009 (art. 69.2º) y en las relaciones entre Estados miembros y terceros países por el Convenio de La Haya de 2007 (art. 48). Por otro lado, las normas sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad del RB I y, en algunos casos, las del Reglamento 805/2004 (Reglamento sobre el Título Ejecutivo Europeo) no se aplican a las obligaciones alimenticias, al quedar sustituidas por las disposiciones del Reglamento 4/2009 (art. 68). En este ámbito, hay que recordar que España también es parte en el ya citado Convenio bilateral con Uruguay, que incluye el reconocimiento y ejecución de decisiones y tran-

sacciones sobre alimentos, que, de conformidad con su art. 9, se atenderá al Convenio de Cooperación jurídica de 1987 entre España y Uruguay (en vigor desde el 30 de abril de 1998). En relación con estas dos últimas normas, tanto el Convenio de La Haya de 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre obligaciones alimenticias (art. 23) como el Convenio de La Haya de 2007 (art. 51) permiten su coexistencia con otros textos convencionales en los que los Estados contratantes sean o lleguen a ser parte. Cabe tener igualmente presente, aunque sea a título meramente anecdótico, el Tratado bilateral de 1988 entre España y la República Democrática Alemana sobre asistencia judicial en materia civil, que contiene un capítulo dedicado al reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre alimentos – aunque este texto se considera extinguido con el establecimiento de la unidad de Alemania en 1990, es aplicable a las resoluciones judiciales adoptadas por tribunales o autoridades de la antigua R.D. Alemana con anterioridad a dicho momento–. Finalmente, en relación con los textos convencionales celebrados entre Estados miembros y terceros países, el Reglamento 4/2009 permite que continúen aplicándose (art. 69) –este sería el caso del Convenio de La Haya de 2007–. Ahora bien, de acuerdo con el Reglamento (CE) n° 664/2009 del Consejo, de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos, la UE debe autorizar expresamente a los Estados miembros la modificación de un acuerdo ya existente, así como la negociación y celebración de nuevos acuerdos con terceros países.

4. Como puede verse, los últimos párrafos presentan un panorama pavoroso. Multitud de normas comunitarias y de convenios internacionales, bilaterales y multilaterales, colisionando entre sí. La determinación de la norma finalmente aplicable exige la superación de un máster especializado. Por esta razón, al principio de este comentario indicaba la previsible añoranza que en poco tiempo tendremos de épocas pasadas en las que existían menos normas y más simples. Lamentablemente, y visto el panorama de fuentes, parece que las obligaciones alimenticias han pasado de ser una materia que afectaba a personas con necesidades económicas a convertirse en una especialidad para gentes con cierto poder económico, pues pocos podrán pagarse los especialistas que puedan asesorarles correctamente y con ciertas posibilidades de éxito. Esto me lleva a una reflexión de mayor calado: la UE debe revisar su política legislativa en materia de DIPr, si no quiere acabar convirtiéndola (¿a pesar de sus creadores?) en un DIPr de especialistas y *friquis*, con una legislación elaborada por y para la autocomplacencia de una minoría, con normas esotéricas, alejadas completamente de la realidad social y respecto de las cuales los Tribunales son incapaces de interpretarlas, cuando no de determinarlas y aplicarlas.

Federico F. GARAU SOBRINO

Catedrático Derecho internacional privado
Universidad de las Islas Baleares

MODIFICACIÓN EN ESPAÑA DE MEDIDAS RELATIVAS A OBLIGACIONES ALIMENTICIAS

2010/8.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda, Auto n° 64/2010, de 26 de febrero de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés. JUR/2010/166579.

Espacio Judicial Europeo.– Modificación de medidas relativas a obligaciones alimenticias.– Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles: improcedencia.– Competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado de la residencia habitual del menor en el momento de la presentación de la demanda.

Normas aplicadas: Art. 8 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° 1347/2000, de 27 de noviembre de 2003.

La cuestión que hay que dilucidar es si el Juzgado de Primera Instancia nº 80 tiene jurisdicción para conocer la demanda de modificación de medidas interpuesta por la representación de Don Anton el día 24 de junio de 2009 en la que se pide lo siguiente: a) una suspensión temporal del pago de alimentos por imposibilidad sobrevenida comprometiéndose a su abono con cargo a su parte en los bienes gananciales. b) y subsidiariamente reducir la pensión de alimentos a la cantidad de 30 Euros que equivaldría al 20% de los ingresos percibidos por el Sr. Anton y sucesivamente ir incrementando dicho porcentaje una vez que vaya a mejor fortuna. c) a elección de la demandada, proceder al cálculo de los meses desde la edad actual de su hija hasta que cumpla los 24 años y con el importe total de esa cantidad proceder al reconocimiento de deuda con la posterior liquidación de los bienes gananciales. Se trata con esta demanda de modificar la estipulación cuarta del convenio de 10 de julio de 2008 aprobado por la sentencia de 16 de septiembre del mismo año, en cuya estipulación cuarta se establece una pensión alimenticia de 200 euros mensuales actualizables con cargo al antedicho y a favor de la hija Joaquina . Hay que partir de que la demandada y la hija residen en el que constituyó domicilio conyugal sito en Mainz (Alemania).

La parte apelante esgrime en apoyo de su pretensión revocatoria los arts. 61, 769 y 775 LEC, pero la solución viene dada por el art. 8 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo que establece 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 el órgano jurisdiccional. La hija del matrimonio Joaquina en el momento de interponerse la demanda que ha dado lugar a la resolución que nos ocupa residía habitualmente en Mainz (Alemania), tal como se desprende de la estipulación segunda del convenio citado en relación con el domicilio de la demandada designado al principio de la demanda, por lo que de conformidad con el artículo mencionado la competencia para conocer de la demanda la tiene el órgano jurisdiccional que corresponda a Mainz (Alemania). También se llega a la misma conclusión si aplicamos los criterios contenidos en los aps. a) y b) del art. 3 Reglamento nº 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 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, cuya aplicación se iniciará, en general, a partir de 18 de junio de 2011 (art. 76). Efectivamente el art. 3 en su apartado a establece que serán competentes para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual y el apartado b atribuye la competencia al órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual.

Obs.: Vid. nota de V. Andreeva Andreeva, REDI 2010–9–Pr.

2010/9.– Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Auto nº 227/2010, de 15 de junio de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Mª Pilar Manzana Laguarda. JUR/2010/312733.

Competencia de los tribunales españoles: Improcedencia.– Acción de modificación de medidas para extinguir la pensión alimenticia: deudor con domicilio en España.– Madre e hija para la que se reclaman alimentos con domicilio en Austria.– Reglamento (CE) nº 44/2001: competencia de los tribunales del país de las demandadas y acreedoras.

Normas aplicadas: Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956; art. 5.2º 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] Las sentencias sobre alimentos suelen ser modificable, más para determinar la competencia de los Tribunales se han forjado dos tesis: a) considerar competente al tribunal que dictó la primera sentencia y a cualquier otro que en el momento de la demanda de modificación sea competente conforme al art. 5.2º Reglamento nº 44/2000 (sic), y b) considerar exclusivamente competentes a los tribunales a los que en el momento presente el Reglamento (CE) nº 44/2001 otorgue competencia judicial internacional. Esta segunda postura es preferida desde el momento en que el Reglamento no permite

“conservar” la competencia judicial internacional al Tribunal que dictó la sentencia que ahora se pretende modificar si el art. 5.2º Reglamento o cualquier otro no otorga competencia a dicho Tribunal.

En consecuencia, y optando por esta última postura habrá de verse que Tribunal resulta competente para conocer de la demanda de modificación de alimentos como si de reclamación se tratara, y ello conforme al Reglamento (CE) nº 44/2001. Del mismo resultan competentes los siguientes Tribunales: 1) los del Estado miembro elegidos por las partes de forma expresa o tácita (art. 23 y 24 del Reglamento), 2) los tribunales del estado miembro en el que el demandado tiene su domicilio (art. 2); 3) los tribunales del estado miembro donde tiene su domicilio o residencia habitual el acreedor de alimentos (art. 5.2.1).

Solicitándose la extinción de la pensión alimenticia el fuero determinante es cualquiera de estos dos últimos, en la medida en que se corresponden con la posición de demandado de la hija y madre, y a su vez con el de acreedoras de los alimentos establecidos en su día. Este fuero, contenido en el art. 5.2º del Reglamento potencia la posición jurídica del acreedor de los alimentos, persona más necesitada de la tutela jurídica, y determina la competencia internacional para su extinción, y siendo así que ninguna de ellas tiene su domicilio en España, la demanda no puede ser admitida.

ARBITRAJE

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

2010/10.– Juzgado de Primera Instancia nº 86 de Madrid, Auto 993/09, de 10 de diciembre de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Pérez Echenique.

Laudo arbitral pronunciado en el extranjero.– Reconocimiento y ejecución en España.– Laudo pronunciado por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.– Laudo pronunciado con todos los requisitos y garantías procesales.– Distinción entre reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.– Execuátur: si.

Normas aplicadas: Arts. IV y V Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958

[...] Por lo que se refiere a las causas de oposición deducidas al amparo del arto V del citado Convenio Internacional, referentes a la falta de notificación de la designación de arbitro, su aceptación, procedimiento arbitral, englobadas algunas de ellas además en el orden público español, controlable, este sí, de oficio, debe señalarse que, como antes se hizo referencia, el 19 de septiembre de 2006 el letrado de la demandada presentó un escrito ante la Cámara de Comercio de París solicitando se ampliara hasta el 19 de septiembre de 2006 el plazo de presentación del escrito de respuesta, escrito en el que se hacía constar que su cliente, (la hoy demandada) no hacía objeción alguna a que la resolución de la controversia se encomendara a un único árbitro, y el 5 de septiembre de 2006 llegó a comunicarse al letrado el nombramiento del arbitro, y si bien el 8 de septiembre de 2006, el letrado Sr. Van Oijen, comunicó a la Cámara que dejaba de representar a ICT, SA., esta sociedad no mostró ningún interés por el desarrollo del procedimiento, cuya existencia conocía perfectamente, teniendo que realizarse todos los actos de comunicación a partir de entonces al domicilio de la sociedad, a través del fax, por correo y mensajería, domicilio que como social consta en el Registro Mercantil de calle Orense nº 24–26 de Madrid, incluso comunicándole el laudo recaído en el domicilio social el 19 de diciembre de 2007, y enviándose por el letrado de la hoy demandante copia al Director General de dicha Sociedad D. Ángel Migallón González en su domicilio particular, en calle Sor Ángela de la Cruz nº 8 de Madrid, domicilio en el que ha sido efectivamente emplazado el día 10 de septiembre de 2008 la sociedad en este procedimiento a través de la persona del citado Sr. Migallón, ello sin olvidar que le correspondía la carga de probar en este proceso que los número de fax no eran los suyos, indicando los que les co-

rrespondían, no bastando la mera alegación de desconocerlos, constando en definitiva que la demandada tuvo conocimiento del procedimiento, designación de arbitro y resolución recaída, y de todas y cada una de las fases de aquel, pudiendo hacer valer sus medios de defensa, teniendo la posibilidad de ello, no haciendo objeción en el curso del procedimiento arbitral a la designación del arbitro, incluso mostró conformidad, ni puso en conocimiento de este cualquier infracción de normas de tramitación, ni recurrió su sentencia arbitral o laudo, es por todo ello que no cabe apreciar vulneración alguna del derecho de defensa, y no es difícil deducir que fue voluntaria su falta de intervención, y sin dejar de señalarse que habiéndose alegado por la demandada motivos de oposición al amparo del art. V del Convenio de Nueva York, ninguna norma constitucional ni procesal se infringe, sino que por el contrario se respetan, por el hecho de que la contraparte (solicitante del executur) efectuara alegaciones respecto de ellos y presentase documentos, que salvo si fueren los del art. IV, deberán tenerse en cuenta al dictar esta resolución, que por todo lo expuesto no puede ser sino reconocedora de la Sentencia Arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, cuya homologación o executur se postula, debiendo tener por ello plena eficacia en España, y constituir título ejecutivo junto con esta resolución que la homologa, único alcance que puede tener la misma, pues su finalidad, conforme al Convenio de Nueva York, y arts. 85 LOPJ y 955 a 958 LEC/1981 es constituir título ejecutivo, y a partir del mismo poderse promover por el solicitante el proceso de ejecución, por medio de la correspondiente demanda ejecutiva y ante el órgano competente, que será el Juzgado de la Instancia que por reparto corresponda, o incluso este mismo por antecedentes si así lo estima el Decanato y normas de reparto, pero en todo caso con demanda ejecutiva, no existiendo hasta esta resolución estimatoria título que ejecutar, ejecución que se llevará a cabo conforme a las disposiciones de la LEC/2000 (art. 523 LEC/2000), es decir, ejercitando la acción ejecutiva mediante la correspondiente demanda; si bien pretendiéndose por la demandante, en el mismo escrito, el reconocimiento y la ejecución del laudo, a lo que se ha opuesto la demandada, parece prudente conceder contra esta resolución el recurso de apelación, no obstante establecer el art. 956 LEC/1981 que contra el auto de homologación no cabe recurso alguno.

[ALLIED DATA TECHNOLOGIES B.V. / IBÉRICA DE CONTROL Y TELEFONÍA, S.A.]

2010/11.– Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Primera, Auto nº 88/2010, de 8 de octubre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio San Millán Martín. JUR/2011\43317.

Laudo arbitral pronunciado en el extranjero.– Reconocimiento y ejecución en España.– Laudo pronunciado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.– Laudo pronunciado con todos los requisitos y garantías procesales.– Executur: si.

Normas aplicadas: Art. V Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958.

[...] En el caso de autos se trata de la resolución dictada en instancia para reconocimiento de eficacia, ejecutoriedad (executur), homologación de un Laudo Arbitral, dictado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo de fecha de 8 de diciembre de 2008, cuyo Auto otorgando la ejecución solicitada, es el objeto del presente recurso, solo puede limitarse al estudio y consideración de las formalidades y autenticidad del laudo dictado para dotarle de la eficacia en la Jurisdicción española, sin poder reexaminar las cuestiones de fondo tratadas y resueltas en referido Laudo arbitral, las que, en su caso, deberían haber sido objeto del correspondiente recurso, frente al propio Laudo. Por lo que, debe en primer lugar establecerse es la delimitación y alcance de la propia resolución impugnada, que no puede ser otra que la de la consideración del examen sobre el cumplimiento de las formalidades legales de la solicitud presentada, con su documentación adjunta, para permitir la entrada a la Jurisdicción española de una Resolución, laudo extranjero sobre cuya ejecución forzosa se pretende realizar en España, lejos de toda consideración y Resolución de los motivos de oposición de fondo que debieron ser propuestos, en su caso, en curso del procedimiento de

arbitraje llevado a cabo, en su caso, cuando se articule la oposición a la ejecución forzosa ya en sede de la Jurisdicción española. No cabe duda que la resolución impugnada, bien que de forma sucinta, casi tácitamente, resuelve la solicitud planteada, dando curso a la ejecución del laudo y rechazando las causas de oposición de esta parte apelante.

Causas de oposición que en este momento procesal, no pueden ser otras que las que se regulan en la legislación aplicable al caso, Ley de Arbitraje, art. 46, que remite a su vez al Convenio de New York de 1958, en cuyo art. V, se describen las solas causas para oponerse a la ejecutabilidad de un laudo dictado en País extranjero, en este caso, dictado en Suecia. Causas basadas en la falta de posibilidad de que el conflicto sea susceptible de arbitraje, que la ejecución sea contraria al “orden público”, incapacidad de las partes, invalidez del contrato, falta de notificación e intervención de la parte en el procedimiento arbitral, que la Sentencia sobrepase el objeto del compromiso suscrito, falta de sujeción del procedimiento arbitral al acuerdo de las partes o Ley aplicable, falta de firmeza o ejecutoriedad de la Sentencia... Parece claro que el recurso no se ajusta a las causas anteriormente descritas, de carácter taxativas, sino que insiste en sus argumentos sobre falta de sumisión a arbitraje cuestionando el documento suscrito (incluso su firma) de compromiso a arbitraje, cuestionando toda voluntariedad de esa parte al procedimiento arbitral, cuestionando toda intervención en el procedimiento arbitral, cuestionando la notificación del laudo arbitral,...

El Laudo, de incuestionable aplicación y ejecutoriedad para con esa parte apelante, ha sido dictado con todas las garantías y requisitos legales, como claramente puede desprenderse de la exhaustiva documentación aportada, de la que destacan por su importancia y por su contundencia, el contrato del “Convenio Arbitral” de 17 de junio de 2008, documento 5, por el que ambas partes se comprometen a la resolución de sus débitos contractuales, al laudo arbitral, por más que se cuestione ahora sin fundamento ni prueba alguna (el propio informe pericial caligráfico aportado al efecto abona la autenticidad de las firmas) la autoría de la firma de la apelante, el documento de reconocimiento de deuda y de comienzo o opuesta en marcha del arbitraje para la solución del conflicto, documento 9, y el documento 10, de fecha de 10 de octubre de 2008, que es una carta del abogado de la entidad solicitante a la apelante que ilustra sobre el conocimiento de esa parte del procedimiento arbitral abierto. Amén de otros tantos documentos que evidencian la intervención y conocimiento (incluso conformidad) de todo el proceso arbitral seguido, por más que ahora se pretenda amparar su oposición en una supuesta ausencia y desconocimiento del proceso seguido (incluida la notificación del laudo).

[ABONOS Y CEREALES GAVILAN, S.A. / FABRICA DE FERTILIZANTES MINERALES
DEL COMBINADO QUÍMICO DE KIROVO-CHEPETSK, S.A.]

ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES *INAUDITA PARTE* DURANTE LA TRAMITACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL

2010/12.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, nº 55/2010, de 4 de marzo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Lluís Forgas Folch. JUR\2010\278073.

Arbitraje comercial internacional.— **Medidas cautelares *inaudita parte*:** competencia judicial.— **Adopción de medidas cautelares durante la tramitación de un procedimiento arbitral.**— **Procedencia.**— **Existencia de convenio arbitral.**— **Posibilidad para las partes de solicitar de un juez la adopción de medidas cautelares.**

Normas aplicadas: Arts. 1.1º, 8.3º, 11.3º LA; art. 6.4º Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961.º

[...] Insiste la parte apelante en argüir la falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Mollet del Valles al no ser el Tribunal competente para el conocimiento del pleito principal. La Exposición de Motivos de la vigente Ley de Arbitraje (LA), despeja “cualquier duda que pudiese subsistir acerca de la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una

controversia sometida a arbitraje, aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado”. El art. 11.3º LA prevé que el convenio arbitral no impide a alguna de las partes solicitar de un Juez la adopción de medidas cautelares con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación. Tanto el art. 8.3º como el 11.3º LA resultan expresamente mencionados en el art. 1.2º LA, esto es, como normas también aplicables a los arbitrajes sustanciados fuera de España. De ahí se infiere la competencia de los Tribunales españoles para adoptar medidas cautelares a sustanciar (o sustanciándose) en el extranjero. Lo anterior se coherente plenamente lo establecido en el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional (del que España es parte) en cuyo art. 6.4º señala que “Si una de las partes solicitare medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad a una autoridad judicial, no deberá por ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, ni como sometimiento del asunto al tribunal para que este resuelva en cuanto al fondo”. A la luz de todo lo anterior debe interpretarse el art. 722.2º LEC (el cual debe ser completado por lo establecido en el art. 730.3º LEC) en el sentido de posibilitar la adopción de medidas cautelares por parte de un tribunal español aun cuando el arbitraje deba sustanciarse en el extranjero, máxime si se advierte que la LA es una norma posterior que, sin entrar en contradicción con aquel precepto de la LEC, viene a regular específicamente la cuestión pues, en su Exposición de Motivos, tras optar por la regulación monista del arbitraje (art 1.1º LA), señala que “No obstante hay determinados preceptos, relativos a ciertos casos de intervención judicial, que deben aplicarse también a aquellos arbitrajes que se desarrollen en el extranjero. El criterio, en todo caso, es también territorial, puesto que se trata de normas procesales que han de ser aplicadas por nuestros tribunales”.

Establecida la competencia de los Tribunales españoles para el conocimiento de la tal clase de medidas, en sede de competencia territorial, debe señalarse que será competente el Tribunal del lugar donde el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo que se establece en el art. 724 LEC. Uno de los lugares donde la medida cautelar podía producir eficacia era en el circuito de Montmeló, lugar donde se iba a celebrar una de las carreras que conformaban el contenido de las prestaciones del contrato. Es por ello por lo que los Juzgados de Mollet del Vallés, en cuyo partido judicial se halla el circuito de Montmeló –sede la carrera para la que se pedían las medidas cautelares, el Gran Premio de España de GP2 a celebrar los días 26 y 27 de abril de 2008– resultan ser competentes territorialmente. [...]

[FISICHELA MOTOR SPORT INTERNATIONAL, SPA]

DECLINATORIA INTERNACIONAL: INEFICACIA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y PAPEL DEL LOCUS EXECUTIONIS

2010/13.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Cuarta, Auto nº 172/2010, de 14 de septiembre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Mireia Ríos Enrich JUR\2010\38704.

Sumisión a arbitraje: improcedencia.– Excepción de sumisión expresa a arbitraje internacional privado: improcedencia.– Cláusula de acuerdo de distribución dónde se pacta sumisión a la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París.– Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París vigente a la fecha de presentación de la demanda: exigencia que una de las partes sea de nacionalidad francesa.– Declinatoria: procedencia.– Competencia de los Juzgado de Florencia: Art. 5 Reglamento (CE) nº 44/2001.– Lugar de cumplimiento de la obligación: lugar de entrega de las mercancías.

Normas aplicadas: Art. 5 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, de 22 de diciembre de 2000; Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980.

[...] no se cuestiona que se pactó la sumisión a arbitraje, sino que se trata de determinar, en el

presente recurso, si sería de aplicación el Reglamento de la Cámara de Comercio de París, vigente en el momento de presentar la demanda, documento 38 de la demanda, o el Reglamento de la Cámara de Comercio de París, de fecha 14 de junio de 2005, aportado por la parte demandada, como documento nº 1 con su escrito planteando cuestión de competencia internacional por declinatoria (...).

Según este último Reglamento, que deroga el anterior, no existe impedimento de clase alguna, para que ambas partes, aun siendo extranjeras, puedan someterse a arbitraje de la citada Cámara si así lo pactan expresamente.

Para analizar si concurre la existencia de la excepción procesal, hay que valorar si la excepción planteada por la parte demandada concurría en el momento de presentar la demanda.

En este sentido, como señala el art. 410 LEC, “la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida”.

Por ello, lo que hay que analizar es, si en el momento de la presentación de la demanda inicial, concurría o no la excepción de la sumisión a arbitraje, y para ello, hay que determinar las circunstancias que concurrían en esa fecha, esto es, el día 2 de octubre de 2001, y no las modificaciones que posteriormente se hayan producido durante la tramitación del procedimiento.

Y en este sentido, es inquestionable que el Reglamento aplicable será el vigente en la fecha de la presentación de la demanda, que es cuando surge efecto la litispendencia, con independencia de las posteriores modificaciones.

Y ambas partes están de acuerdo en que el art. 2 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París, vigente en la fecha de suscripción del contrato, 14 de julio de 1997, y vigente en la fecha de presentación de la demanda, 2 de octubre de 2001, requería, como requisito imprescindible y como condición sine qua non para que el tribunal arbitral francés conociera de la cuestión sometida a arbitraje que una de las partes fuera de nacionalidad francesa, lo que no concurre en este caso, por lo que no era posible que la parte actora sometiera la cuestión a arbitraje.

Por ello, debemos desestimar la excepción de sumisión expresa a arbitraje internacional privado y revocar el auto apelado en este punto.

Sentado lo anterior, la parte demandante alega que, en la modificación del acuerdo de distribución de productos Guess Jeanswear, suscrito el día 14 de julio de 1997, con Macco Apparel S.P.A., se estableció que, con carácter general, la legislación aplicable a las relaciones entre ambas partes sería la contenida en el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 (Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías).

Añade que, conforme al Convenio de Viena de 11 de abril de 1980, resulta de aplicación el Convenio Relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de las Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil y su Protocolo Anexo, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, cuyo art. 5.1º dispone: “las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 1.º en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación”.

La parte demandada alega que, conforme al art. 5 Reglamento (CE) nº 44/2001 : “las personas domiciliadas en un estado miembro podrán ser demandadas en otro estado miembro: (1.1º) en materia contractual, ante el lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda: (b) a efectos de la presente disposición y salvo pacto en contrario, dicho lugar será: cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del estado miembro en que según el contrato hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías”.

Por tanto, la segunda cuestión que se plantea es la de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación. [...]

Del acuerdo transcrito se desprende que las partes acordaron que la entrega de las mercancías tendría lugar en los almacenes de Guess y alega la parte demandada que dicho pacto no fue modificado cuando, en fecha 14 de julio de 1997, Macco Apparel S.P.A. se subrogó en la posición inicial de Guess Inc.

Dicha alegación no se discute por la parte apelante en su recurso de apelación, en el que no hace la más mínima referencia al lugar de entrega de las mercancías, y por tanto, a cuál debe entenderse era el

lugar de cumplimiento de la obligación, a efectos de fijar la competencia de uno u otro Estado contratante, España o Italia, conforme al Convenio de Bruselas Relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de las Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil y su Protocolo Anexo, de 27 de septiembre de 1968.

Por tanto, se trata de una alegación aceptada por la parte demandada, por lo que debemos concluir que si el lugar de entrega de las mercancías era en los almacenes de Guess Inc, según el contrato de 1994, y si este pacto no fue modificado tras la subrogación de Macco Apparel S.P.A., en la posición inicial de Guess Inc, en fecha 14 de julio de 1997, éste es el lugar que debe entenderse como lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación, por lo que la competencia corresponde a los Juzgados y Tribunales de Florencia.

Por todo lo expuesto, consideramos que, al tiempo de presentar la demanda, no concurría la excepción de sumisión a arbitraje, por lo que debemos rechazar la excepción de sumisión expresa a arbitraje privado internacional.

No obstante, estimamos la declinatoria por apreciar, conforme al art. 65.2º LEC, la falta de jurisdicción de los Juzgados de Vilafranca del Penedés por corresponder el conocimiento del asunto a los Juzgados o Tribunales de Florencia (Italia), que sean competentes de acuerdo con la legislación de dicho Estado, por lo que procede confirmar el auto apelado en cuanto acuerda abstenerse de conocer y sobreseer el proceso. [...]

[CONTINENTAL DISTRIBUTION, S.A. / MACCO APPAREL S.P.A.]

Obs.: Vid. nota C. Oró Martínez, “Contrato de distribución y declinatoria internacional: ineficacia de la cláusula arbitral y papel del locus executionis”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IV, nº 2, pp. 535–542.

SUMISIÓN A ARBITRAJE EN EL TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA

2010/14.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vegesimoctava, Auto nº 184/2010, de 10 de diciembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García. JUR\2011\62952.

Declinatoria arbitral.– Transporte internacional de mercancías por carretera.– Cláusula arbitral.– Arbitraje internacional: necesidad de adecuación a las normas que resulten aplicables.– Convenio de 19 de mayo de 1956, hecho en Ginebra, relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR).– Rechazo de la declinatoria.

Normas aplicadas: Art. 9.6º LA; Convenio de Ginebra relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), de 19 de mayo de 1956.

[...] No debería haberse perdido de vista que la demanda está sustentada, por tratarse de un transporte por carretera desde Milán (Italia) hasta Madrid (España), en la aplicación del Convenio de 19 de mayo de 1956, hecho en Ginebra, relativo al Contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), ratificado por España por instrumento de 12 de septiembre de 1973 y publicado en el BOE de 7 de mayo de 1974 (a lo que hay que añadir la aceptación del Protocolo al Convenio mediante el Instrumento de Adhesión que data de 23 de septiembre de 1982), por lo que forma parte del ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en el art. 1.5º Cc.

Por lo tanto, existiendo norma especial aplicable a un transporte de carácter internacional está fuera de lugar la invocación que se efectúa en la resolución apelada a la legislación nacional interna sobre transporte y al modo previsto en ella para resolver controversias, lo que podría llevar, como entendemos que así ha ocurrido, a la confusión a la hora de resolver la polémica planteada.

Existe una previsión específica en el Convenio CMR en materia de sumisión a arbitraje que es del siguiente tenor: “El contrato de transporte puede contener una cláusula atribuyendo competencia a un

Tribunal arbitral, a condición de que esta cláusula prevea que dicho Tribunal arbitral aplicará el presente Convenio”.

Consideramos que la condición impuesta en tal norma internacional, que es clara y de carácter terminante, no ha sido respetada en la cláusula contractual que la parte promotora de la declinatoria esgrimía para atribuir jurisdicción al órgano arbitral. No entendemos suficiente que en otro pasaje del contrato se pueda aludir al CMR como la norma aplicable en la relación contractual, cuando lo que el Tratado internacional exige, de modo expreso y específico, es que sea en la propia estipulación arbitral en la que se recoja el pacto de que deberá el tribunal de arbitraje aplicar precisamente el convenio CMR para la resolución de la controversia. Mediante esa previsión se elude el riesgo de que en sede de arbitraje, que no es sino un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad, pudiera soslayarse dicha norma internacional como obligado marco de referencia para solventar la contienda.

Es más, precisamente la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, hace una llamada en su art. 9 nº 6 a la necesidad de que el convenio arbitral se adecue en el caso de arbitraje internacional a las normas que resulten aplicables.

Por lo tanto, incumplida la previsión del Convenio CMR consideramos que la cláusula arbitral que ha sido invocada no resulta oponible por el porteador a los demás litigantes en el marco de una relación regulada por dicha norma internacional. En consecuencia, sin necesidad de ninguna otra consideración adicional, la declinatoria debió ser desestimada, pues no existe impedimento alguno para que la contienda se dirima según las reglas generales ante los tribunales. Por lo que debe acogerse la apelación que ha sido planteada contra la resolución que erróneamente se inclinó en sentido contrario. [...]

[ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. / ASECOMEX, S.A. Y RAMÓN TRANSPORTES INTERNACIONALES, S.L.]

Obs.: Vid. A. Puetz, “Transporte internacional de mercancías por carretera y sumisión a arbitraje: problemas en la aplicación del art. 33 CMR”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IV, nº 3, 2011. pp. 869–884.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS CONTRATO DE AGENCIA

2010/15.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 11 de marzo de 2010. As. 19/09. Ponente: K. Lenaerts.

Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.– Reglamento (CE) nº 44/2001.– **Competencias especiales.**– Art. 5, nº 1, letras a) y b), **segundo guión.**– **Prestación de servicios.**– **Contrato de agente comercial.**– **Ejecución del contrato en varios Estados miembros.**

Normas aplicadas: Art.1º.a) y b) 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] a efectos de la aplicación del art. 5, nº 1, letra b), segundo guión, del Reglamento, deberá considerarse lugar de la prestación principal de los servicios prestados por un agente comercial el lugar en el que dicho agente esté domiciliado. Efectivamente, este lugar siempre podrá identificarse con certeza y es, por tanto, previsible. Además, presenta un vínculo de proximidad con el litigio, puesto que el agente prestará en él, con toda probabilidad, una parte no despreciable de sus servicios.

43. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera cuestión, letra b), que el art. 5, nº 1, letra b), segundo guión, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, en caso de prestación de servicios en varios Estados miembros, el órgano jurisdiccional competente para conocer de todas las demandas basadas en el contrato es el de la jurisdicción en la que se encuentra el lugar de la prestación principal de los servicios. En el supuesto de un contrato de agencia comercial, este lugar es el de la prestación principal de los servicios del agente, según se desprenda de las cláusulas del contrato, y, a falta de tales cláusulas, el del cumplimiento efectivo del contrato y, cuando sea imposible determinarlo sobre tal base, el del domicilio del agente.

[WOOD FLOOR SOLUTIONS ANDREAS DOMBERGER GMBH Y SILVA TRADE, S.A.]

Obs.: Vid. Nota de K. Fach Gómez, *REDI* 2010–4–Pr.

2010/16.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, Auto nº 72/2010, de 17 de marzo de 2010. Ponente: Ilma. Sra. María Dolors Montolió Serra. AC 2010\442.

Competencia de los tribunales españoles: procedencia.– Contrato de agencia: competencia del juzgado del domicilio del demandado.– Ausencia de sumisión expresa o tácita por parte de los litigantes a los Juzgados españoles.– inexistencia de convenio particular que atribuya de forma imperativa otro fuero de competencia que el que deriva del domicilio del demandado.

Normas aplicadas: Art. 22.2º LOPJ; Disposición Adicional de la Ley 12/92 reguladora del contrato de agencia; Convenio entre España y México sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil, de 17 de abril de 1989; 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] El hecho de que la demandante sea una sociedad domiciliada en un Estado que no es miembro de la CEE no ha de impedir que este tribunal, examine la competencia al amparo de las normas competenciales de aquel Reglamento. El Pleno del TJ CEE en aquellas S 13 de julio del 2000 al preguntarle, como cuestión prejudicial, “si las reglas de competencia que establece el Convenio de Bruselas resultan aplicables desde el momento en que el demandado tiene su domicilio o domicilio social en el territorio de un Estado contratante, aunque el demandante esté domiciliado en un país tercero”, señaló que (61) “el Título II del Convenio es aplicable en principio desde el momento en que el demandado tiene su domicilio o domicilio social en el territorio de un Estado contratante, aunque el demandante esté domiciliado en un país tercero. La situación solo cambia en los casos excepcionales en que una disposición expresa del Convenio establece que la aplicación de la regla de competencia que en ella se formula depende de la localización del domicilio del demandante en el territorio de un Estado contratante”. Y de conformidad con esta resolución en la S 1 de marzo de 2005 admite expresamente que “los litigios que son objeto de tales procedimientos o tales resoluciones pueden tener un carácter internacional que implique a un Estado contratante y a un Estado tercero y, por esta razón, pueden conducir a la aplicación de la regla general de competencia establecida en el art. 2 del Convenio de Bruselas”.

Los Tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado. En tales términos lo prevé el art. 36.2º 2º LEC.

Ante todo señalar que el Reglamento (CE) nº 44/2001 (art. 71) como ya lo hacía el art. 57 del Convenio de Bruselas ya prevé que no habían de quedar afectados los convenios en que los Estados miembros (o contratantes en el Convenio) fueren parte y que, en materias particulares, regularen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones. El TJCE en S 6 de diciembre de 1994 señaló que aquel precepto debía interpretarse en el sentido de que “cuando un Estado contratante es también parte contratante de otro Convenio relativo a una materia particular, que contiene reglas sobre la competencia judicial, dicho Convenio especial sólo excluye la aplicación de las disposiciones del Convenio de Bruselas en los casos regulados por el Convenio especial y no en los que éste no regu-

la". Actualmente el art. 71.2º y con el declarado fin de asegurar una interpretación uniforme, entiende que "el presente Reglamento no impedirá que un tribunal de un Estado miembro que fuere parte en un convenio relativo a una materia particular, pudiera fundamentar su competencia en dicho convenio, aunque el demandado estuviere domiciliado en un Estado miembro no parte en tal convenio".

Precisamente lo que alega la demandada es que España y México están vinculadas por un Convenio en aplicación del cual corresponde la competencia a los Tribunales Mexicanos. Se refiere Estrumat, S.L. al Convenio suscrito entre España y México de 17 de abril de 1989, ratificado el 10 de julio de 1990 y publicado el 9 de abril de 1991.

No obstante el anterior convenio no se regula la competencia judicial sino sólo el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en material civil y mercantil. La referencia que el art. 4.1º.b, que invoca la demandada, efectúa a la sumisión tácita que resultaría de la no impugnación de competencia del Tribunal de origen, lo es a los meros efectos del art. 11 .inciso b, es decir a los efectos de la ejecución de sentencias. En todo caso en el presente, la pretendida o alegada sumisión tácita (más bien reconocimiento de competencia de los Tribunales mexicanos a los que acudió Estrumat, S.L.) a los Tribunales mexicanos, que les atribuiría la competencia exclusiva para el enjuiciamiento del presente asunto, se habría producido en el planteamiento de una diligencia de jurisdicción voluntaria o acto prejudicial por parte de Estrumat, SA, y ello debería ser acreditado por este litigante (art. 281.2 LEC). Y lo cierto es que el informe aportado no resulta suficiente a tales efectos pues de que ninguna de las resoluciones citadas, que constituirían la jurisprudencia en que los informantes justifican su opinión, se refiere a un supuesto similar al planteado en el presente litigio. Y en todo caso, lo que no aparece es que, aunque sí fuera, la competencia correspondiera con carácter exclusivo a la jurisdicción de ese otro Estado. Es de recordar que lo que previene el art. 4 del Convenio es que a los efectos de reconocimiento y ejecución de sentencia, se entenderá cumplido el requisito de competencia del Tribunal sentenciador, entre otros casos, "si en materia de fueros renunciables, el demandado haya aceptado por escrito la competencia del órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia o si a pesar de haber comparecido en el juicio no haya impugnado oportunamente la competencia del Tribunal de origen".

En definitiva, y de acuerdo con lo expuesto, no existe convenio particular que atribuya de forma imperativa otro fuero de competencia que el que deriva del domicilio del demandado, por aplicación del art. 22.2º LOPJ y del Reglamento (CE) nº 44/2001.

Finalmente, sólo queda apuntar que no se alcanza a comprender cual puede ser el legítimo interés de Estrumat, S.L. para invocar la competencia de los Tribunales mexicanos cuando ha sido emplazado ante los Tribunales de su propio domicilio. En este sentido el Tribunal Supremo ya en sentencia de 10 de noviembre de 1993, afirmó que "habiendo mostrado el actor, por el hecho de acudir a los tribunales españoles su sumisión tácita a éstos, podría sostenerse que a la demandada (...), a quien se emplaza ante los Tribunales de su domicilio, se le facilita el derecho de defensa y se le aplica el fuero para ella más conveniente", consecuencia de lo cual sería que no pueda "oponer incompetencia de jurisdicción sin que su conducta procesal merezca ser calificada de rayana en el fraude tendente a dilatar la solución del litigio". En términos similares se pronunció la STS 10 de marzo de 1993 al declarar la legitimidad de la elección realizada por la entidad actora en beneficio del propio demandado.

Por otra parte, el Pleno TJ CEE en sentencia de 1 de marzo de 2005, al serle cuestionada la posibilidad de aplicar la excepción de *forum non conveniens*, respondió que "el Convenio de Bruselas se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado contratante decline la competencia que le confiere el art. 2 de dicho Convenio por considerar que un órgano jurisdiccional de un Estado no contratante constituye un foro más adecuado para conocer del litigio de que se trate".

En conclusión, pues, el recurso interpuesto contra el auto de 15 de mayo del 2009, deberá ser estimado y en su lugar, con desestimación de la declinatoria formulada por Estrumat, S.L., procede declarar la competencia de los Tribunales de Granollers, lugar del domicilio de la demandada a los que ha acudido la sociedad demandante.

NOTA

1. El auto que comentamos constituye un buen ejemplo de lo que podríamos denominar una “buena mala resolución”, que por desgracia son un tipo de resoluciones que surgen con frecuencia cuando nuestros órganos jurisdiccionales se enfrentan a problemas de DIPr. Entendemos como “buenas malas resoluciones” aquellas que llegan a una solución material o procesalmente correcta, pero errando en la fundamentación jurídica que debe conducir a dicha solución. Son por ello “malas resoluciones”, en tanto que están viciadas de falta de lógica en el razonamiento jurídico, lo que de por sí debería en puridad invalidarlas *in toto*; pero que desde un punto de vista pragmático, no obstante, pueden calificarse como “buenas”, puesto que la respuesta jurídica que alcanzan es, en su esencia, correcta. Indudablemente es preferible una buena mala resolución a una mala resolución, en la que tanto la fundamentación como la solución sean, desde la perspectiva del DIPr, incorrectas (desde este punto de vista, véanse las severas consideraciones que la STJ 15 de julio de 2010, as. C-256/09: *Purrucker*, aps. 65-78, y especialmente aps. 65-67, efectúa respecto de los fundamentos contenidos en un auto del JPI nº 4 de San Lorenzo de El Escorial de 8 de noviembre de 2007, y que la STJ reproduce parcialmente en sus aps. 35 y 36). Sin embargo, y reiterando lo que ya hemos sostenido recientemente a propósito de otro auto de la AP de Barcelona (*vid.* C. Oró Martínez, “Contrato de distribución y declinatoria internacional: ineficacia de la cláusula arbitral y papel del *locus executionis*”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IV, nº 2, 2011, pp. 535-542, p. 542, ap. 4), las imprecisiones en el razonamiento jurídico, y especialmente las que afectan a la norma jurídica que sustenta dicho razonamiento, desacreditan la *autoritas* del órgano que emite la resolución y, en consecuencia, repercuten negativamente en la propia resolución.

En el auto que examinaremos a continuación, veremos que estas imprecisiones son de tipo diverso: por ejemplo, desconocimiento del sistema de fuentes del Derecho; aplicación cumulativa de cuerpos normativos que se excluyen entre sí; o errónea interpretación, y por ende aplicación, de las normas consideradas. Veámoslo con más detalle.

2. La sociedad de Derecho mexicano Corporativo del Aquea, S.A. de Capital Variable (en adelante, “Corporativo”), concluyó en el año 2000 un contrato verbal de agencia con la sociedad (presumiblemente de Derecho español) Estrumat, S.L., domiciliada en Granollers (Barcelona), en virtud del cual Corporativo ejercía como agente exclusivo para la venta de los productos de Estrumat en el territorio de varios países (que no se citan de modo individualizado, puesto que el auto tan sólo se refiere a “diversos países a excepción de Portugal, España y Chile”). En enero de 2008 esta última sociedad resolvió el contrato, ante lo cual Corporativo decidió reclamar el pago de comisiones adeudadas y de la correspondiente indemnización por clientela, interponiendo a tal efecto una demanda en Granollers en tanto que lugar del domicilio de la sociedad demandada. Estrumat impugnó la competencia de los tribunales españoles, defendiendo que la demanda había de presentarse ante tribunales mexicanos en base a dos argumentos: por una parte, alegaba que Corporativo se había sometido tácitamente a los tribunales mexicanos de conformidad con el Convenio hispano-mexicano de 17 de abril de 1989; y por otra, que tales tribunales resultaban exclusivamente competentes en virtud de la disposición adicional de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (actualmente disposición adicional segunda, tras la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible), por encontrarse en México el domicilio del agente.

El JPI nº 6 de Granollers acogió esta última alegación basada en la competencia exclusiva de los tribunales del lugar del domicilio de Corporativo, y declinó su competencia judicial internacional. La sociedad mexicana apeló contra esta resolución, alegando que el Convenio hispano-mexicano no regula la competencia judicial internacional, e invocando la competencia de los tribunales españoles de conformidad con el art. 22 LOPJ, en tanto que la sociedad demandada tenía su domicilio en España. En el auto que comentamos, la AP confirma acertadamente la competencia de los tribunales españoles, si bien como hemos adelantado lo hace en base a razonamientos que dejan mucho que desear.

3. En primer lugar, es criticable que la AP ignore que en nuestro sistema de fuentes las normas de origen convencional o institucional se aplican con preferencia a las de origen interno, por efecto del art. 96.1º CE. De este modo, la AP cae en un error que por desgracia es muy frecuente en nuestra jurisprudencia: fundamentar la competencia judicial internacional utilizando de modo cumulativo normas de origen interno y normas de origen internacional. En este supuesto, la AP declara que el JPI de Granollers goza de competencia judicial internacional “por aplicación del art. 22.2º LOPJ y del Reglamento 44/2001” (FJ tercero). Para empeorar las cosas, la AP aplica o cita siempre en primer lugar la LOPJ, otorgando así al RB I el tratamiento de un mero instrumento de refuerzo de lo dispuesto en el Derecho autónomo; mientras que, como es obvio, el RB I es el único instrumento al que debería haberse referido el auto, puesto que su aplicabilidad desplaza a la LOPJ (cabe señalar que de esta misma cuestión, aunque en relación al RB II bis, se ocupa el ap. 69 de la STJ *Purrucker*, argumentando en este caso a partir del principio de primacía del Derecho de la UE). Quizá ello pueda explicarse –que no justificarse– por el equívoco al que puede dar lugar la redacción del art. 36.1º LEC (disposición que la AP cita expresamente en el FJ segundo) cuando dispone que la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles viene determinada por lo dispuesto en la LOPJ y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte; redacción equívoca que, por demás, encontramos también en el art. 21.1º de la propia LOPJ.

En segundo lugar, es también errónea la interpretación y aplicación que la AP realiza del art. 22 LOPJ. Más allá del hecho que como ya hemos señalado esta norma no era aplicable al caso examinado, el órgano de apelación efectúa una interpretación de la misma en clave jerárquica (FJ segundo). En virtud de dicha interpretación, los foros contenidos en el art. 22 LOPJ responderían al principio de prevalencia de los foros exclusivos del art. 22.1º LOPJ; en su defecto, serían aplicables los foros de protección de parte débil (la AP cita los foros en materia de consumidores y de seguros del art. 22.4º LOPJ); en caso de no estar ante un contrato de parte débil, serían de aplicación los foros “generales” de la sumisión expresa o tácita, así como el del domicilio del demandado, *ex* art. 22.2º LOPJ; y “[s]ólo en defecto de alguno de estos puntos de conexión [sic], se debería acudir a los fueros especiales del ap. 3º”. En base a ello, descartando la concurrencia *in casu* de competencias exclusivas o de protección de parte débil, y no habiendo sumisión expresa o tácita a los tribunales españoles, la AP resuelve aplicar el foro del domicilio del demandado en España del art. 22.2º LOPJ, lo que otorgaría competencia judicial internacional a los tribunales españoles. El problema de este razonamiento es que, pese a que la LOPJ está claramente inspirada en un sistema “jerarquizado” como el del CB/RB I, resulta cuanto menos discutible –a pesar de lo que da a entender su tenor literal– que deba adscribirse a este mismo criterio de ordenación jerárquica, debido al carácter unilateral de sus foros (*vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr*, 5ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2009, pp. 92–93, ap. 67); y sea como fuere, ni siquiera una interpretación literal del art. 22 LOPJ justificaría dotar de preeminencia a los foros del ap. 4 por encima de los del ap. 2 (a lo sumo, cabe sostener que los foros de protección impiden acudir a la *prorrogatio fori*, si bien a su vez esto plantea la dificultad de determinar cuáles son estos foros de protección: J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr*, *op. cit.*, pp. 94–95, ap. 72).

En tercer lugar, tampoco el tratamiento otorgado al RB I se salva de tacha. Por una parte, por el hecho ya señalado de que queda relegado a una segunda posición respecto de la aplicación de la LOPJ, cuando en realidad es la única norma que debería haberse tomado en consideración. Por otra parte, porque ni tan siquiera se cita la concreta disposición del RB I que se considera aplicable (a saber, el art. 2), si bien es cierto que no cabe duda de que la regla retenida por la AP es el *actor sequitur forum rei*. Y además, porque a pesar de que se citan numerosas sentencias del TJ que explican el sistema de funcionamiento de los foros de competencia del RB y la interpretación restrictiva que ha de darse a las disposiciones que se apartan de la regla de base (con particular atención a la STJ 13 de julio de 2000, as. C–412/98: *Group Josi*), la AP yerra al justificar el motivo por el que debe rechazarse la aplicación del art. 5 RB I. En efecto, el auto se refiere al art. 5.1º.a) RB I, y descarta su utilización alegando que en dicho supuesto Corporativo no pretendía demandar en el Estado miembro de cumplimiento de la obligación que hubiese servido de base a la demanda (FJ segundo). Lo propio, sin embargo, hubiese sido descartar la aplicabilidad de esta disposición analizando cuál era el lugar de cumplimiento de las obligaciones

pecuniarias que reclamaba la demandante, y verificando que éstas no hubieren de haberse cumplido en un Estado miembro distinto de España. Nótese también que a pesar de que podría parecer aplicable, en principio, la letra b) del art. 5.1º RB I [y no la letra a)], por tratarse de un contrato de agencia –esto es, un contrato de prestación de servicios–, el hecho de que el lugar de prestación establecido en el contrato se localizaba (presumiblemente, pues el auto no es del todo claro al respecto) en varios Estados latinoamericanos –es decir, Estados terceros– impediría aplicar la regla especial de la letra b), debiéndose por ello regresar, según dispone la letra c), a la regla general de la letra a) del art. 5.1º RB I.

Y en cuarto lugar, tampoco resulta adecuado el modo en que la AP resuelve la alegación de Estrumat según la cual Corporativo se habría sometido tácitamente a los tribunales mexicanos en virtud del Convenio hispano-mexicano anteriormente citado, al no haber impugnado su competencia en el marco de un proceso de jurisdicción voluntaria abierto en México por Estrumat con la finalidad de liquidar el contrato. Para rebatir tal argumento bastaba con señalar que tal efecto no puede darse, puesto que el Convenio mencionado no contiene normas de competencia judicial internacional directa, sino simples normas de competencia indirecta vinculadas al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales o laudos arbitrales [vid. los arts. 4 ss, en relación con el art. 11.d), del Convenio hispano-mexicano]. De hecho, el recurso de apelación de Corporativo plantea esta objeción, y la propia AP la recoge en el FJ tercero. Sin embargo, la AP se embarca asimismo en un complicado ejercicio de delimitación de las relaciones entre el Convenio y el RB I, cuestión para la cual sería necesario que ambos instrumentos resultasen efectivamente aplicables, lo que como sabemos no sucede en este caso. Y lo que es más, aun en el supuesto de que fuese necesario decidir cuál de estos instrumentos ha de prevalecer, la solución en ningún caso pasaría por la regla a la que recurre la AP, el art. 71 RB I, que se ocupa de las relaciones entre el Reglamento y Convenios –normalmente multilaterales– en materias particulares, siendo en cambio el Convenio examinado un instrumento bilateral y de carácter general. Abundando además en la confusión, el auto que comentamos examina la incidencia que el Convenio bilateral habría de tener en la competencia judicial internacional de los tribunales españoles desde la perspectiva del Derecho autónomo, ignorando de este modo tanto la inaplicabilidad del Convenio (que no prevé normas de competencia directa) como del Derecho autónomo (que debe ceder ante la reglamentación del RB I). Así, la AP se remite al art. 36.2.2ª LEC para descartar que los órganos españoles deban abstenerse, por cuanto el Convenio hispano-mexicano no atribuiría a la sumisión tácita el carácter de competencia exclusiva. Un argumento doblemente criticable, puesto que por una parte el Convenio no contempla norma de competencia directa alguna, y por otra, se ha señalado que, a pesar de su dicción literal, el art. 36.2.2ª LEC habría de aplicarse también a los supuestos en que una norma convencional determine la incompetencia de los tribunales españoles en base a un foro de competencia que no tenga carácter de exclusivo (J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr*, op. cit., p. 97, ap. 75).

4. Aunque el análisis crítico de este auto podría ser más extenso, entendemos que lo dicho hasta aquí justifica el calificativo de “buena mala resolución” que le hemos conferido al inicio de estas breves consideraciones. La solución final es pues la adecuada, en tanto que se confirma correctamente la competencia de los tribunales españoles para entender del presente asunto. Sin embargo, el camino para llegar a la misma es tan tortuoso y está tan plagado de errores que resulta imposible ni siquiera discernir que este resultado deriva de lo dispuesto en el art. 2 RB I. Es por ello que nos resistimos a no denunciar una vez más este tipo de “malas resoluciones”, nocivas para el ordenamiento no solo en sí mismas, sino también –y quizá sobre todo– por el potencial pernicioso que las impregna: y es que es más que probable que la resolución que finalmente acabe adoptando en este caso el JPI de Granollers reproduzca alguno de los errores contenidos en el auto de la AP, y que lo mismo acabe pasando con ulteriores resoluciones de otros órganos jurisdiccionales que se vean enfrentados a resolver, en el futuro, cuestiones similares relativas a relaciones privadas internacionales.

Cristian ORÓ MARTÍNEZ

Investigador Postdoctoral de Derecho internacional privado
Universitat Autònoma de Barcelona)

**ALCANCE DE LA REGLA DE ESPECIALIDAD PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS
ENTRE BLOQUES NORMATIVOS REGULADORES TRANSPORTE INTERNACIONAL**

2010/17.- Tribunal de Justicia, Gran Sala, Sentencia de 4 de mayo de 2010. As. C-533/08.
Ponente: M. Ilešič.

Transporte de mercancías por carretera.- Pérdida de las mercancías.- Resolución condenatoria de los tribunales alemanes.- Contrariedad al orden público.- Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.- Reglamento (CE) nº 44/2001.- Convenios de los Estados miembros relativos a materias particulares.- Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR).

Normas aplicadas: Art. 71 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, de 22 de diciembre de 2000; art. 31 Convenio de Ginebra relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR), de 19 de mayo de 1956.

[...] las reglas de competencia judicial, incluidas las reglas de litispendencia, establecidas en los convenios especiales contemplados en el art. 71 del Reglamento nº 44/2001, sólo pueden aplicarse en el seno de la Unión en la medida en que, como exigen los considerandos undécimo, duodécimo y décimo quinto de dicho Reglamento, tengan un alto grado de previsibilidad, faciliten una buena administración de justicia y permitan reducir al máximo el riesgo de procedimientos paralelos.

54. En lo que respecta al reconocimiento y ejecución de resoluciones, los principios pertinentes son los enunciados en los considerandos sexto, décimo sexto y décimo séptimo del Reglamento nº 44/2001, de libre circulación de resoluciones y de confianza recíproca en la justicia (*favor executionis*) (véanse, en particular, las SS 14 de diciembre de 2006, ASML, C-283/05, ap. 23, de 10 de febrero de 2009, Allianz y Generali Assicurazioni Generali, C-185/07, ap. 24, y de 28 de abril de 2009, Apostolides, C-420/07, ap. 73). En el seno de la Unión sólo pueden aplicarse las reglas de reconocimiento y de ejecución previstas en los convenios especiales contemplados en el art. 71 del Reglamento nº 44/2001 si se respetan esos principios.

55. Habida cuenta del mencionado principio de confianza recíproca, el TJ ha precisado que el órgano jurisdiccional del Estado requerido no está en ningún caso en mejores condiciones que el órgano jurisdiccional del Estado de origen para pronunciarse sobre la competencia de éste. Por consiguiente, al margen de algunas excepciones limitadas, el Reglamento nº 44/2001 no autoriza el control de la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro (sentencia Allianz y Generali Assicurazioni Generali, ap. 29 y jurisprudencia citada). Por lo tanto, el art. 31, ap. 3, del CMR 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 Reglamento nº 44/2001.

56. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones primera y quinta que el art. 71 del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en un as. Como el litigio principal, se aplican las reglas de competencia judicial, de reconocimiento y de ejecución previstas en un convenio relativo a una materia particular, como la regla de la litispendencia establecida en el art. 31, ap. 2, del CMR y la regla sobre la fuerza ejecutiva recogida en el art. 31, ap. 3, de dicho Convenio, siempre que presenten un alto grado de previsibilidad, faciliten una buena administración de justicia y permitan 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 (*favor executionis*).

Sobre la interpretación del art. 31 del CMR

[...] 60. En lo que atañe a los acuerdos internacionales, constituye jurisprudencia consolidada que los celebrados por la Unión forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión y, por lo tanto, pueden ser objeto de una petición de decisión prejudicial (véanse, en este sentido, en particular, SS 30 de abril de 1974, Haegeman, 181/73, aps. 3 a 6; de 30 de septiembre de 1987, Demirel, 12/86, ap. 7, y de 11 de septiembre de 2007, Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos, C-431/05, ap. 31).

61. En cambio, el TJ no es competente en principio para interpretar en el marco de un procedimiento prejudicial acuerdos internacionales celebrados entre Estados miembros y Estados terceros (véase, en este sentido, la S 27 de noviembre de 1973, Vandeweghe y otros, 130/73, ap. 2; auto de 12 de noviembre de 1998, Hartmann, C-162/98, ap. 9, y la sentencia Bogiatzi, ap. 24).

62. El TJ sólo es competente para interpretar un convenio internacional no ratificado por la Unión cuando y en la medida en que ésta ha asumido las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación de un convenio internacional y, por consiguiente, sus disposiciones tienen efecto vinculante para ella (véanse, en particular, SS 12 de diciembre de 1972, International Fruit Company y otros, 21/72 a 24/72, ap. 18; de 3 de junio de 2008, Intertanko y otros, C-308/06, ap. 48, y Bogiatzi, ap. 25). Sin embargo, en el caso de autos no puede afirmarse que la Unión esté vinculada por las reglas de la competencia judicial, de reconocimiento y ejecución previstas en el CMR. Al contrario, de la interpretación del art. 71 Reglamento n° 44/2001 que se ofrece en la presente sentencia se desprende que las mencionadas reglas establecidas en el CMR sólo pueden aplicarse en el seno de la Unión si se respetan los principios que inspiran dicho Reglamento.

63 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión que el TJ no es competente para interpretar el art. 31 del CMR. [...]

[TNT EXPRESS NEDERLAND BV Y AXA VERSICHERUNG AG]

NOTA

1. El alcance de la regla de especialidad como fórmula de solución de conflictos entre bloques normativos presentes en el sector del transporte internacional (en este caso, entre Derecho europeo derivado y Derecho convencional) queda definitivamente perfilado con la orientación jurisprudencial sentada por el TJ en esta acertadísima decisión, orientada en la dirección correcta, al aportar un canon o criterio hermenéutico de especial trascendencia en su proyección sobre el vigente art. 71 Reglamento (CE) n° 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 (RB I).

La sentencia aporta un “plus” adicional en la suma de elementos interpretativos en torno al alcance y *ratio* última de la vieja regla de especialidad consagrada ya en el art. 57 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, y formula una interpretación en clave de “comunitarización” e integración de la regla, 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) n° 44/2001, por lo que al aplicar la norma convencional especial se está dando cumplimiento a las previsiones de dicha norma Comunitaria.

Esta decisión del TJ 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.

El transporte controvertido en el litigio principal quedaba claramente adscrito al ámbito material del CMR (tanto Alemania como Holanda son Estados partes en dicho Convenio especial) y, como señala la sentencia, también quedaba comprendido en el ámbito de aplicación del RB I. El TJ subraya, en primer lugar, que, en la medida en que el RB I sustituye al Convenio de Bruselas de 1968, la interpretación dada por el TJ en lo tocante a las disposiciones de dicho Convenio es igualmente válida para las del citado Reglamento, cuando las normas de estos instrumentos Comunitarios puedan calificarse de equi-

valentes, como es el caso. Y esta decisión 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 esta decisión, 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.

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 del Reglamento (CE) nº 44/2001 (...) debe interpretarse en el sentido de que, en un as. Como el litigio principal, se aplican las reglas de competencia judicial, de reconocimiento y de ejecución previstas en un Convenio relativo a una materia particular, como la regla de la litispendencia establecida en el art. 31, ap. 2, del Convenio CMR (...), y la regla sobre la fuerza ejecutiva recogida en el art. 31, ap. 3, de dicho Convenio, siempre que presenten un alto grado de previsibilidad, faciliten una buena administración de justicia y permitan reducir al máximo el riesgo de procedimientos paralelos y además garanticen, 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 (*favor executionis*)”.

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 cita precedentes jurisprudenciales anteriores para sostener que el objetivo del art. 71 Reglamento nº 44/2001 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, SS 6 de diciembre de 1994, as. C-406/92: *Tatry*, ap. 24, y de 28 de octubre de 2004: as. C-148/03, *Nürnberger Allgemeine Versicherung*, ap. 14).

3. Una segunda aportación clave de la sentencia ahora comentada radica en clarificar si el TJ es competente para interpretar el tenor literal de una norma contenida en dichos Convenios especiales por razón de la materia (en este caso, el art. 31 Convenio CMR). El pronunciamiento del Tribunal es en este caso también muy claro: el CMR no contiene ninguna cláusula que atribuya competencia al TJ, y según reiterada jurisprudencia, la facultad de interpretación con carácter prejudicial sólo se extiende a las normas que forman parte del Derecho de la Unión. El Tribunal no es competente en principio para interpretar en el marco de un procedimiento prejudicial Acuerdos internacionales celebrados entre Estados miembros y Estados terceros (*vid.*, en este sentido, S 27 de noviembre de 1973, as. 130/73: *Vandeweghe y otros*, ap. 2; A 12 de noviembre de 1998, as. C-162/98: *Hartmann*, , ap. 9, y la sentencia *Bogiatzi*, ap. 24). Junto a ello, y conforme a la doctrina jurisprudencial que consolida esta sentencia, 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 Convenio 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 conclusión que cabe inferir de la sentencia 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 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 comunitario, 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.

Juan José ÁLVAREZ RUBIO

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS AGENTES DIPLOMÁTICOS

2010/18.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, Sentencia nº 477/2010, de 8 de octubre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Pereda Laredo JUR\2011\18210.

Competencia de los tribunales españoles en el orden civil.– Competencia de los tribunales españoles: estimación.– Inexistencia de inmunidad diplomática.– Contratos bancarios: tarjeta de crédito.– Reclamación de saldo deudor: estimación: falta de prueba de uso fraudulento de la tarjeta.

Normas aplicadas: Art. 21.2º LOPJ; art. 31.1º Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961.

[...] Ha de comenzarse por el motivo de apelación en el que el apelante alega infracción de ley por vulneración del art. 21.2º LOPJ y del art. 31.1º de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 por gozar el demandado apelante de inmunidad de jurisdicción. Tal obstáculo procesal no fue esgrimido en el momento procesal en que debió hacerse valer, la contestación a la demanda; fue planteado en la audiencia previa, pero no fue admitido por alegarse extemporáneamente, sin que conste que en dicho momento se recurriese la inadmisión ni que, desestimado el recurso, se formulase protesta, lo que significa que el hoy apelante consintió la desestimación de esa alegación. En consecuencia, no admitida la alegación de la excepción de inmunidad de jurisdicción en primera instancia, su planteamiento en esta segunda instancia tiene el carácter de cuestión nueva y, por ello, inadmisibile (art. 456.1º LEC).

No obstante lo anterior, de considerarse que se trata de una cuestión de orden público apreciable de oficio, procede examinar el fondo de la excepción alegada. El art. 21.2º LOPJ exceptúa de la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles “los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho internacional público”. El apelante pretende acogerse al art. 31.1º Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, que dispone: “...”.

En primer lugar, el apelante no justifica en debida forma su condición de agente diplomático (según el art. 1 .e) de la Convención de Viena “por ‘agente diplomático’ se entiende el Jefe de la misión o un miembro del personal diplomático de la misión”). Nada se dice al respecto en el recurso, ni se aporta documento que acredite que el apelante es miembro de misión diplomática en España.

En segundo lugar, el apartado c) antes citado del art. 31.1º excluye de la inmunidad de jurisdicción civil las acciones relativas a cualquier actividad profesional o comercial que ejerza el agente diplomático en el Estado receptor fuera de sus funciones oficiales, y dado que nada se alega ni prueba al respecto, hay que concluir que el uso de la tarjeta de crédito que generó el saldo deudor reclamado en la demanda se realizó al margen de las funciones oficiales del apelante D. Rogelio, ya que a éste corresponde probar los hechos impeditivos o extintivos de su responsabilidad (art. 217.3º LEC). En el caso de autos, a él le correspondía probar que concurren las circunstancias de hecho que determinarían la inmunidad de jurisdicción en materia civil, lo que no ha hecho. De lo cual deriva que la excepción ha de ser en todo caso desestimada. [...]

COMPETENCIA JUDICIAL EN PROCEDIMIENTO MONITORIO EUROPEO

2010/19.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosexta, Auto nº 200/2010, de 20 de octubre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos. JUR\2010\383112.

Proceso monitorio europeo.– Reclamación transfronteriza.– Competencia de jueces y tribunales.– Competencia territorial: competencia del Juzgado de Barcelona.– Lugar de prestación de los servicios y resultar tal cuestión de una normativa legal vigente y específica para esta situación.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 1896/2006 que se establece un proceso monitorio europeo, de 12 de diciembre de 2006; art. 5 y 6 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, de 22 de diciembre de 2000.

La exposición de motivos del Reglamento (CE) nº 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo opcional y alternativo a otros procedimientos de Derecho interno (art. 1.2º) indica por un lado que el cobro rápido y eficiente de los créditos que no son objeto de controversia jurídica es de vital importancia en la comunidad y que el proceso monitorio juega un relevante papel en la consecución de tal propósito. Y precisamente porque la diferencia de legislaciones procesales nacionales ofrecía dificultades a la utilización de este cauce procesal, es por lo que se promulgó esta norma que ya es vigente en toda la Comunidad Europea y que trata de resolver las dificultades de reclamaciones de asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados. Desgraciadamente la resolución apelada es claro exponente de la necesidad de promulgación de una norma legal expresa relativa al proceso monitorio transfronterizo europeo, en la medida que la decisión que se recurre se aferra a aquellos aspectos de Derecho interno (como es la competencia territorial del Juzgado) para no dar lugar al mismo. La argumentación de igualdad de los ciudadanos de la Unión Europea, en el sentido de sujetarlos a todos a la ley nacional interna española que no permitiría nunca una reclamación transfronteriza, no puede ser más desafortunada porque tal decisión, de mantenerse, lo que produciría es precisamente la desigualdad de los ciudadanos españoles en la Unión, porque no podrían hacer valer el proceso monitorio en reclamaciones transfronterizas contra sus deudores mientras que en cambio sí tendrían que soportar las reclamaciones monitorias interpuestas contra ellos por acreedores de otros países de la Unión en los que los jueces, como es comprensible, los despachan conforme a Derecho.

Es evidente que estamos ante una reclamación transfronteriza tal como se define en el art. 2 del Reglamento de juicio monitorio europeo por lo que es de aplicación el reglamento invocado por los demandantes que es norma vigente y específica, que por lo tanto tiene aplicación preferente sobre cualquier otra norma genérica.

Pues bien, uno de los principales puntos del Reglamento es determinar precisamente la competencia judicial y a ello dedica su art. 6 que remite al Reglamento (CE) nº 44/2001 salvo que se tratara de contratos con consumidores para finalidades que puedan considerarse ajenas a su actividad profesional. En el presente caso la reclamación se funda en unos servicios de asistencia legal prestados a los demandados en el contexto de una actuación aparentemente relacionada con su actividad profesional y, por su lado, el art. 5 Reglamento (CE) nº 44/2001 establece que, en materia contractual, es competente el tribunal del lugar en que hubiera sido o debiera ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda, puntualizando seguidamente que cuando se tratase de una prestación de servicios, es el del lugar del estado miembro en el que, según el contrato, hubieran sido o debieran haber sido prestados los servicios. Por lo tanto, el Juzgado de Barcelona no sólo tiene jurisdicción sino también competencia territorial para despachar el juicio monitorio europeo, por ser el lugar de prestación de los servicios y resultar tal cuestión de una normativa legal vigente y específica para esta situación. [...]

RECLAMACIÓN DERIVADA DE SERVICIOS PROFESIONALES FRENTE A UN CLIENTE DOMICILIADO EN OTRO ESTADO MIEMBRO

2010/20.– Audiencia Provincial de Alicante, Sección Quinta, Auto nº 203/2010, de 27 de octubre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Dª Teresa Serra Abarca. JUR\2011\22528.

Competencia judicial internacional en el orden civil.– Competencia de jueces y tribunales: competencia de los tribunales españoles: desestimación.– Reclamación derivada de unos servicios profesionales frente a un cliente domiciliado en Alemania.– Competencia de la jurisdicción alemana.

Normas aplicadas: Arts. 15.1º y 16 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, de 22 de diciembre de 2000.

La reclamación se efectúa al amparo del Proceso Europeo de Escasa Cuantía regulado en el Reglamento 861/2007. En cuanto a la competencia territorial debe estar a las normas contenidas en el Reglamento nº 44/2001 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La resolución de instancia estima que es incompetente la jurisdicción española al considerar que es aplicable el art. 16 con relación al 15.1º del citado Reglamento.

En cambio el apelante estima que corresponde su conocimiento a los Tribunales español al tratarse de una asunto transfronterizo comprendido en el art. 3 Reglamento 861/2007, y que en el trámite de incoación del proceso no cabe examinar la competencia internacional.

El Reglamento establece un proceso europeo para demandas de escasa cuantía con el fin de simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos y de reducir los costes. Ahora bien el que se trate de un asunto transfronterizo que define el art. 3 como aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conozca del asunto, no significa que no deba examinarse la competencia, conforme al Reglamento (CE) nº 44/2001 al que se remite el Reglamento nº 861/2007.

En este caso el juzgador de instancia estima al tratarse de una reclamación derivada de unos servicios profesionales frente a un cliente domiciliado en Alemania la competencia no es de la jurisdicción española. Conclusión que debe ser confirmada, de conformidad con lo señalado en el art. 16 [...].

DISTINCIÓN ENTRE ACCIONES DE CARÁCTER REAL Y ACCIONES DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

2010/21.– Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Segunda, Auto nº 215/2010, de 11 de noviembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos M^º Piñol Rodríguez. JUR\2011\122833.

Consumidores.– Acción de resolución de un contrato de compraventa, y la devolución de una cantidad dineraria.– **Claúsula abusiva.**– Competencia de los Tribunales españoles.– **Improcedencia.**– Inmueble situado en el Reino Unido.

Normas aplicadas: Art. 22 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] El auto que se recurre considera que no tiene jurisdicción para el conocimiento de la demanda que interpuso D. Fidel, en la que se ejercita una acción de resolución de un contrato de compraventa, y la devolución de una cantidad dineraria; la demanda se presentó ante los Juzgados de Sevilla en aplicación de la cláusula nº 11 del contrato, la cual la parte que plantea la cuestión sostiene que no resulta de aplicación en atención al art. 22 Reglamento (CE) nº 44/2001, al establecer la competencia en materia de derechos reales inmobiliarios de los Tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare sito, y subsidiariamente, al entender que la cláusula de sumisión no es válida, pues al ser un consumidor aquella le fue impuesta; sobre esta segunda cuestión, lo que hay que decir es que en todo caso, será el consumidor que considerase que es una cláusula abusiva el que podría pedir su nulidad, lo que no hace en este caso el que tiene tal condición de consumidor y por ello viene protegido tanto por la legislación estatal española como por la supranacional, evidenciando con su actividad procesal presentando la demanda ante los Tribunales del Reino de España, que está aceptando y asumiendo la cláusula de sumisión contenida en el contrato; sobre la cuestión de interpretación del art. 22 del Reglamento, se fija un concepto para determina la competencia de forma obligatoria y es la materia de derecho reales inmobiliarios, esto supone el ejercicio de derecho reales que afectan a inmuebles, acciones de carácter real, lo que no coincide con la acción de resolución contractual y la indemnización de perjuicios, que es una acción personal. Procede estimar el recurso y revocar la resolución apelada condenando al apelante a las costas de la alzada.

[DESARROLLOS URBANÍSTICOS JMÉNEZ ÁLVAREZ, S.L. Y DUJA SOCIEDADE DE CONSTRUCAO L.D.A.]

CONSUMIDORES

CONTRATOS DE CONSUMO CELEBRADOS A TRAVÉS DE INTERNET: ALCANCE DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS I

2010/22.– Tribunal de Justicia, Gran Sala, Sentencia de 7 de diciembre de 2010. Asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09. Ponente: P. Lindh.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.– Competencia judicial en materia civil y mercantil.– Reglamento (CE) nº 44/2001– Art. 15, aps. 1, letra c), y 3.– Competencia en materia de contratos celebrados por consumidores.– Contrato de viaje en carguero.– Concepto de “viaje combinado”.– Contrato de estancia en el hotel.– Presentación del viaje y del hotel en una página web.– Concepto de actividad “dirigida” al Estado miembro del domicilio del consumidor.– Criterios.– Accesibilidad de la página web.

Normas aplicadas: Arts. 3 y 15, ap. 1, letra c) 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, de 22 de diciembre de 2000.

Con el fin de determinar si puede considerarse que un vendedor, cuya actividad se presenta en su página web o en la de un intermediario, “dirige” su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, en el sentido del art. 15, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 44/2001, procede comprobar si, antes de la celebración del contrato con el consumidor, de las citadas páginas web y de la actividad global del vendedor se desprende que este último tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otro u otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar un contrato con ellos.

Los siguientes elementos, cuya lista no es exhaustiva, pueden constituir indicios que permiten considerar que la actividad del vendedor está dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor: 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. Corresponde al juez nacional comprobar si existen esos indicios.

En cambio, el mero hecho de que pueda accederse a la página web del vendedor o del intermediario en el Estado miembro del domicilio del consumidor es insuficiente. Lo mismo ocurre con la mención de una dirección electrónica y de otros datos o con la utilización de una lengua o de una divisa que son las habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor.

[PETER PAMMER Y REEDEREI KARL SCHLÜTER GMBH & CO KG, HOTEL
ALPENHOF GESMBH Y OLIVER HELLER]

NOTA

1. La importancia de esta sentencia se relaciona con las dudas surgidas en ciertos ámbitos acerca del modo de interpretar en el marco del comercio electrónico la exigencia contenida en el art. 15.1º c) RB I de que el empresario o profesional que contrata con el consumidor dirija sus actividades comerciales o profesionales por cualquier medio al Estado miembro del consumidor, como presupuesto para que éste pueda beneficiarse del régimen especial de competencia. Se trata de una norma de competencia judicial internacional que fue pionera a escala internacional en la introducción de forma expresa del criterio basado en el país o países a los que las actividades están dirigidas, de particular relevancia en relación con la determinación del régimen jurídico de las actividades desarrolladas a través de Internet. Su interpretación puede en algunos aspectos resultar especialmente conflictiva, habida cuenta de la falta de elementos precisos para concretar cuándo una actividad va dirigida a un determinado país. El TJ concluye que la mera accesibilidad de la página web del empresario o profesional en el Estado miembro del domicilio del consumidor no es suficiente para entender cumplido ese requisito, procediendo a aportar una relación no exhaustiva de elementos que pueden constituir indicios de que la actividad va dirigida a un Estado miembro a estos efectos. El planteamiento adoptado se corresponde con la circunstancia de que la exigencia de que las actividades vayan “dirigidas” por cualquier medio, entre otros, a un determinado país, no resulta razonable que pueda sin más y en todo caso equiparse a que el sitio con el que se ha contratado esté accesible por Internet. Se trata precisamente una norma redactada a la luz de las peculiares exigencias y necesidades del comercio electrónico, siendo inherente a Internet que la información disponible esté, en principio, accesible desde cualquier lugar del mundo, de modo que en principio todo contrato celebrado con un sitio de Internet presupone que éste está accesible con el país desde el que el

cliente contrata. Habida cuenta del alcance global de Internet, que el titular de un sitio de Internet por el simple hecho de que esté accesible en el domicilio del consumidor cocontratante quede en todo caso sometido a la jurisdicción de los tribunales del domicilio del consumidor en relación con ese contrato, puede en determinadas situaciones imponer una carga excesiva para el titular del sitio web, en particular en supuestos en los que el sitio web por su configuración y funcionamiento está orientado especialmente a captar clientes en un mercado extranjero.

Consecuencia para el TJ de que la expresión “dirigiere tales actividades a” no pueda entenderse referida a la mera accesibilidad de una página web en Estados miembros distintos del Estado en el que está establecido el vendedor, es que resulte preciso comprobar en el caso concreto si antes de que el consumidor celebrara su contrato con el empresario o profesional “existían indicios que demostraran que el vendedor tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar un contrato con esos consumidores” (ap. 76). Ciertamente, lo determinante para apreciar si un sitio de Internet va determinado a un país (entre otros) es su configuración y la actividad que se desarrollara a través del mismo.

Una vez establecido ese criterio, la principal aportación de la Sentencia se centra en proporcionar una relación indicativa de los posibles elementos que pueden constituir indicios relevantes a esos efectos, así como poner de relieve que determinados elementos no son relevantes a tal fin. Se trata de una aportación significativa, precisamente en la medida en que con carácter previo algún texto incluía, junto a algunos aciertos, precisiones muy desafortunadas al respecto, en particular la Declaración del Consejo y de la Comisión adoptada al aprobar el RB I –reiterada en el cdo. 24 del Preámbulo del Reglamento 593/2008 o Reglamento Roma I con respecto a su art. 6–, que si bien rechazaba el criterio de la mera accesibilidad contenía precisiones muy discutibles sobre los indicios relevantes para apreciar si la actividad va dirigida a un determinado país, en concreto en la medida en que señalaba que “la lengua o la divisa utilizada por un sitio de Internet no constituye un elemento pertinente” para concretar el país al que la actividad va dirigida. Por el contrario, el TJ afirma acertadamente que esos elementos se encuentran entre los indicios que pueden ser relevantes a estos efectos, como en realidad resulta obvio. En concreto, el Tribunal parte de que entre los indicios relevantes a ese fin se encuentran, en primer lugar, “todas las expresiones manifiestas de la voluntad de atraer a los consumidores de dicho Estado miembro” (ap. 80), como la mención de que ofrece sus servicios o sus bienes en ese Estado miembro designado específicamente o la publicidad en medios que facilitan el conocimiento de su sitio por consumidores domiciliados en ese Estado miembro. La conclusión de que un sitio va dirigido al Estado miembro del domicilio del consumidor también puede alcanzarse en situaciones en las que no cabe apreciar expresiones manifiestas de la voluntad de atraer a los consumidores de ese país, pues el Tribunal considera que otros indicios pueden ser relevantes para apreciar esa circunstancia.

Entre esos indicios, los aps. 83 y 84 y el fallo de la Sentencia enumeran con carácter no exhaustivo: el carácter internacional de la actividad de que se trate; la mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional; la utilización de un nombre de dominio de primer nivel geográfico distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor o la utilización de nombres de dominio de primer nivel genéricos o neutros en lo que se refiere a la localización de su titular (como “.com” o “.eu”); la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de la prestación del servicio; la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros con testimonios de dichos clientes; el empleo de lenguas o divisas que no se corresponden con las empleadas habitualmente en el Estado miembro a partir del cual ejerce su actividad el profesional o empresario.

En lo relativo a los posibles indicios, una aportación adicional de la Sentencia es la aclaración de que ciertos elementos no son relevantes a esos efectos (aps. 77, 78 y 91). En concreto, el Tribunal señala entre esos elementos la mención en el sitio web de la dirección electrónica o postal del vendedor, la indicación de su número de teléfono sin prefijo internacional o la utilización de una determinada lengua cuando es la lengua del empresario o profesional. Con respecto a datos como la dirección y el número de teléfono del vendedor, el Tribunal pone de relieve cómo se trata de informaciones que conforme al art. 5 Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico (art. 10 LSSI en la legislación española) el presta-

dor de servicios está obligado a facilitar a los destinatarios del servicio, antes de la celebración de un contrato con ellos cualquiera que sea el Estado miembro al que el prestador dirige su actividad, e incluso cuando esta se dirija únicamente al territorio del Estado miembro en que está establecido. Por otra parte, es también de reseñar que el Tribunal aclara (ap. 79) que la caracterización de un sitio web como interactivo, en el sentido de que permite ponerse en contacto con el vendedor por vía electrónica e incluso celebrar el contrato en línea a través de un sitio, no es un presupuesto necesario para apreciar que dirige las actividades a un Estado miembro distinto del de establecimiento del vendedor. Se trata de un resultado razonable, en la medida en que esos consumidores puedan ponerse en contacto con el empresario o profesional y eventualmente haber concluido el contrato por otros medios, como el teléfono o el correo postal.

Para concluir, cabe añadir que en la interpretación del art. 15.1º.c) RB I resulta cada vez más relevante valorar la creciente disponibilidad de tecnología que hace posible restringir el acceso a los contenidos de Internet a usuarios procedentes de una determinada área geográfica. La progresiva generalización y fiabilidad de esas tecnologías determina que pueda ser razonable valorar, al apreciar si un sitio web va sólo dirigido a ciertos países, el uso de tales técnicas por las empresas que pretenden comercializar a través de la web sus productos o servicios sólo en uno o varios países en circunstancias –a la luz de la configuración del sitio web en cuestión– que generan significativos riesgos de que sus actividades puedan considerarse dirigidas a múltiples países. En consecuencia, la ausencia en tales circunstancias del empleo de ese tipo de tecnologías cuando estuvieran disponibles en términos razonables puede ser un indicio muy relevante para apreciar en el marco del art. 15 RB I que el sitio web debe ser considerado como dirigido al país del domicilio del consumidor que efectivamente ha celebrado el contrato. A la luz de la evolución de Internet cabe reafirmar la idea de que en la interpretación del art. 15 RB I, como se trata de supuestos relativos al establecimiento de un vínculo contractual entre el consumidor y el empresario titular del sitio, que típicamente se concluye y ejecuta, sin que el consumidor tenga que realizar ninguna actividad fuera de su residencia habitual, las circunstancias en las que tiene lugar la contratación a través de sitio web parecen reclamar que sólo queden al margen del ámbito de protección del mencionado art. 15.1º.c) aquellas situaciones en las que de la configuración del sitio se desprenda con claridad que no es propósito de su titular comercializar los productos en el Estado de la residencia habitual del consumidor y que su comportamiento –incluido en su caso el uso de tecnologías ampliamente disponibles para controlar el origen de los clientes o usuarios que acceden a sus contenidos– se corresponda con ese propósito. En todo caso, esta interpretación que favorece el objetivo de la protección de consumidores que contratan a través de sitios web con empresas situadas en el extranjero no implica una equiparación con carácter general entre que las actividades vayan “dirigidas” a un país y que el sitio de Internet con el que contrata el consumidor sencillamente estuviera accesible en ese lugar, de modo que resulta plenamente adecuado a la interpretación del art. 15 Reglamento 44/2001 realizada por el TJ..

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Complutense de Madrid

CONTRATOS

DISTINCIÓN ENTRE COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS

2010/23.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 22 de febrero de 2010. As. C–381/08.
Ponente: E. Juhász

Contratos.– Contratos de compraventa de mercaderías: noción.– Contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse: inclusión.– Competencia judicial.–

Reglamento (CE) n° 44/2001.– Materia contractual.– Lugar de cumplimiento de la obligación.– Distinción entre compraventa de mercaderías y prestación de servicios.– Entrega de las mercancías en el destino final.

Normas aplicadas: Art. 3.1° Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980; art. 6.2° Convención de las Naciones Unidas sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, de 14 de junio de 1974; art. 5.1° b) Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 22 de diciembre de 2000.

[...] aquellos contratos cuyo objeto sea la entrega de mercancías que hayan de fabricarse o producirse previamente deberán calificarse de “compraventa de mercaderías”, en el sentido del art. 5, n° 1, letra b), primer guión, del Reglamento, aunque el comprador, sin facilitar los materiales, haya formulado determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de las mercancías, y aunque el proveedor sea responsable de la calidad y conformidad de las mercancías con el contrato.

[...] 60. Procede declarar que el lugar en el que las mercaderías hubieren sido o debieren ser entregadas materialmente al comprador en su destino final es el que corresponde mejor a la génesis, los objetivos y el sistema del Reglamento, en tanto que “lugar de entrega” en el sentido del art. 5, n° 1, letra b), primer guión, del mismo.

61. Tal criterio presenta un elevado grado de previsibilidad. Responde asimismo al objetivo de proximidad, en la medida en que garantiza la existencia de un estrecho vínculo de conexión entre el contrato y el tribunal que debe conocer del mismo. En particular, cabe señalar que, en principio, las mercancías –que constituyen el objeto material del contrato– habrán de encontrarse en ese lugar tras la ejecución del propio contrato. Además, el objetivo fundamental de un contrato de compraventa de mercaderías es transmitir éstas del vendedor al comprador, operación que tan sólo culmina por completo cuando las mismas llegan a su destino final.

62. Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriormente expuestas, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el art. 5, n° 1, letra b), primer guión, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, en caso de venta por correspondencia, el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato. Si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa.

[CAR TRIM GMBH –KEYSAFETY SYSTEMS SRL]

NOTA

1. La sociedad *Car Trim GmbH*, con domicilio en Alemania, presenta una demanda contra *KeySafety*, con domicilio en Italia, por declarar resueltos unilateralmente cinco contratos de suministro de componentes de *airbags*. El *Landgericht Chemnitz*, tribunal del lugar donde se producen los componentes, se declara incompetente, lo que ratifica el *Oberlandesgericht*. Interpuesto recurso de casación, el *Bundesgerichtshof* plantea una cuestión prejudicial al TJ para la correcta interpretación del Reglamento (CE) n° 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 (RB I), aplicable *ratione materiae*, *ratione temporis* y por razón del espacio –demandado domiciliado en un Estado miembro–, y en concreto, de su art. 5.1° sobre competencia en materia de contratos, aplicable en defecto de foros exclusivos o de sumisión de las partes (*vid. ap. 22 de la Sentencia*).

En el planteamiento de la Sentencia aprecio una serie de confusiones. Primera, el Tribunal no indaga en ningún momento sobre cuál es la concreta obligación que sirve de base a la demanda en el caso de que el comprador declare resuelto el contrato y el vendedor presente la demanda por incumplimiento. Puede ocurrir que el comprador haya dejado de pagar las remesas ya suministradas, que rechace algunas remesas entregadas, o que haya dejado de hacer pedidos de suministro mercancías. Segunda, el TJ acude

directamente a las dos presunciones del art. 5.1º.b) RB I: en los contratos de compraventa de mercaderías, el lugar donde se han de entregar éstas; en las prestaciones de servicios, el lugar donde se prestan éstos. No se destaca, pues, que estas presunciones sólo juegan en defecto de pacto en contra, es decir, cuando no se ha pactado expresamente en el contrato –o no se puede determinar de una forma cierta en éste– el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda (*vid.* M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007, p. 157; P. Jiménez Blanco, “La aplicación del foro contractual del Reglamento de Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros”, *La Ley. Unión Europea*, nº 7294, 30 de noviembre de 2009, pp. 1–8, esp. pp. 2–3). Tampoco se destaca que las partes podrían derogar expresamente el juego de dichas presunciones, pacto verdaderamente extraño pero posible (*vid.* I. Heredia Cervantes, “El nuevo foro contractual del Reglamento (CE) nº 44/2001”, *Rev. Esp. Der. Eur.*, nº 9, 2004, pp. 55–84). Una tercera confusión sería no haber tenido en cuenta que las presunciones a favor del lugar de entrega o del lugar de prestación de servicios sólo juegan si tal lugar se identifica –o se puede identificar– “en el contrato” y no en los restantes casos, es decir, cuando en el contrato no exista forma de determinar dicho lugar [*vid.* E. Castellanos Ruiz en “Competencia judicial internacional sobre venta internacional: art. 5.1º del Reglamento (CE) nº 44/2001”, en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dir.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 105–149, esp. p. 132; *vid.*, de hecho, las contradicciones entre el correcto ap. 46 de la Sentencia y los más dudosos 56 y 57]. Cuarta confusión: en caso de que no se identifique en el contrato ni el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda [art. 5.1º.a)] ni el lugar de cumplimiento del lugar de entrega o de prestación de servicios [art. 5.1º.b)], sólo queda recurrir a la *lex contractus* [art. 5.1º.c), omitido injustificadamente en los aps. 56 y 57]. Pero es que, además, la *lex contractus* servirá para identificar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, no el lugar de las presunciones como se señala en el ap. 56, que ya se han desactivado porque no cumplen su función de evitar la *lex contractus* (*v.gr.*, se volvería a la solución originaria del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, *vid.* SSTJCE 6 de octubre de 1976, as. 12/76: *Tessili c. Dunlop, Rec.*, 1976, pp. 1473 ss; y de 29 de junio de 1994, as. C-288/92: *Custom Made Comercial c. Stawa Metallbau, ibid.*, 1994, pp. I-2913, y, al respecto, V. Henzé, “De vuelques infirmités congénitales du droit uniforme: l’exemple de l’article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, t. 89, 2000, pp. 595–639). Como quinta y última confusión, siendo quizá la de mayor alcance, los lugares de ejecución de las distintas obligaciones no pueden depender de la interpretación autónoma de la norma (como se apunta en los aps. 56 y 57) sino que, al contrario, son el presupuesto de la aplicación de cualquier norma. Si no se han pactado expresamente en el contrato ni se pueden deducir de un modo cierto, es absurdo buscar, en nombre de la interpretación uniforme, un lugar de cumplimiento específicamente a los efectos del art. 5.1º RB I, distinto del lugar de cumplimiento para los restantes efectos jurídico-sustantivos (*vid.* con más detalle mi opinión en “El lugar de entrega de las mercancías en la contratación internacional”, *AE-DIPr*, t. VIII, 2008, pp. 283–311, esp. pp. 295–297). Lo que ha de hacerse es integrar el contrato conforme a la *lex contractus*, injustamente “proscrita” por el Tribunal. No conviene olvidar que la ley rectora del contrato puede expresar la voluntad de las partes mediante la *electio iuris* –qué mejor forma de determinar los lugares de cumplimiento no pactados en el contrato– y que no existe un riesgo relevante de *forum shopping*, dado que la ley aplicable al contrato está unificada entre los Estados miembros.

2. En función de lo expuesto, una mejor respuesta del Tribunal hubiera sido remitir a la *lex contractus* para determinar el lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda, cuando ni dicho lugar, ni el lugar de entrega o de prestación de servicios se deduzcan de los propios términos del contrato.

Por todo ello, la argumentación de la Sentencia en torno a las presunciones me parece innecesaria, aunque, sí he de decir, interesante y bien elaborada. En efecto, el problema de las presunciones en el presente caso es si los cinco contratos de suministro de componentes deben calificarse como contratos de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios. Por un lado, la sociedad suministradora transfiere la propiedad de las mercancías al ser entregadas, a medida que vayan siendo solicitadas por la compradora en función de las necesidades de su proceso de producción. Por otro, presta una serie de servicios, al comprometerse a fabricar los componentes de una forma determinada, con los materiales

comprados a unos proveedores determinados de antemano y respetando un elevado número de prescripciones relativas a la obtención, transformación y entrega de las mercancías y a la organización del trabajo, al control de calidad, al empaquetado y etiquetado y a la gestión administrativa de los albaranes de entrega y de las facturas.

Ante esta situación, el TJ desarrolla una meritoria labor interpretativa, dado que el RB I ni define los conceptos de compraventa de mercaderías y prestación de servicios ni mucho menos establece cómo se delimitan entre ellos (para un análisis en profundidad, *vid.* F. Esteban de la Rosa, “Nuevos avances hacia la materialización del foro del lugar de ejecución del contrato del Reglamento Bruselas I: la STJ de 25 de febrero de 2010”, *La Ley. Unión Europea*, nº 7392, 30 de abril de 2010, pp. 1–9, esp. pp. 4 ss). Así, el Tribunal ofrece una solución lógica que responde a la *ratio legis* de la norma: si las presunciones se basan en la obligación característica que define al contrato, habrá que ver precisamente cuál es la obligación característica de aquellos contratos que, como en el caso, pueden ser objeto de una doble calificación (ap. 32). En consecuencia, las restantes obligaciones deberán calificarse como accesorias y, por tanto, no tendrán entidad suficiente para alterar la calificación del contrato.

3. Para identificar cuál es la obligación característica del contrato y, por tanto, concluir su posible calificación, el Tribunal recurre al clausulado del contrato y lo contrasta con lo dispuesto en distintas normas, que jugarán a modo de “indicios” (ap. 38). Este proceder tiene luces y sombras. Llama la atención positivamente que el Tribunal no sólo se refiere a otras posibles normas de Derecho europeo, sino también a las de Derecho convencional, dada la relevancia de estas normas en materia contractual (*vid.* P. de Miguel Asensio, “Contratación comercial internacional”, en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª ed., Madrid, Iustel, 2011, pp. 251–350, esp. p. 306). Sin embargo, llama la atención negativamente que el Tribunal coloque en pie de igualdad a instrumentos que a todas luces no son aplicables al caso con otros que, a falta de más datos, sí podrían ser aplicables en el caso.

En este sentido, el Tribunal recuerda que los contratos de suministro de bienes de consumo se consideren contratos de compraventa a efectos de la Directiva 1999/44 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo (art. 1.4º). No está de más este recordatorio, aunque parece un poco descontextualizado. De hecho, hubiera sido oportuno que el Tribunal destacara que esta Directiva no afecta a contratos entre empresas, sino a las relaciones con consumidores, es decir, personas físicas que actúan al margen de su actividad profesional o empresarial [art. 1.2º.a), *vid.* F. Esteban de la Rosa, *loc. cit.*, p. 5]. Por tanto, la cita de la norma a estos efectos debe entenderse como una ilustración del estado general de la cuestión. Incluso cabría traer esta norma a colación para mostrar la necesaria coherencia normativa que probablemente haya de existir en la cadena de distribución comercial. En definitiva, podría destacarse que si los elementos objetivos son los mismos, el contrato debe calificarse por razón del objeto de la misma forma, sin quedar afectado por elementos subjetivos distintos, como es la presencia de un consumidor o no.

Mucha más relevancia me parece que tiene la referencia (ap. 36) a la calificación de estos contratos conforme a la Convención de compraventa internacional de mercaderías, hecho en Viena, el 11 de abril de 1980. De hecho, es bastante más que un mero “indicio” (como lo califica el Tribunal en el ap. 38) y ello por dos razones, una práctica y otra teórica: la práctica sería que en el caso podría llegar a regir este contrato y la teórica, que su calificación da con la clave jurídica de este tipo de contratos en los usos y prácticas del comercio internacional. En efecto, salvo que las partes hubieran excluido su aplicación de mutuo acuerdo (art. 6) –lo que no consta en la Sentencia–, dicha Convención sería aplicable al tener comprador y vendedor sus establecimientos en Estados partes distintos [art. 1.1º.a)]; y ello sin tener en cuenta, porque tampoco consta en la Sentencia, la posible aplicación de la Convención si la ley aplicable al contrato fuera la de un Estado parte [art. 1.1º.b)]. Por tanto, lo dispuesto en la Convención tiene que tener bastante más valor que lo que pueda disponer, por ejemplo, una directiva sobre consumidores que no resulta aplicable. El TJ “degrada” injustificadamente la Convención y creo que lo hace por una visión excesivamente rigurosa de lo que es la interpretación uniforme del RB I. Por supuesto que el Reglamento no parte en principio de una calificación *ex lege causae*, pero ello no oculta que el régimen jurídico

rector del contrato es un “elemento” muy relevante para determinar la categoría del RB I en la que se debe subsumir dicha relación contractual.

Pero es que, independientemente de que sea aplicable al caso, la Convención ofrece una clave jurídica muy interesante para calificar estos contratos conforme a los usos del comercio internacional, al señalar que los contratos de suministros se considerarán compraventas de mercaderías (art. 3.1º), dado que el suministro implica la entrega de las mercancías transmitiendo su propiedad. En el mismo sentido se pronuncia el art. 6.2º Convención sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Nueva York, el 14 de junio de 1974, a la que también alude la Sentencia (ap. 37). Es dudosa la referencia del Tribunal a esta Convención porque no ha quedado clara su aplicación en el caso. Las partes no tienen su establecimiento en Estados contratantes [art. 3.1º.a)], ni tampoco consta si la ley aplicable era la de un Estado contratante [art. 3.1º.b)], teniendo en cuenta, además, que esta previsión es fruto de una enmienda introducida por el art. I del Protocolo hecho en Viena, de 11 de abril de 1980, y que los Estados pueden declarar su preferencia por el art. 3 originario de la Convención, que no contemplaba su aplicación si la ley rectora del contrato era la de un Estado parte.

De aplicar estos principios al RB I y al caso concreto, se partiría, como regla general para los suministros de mercancías, de la presunción de la compraventa (primer guión de la letra b) del art. 5.1º] y se obviaría la relativa a la prestación de servicios (segundo guión). Es verdad que la empresa suministradora realiza una serie de prestaciones a demanda de su cliente, pero la obligación más significativa continúa siendo la entrega de las mercancías transfiriendo su propiedad. De hecho, casi peca de obvia la afirmación del Tribunal de que el hecho de que la mercancía a entregar “deba fabricarse o producirse previamente no modifica la calificación del contrato en cuestión como contrato de compraventa” (ap. 38).

4. No obstante, la Convención de Viena de 1980 excluye de la calificación de compraventa internacional al contrato de suministro si el cliente al que se suministra proporciona “una parte sustancial” de los materiales a la empresa suministradora (art. 3.1º *in fine*). Esta excepción también es asumida por el TJ *in abstracto* a los efectos del RB I y supondría calificar el contrato como prestación de servicios [segundo guión de la letra b) del art. 5]. Incluso podría decirse que el TJ, asumiendo los principios de la Convención de Viena de 1980, los adapta al RB I de una forma precisa. En vez de referirse a que no es compraventa si el cliente proporciona una parte “sustancial” de las mercancías, utiliza un término más exacto como es el de proveer “todos o la mayor parte” de los materiales (ap. 40).

La razón de esta excepción a la calificación como compraventa si las mercancías son “proporcionadas” por el cliente al que se suministra, para así asegurar unos determinados estándares de calidad, es que, en tal caso, la obligación más significativa pasa a ser la “prestación del servicio” de producción y manufactura y la accesoria, la entrega de las mercancías ya transformadas (*vid.*, sobre la atracción de las obligaciones accesorias a la obligación principal, la STJCE 15 de enero de 1987, as. 266/85: *Shenavai c. Kreischer*, pp. 239 ss; y 28 de septiembre de 1999, as. C-440/97: *GIE Groupe Concorde*, pp. I-6307 ss, aps. 26 y 27). No en vano, el cliente al que se suministra es propietario o poseedor de las mercancías antes de dárselas al vendedor para su producción y manufactura. Puestos, entonces, en una balanza, gana importancia “el servicio” de manufactura y la pierde la “entrega” de la cosa (*vid.* J.C. Fernández Rozas y R. Arenas García, “Compraventa y transporte internacional de mercaderías”, en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P. de Miguel Asensio, *op. cit.*, pp. 351-438, esp. pp. 371-372). No obstante, esta excepción *in abstracto* no concurre en el caso ni es comparable a la “cláusula de identificación de proveedores” que sí consta en los contratos. En virtud de esta última, el comprador no proporciona previamente la mercancía al vendedor-suministrador, no siendo en ningún momento propietario o poseedor de los componentes que necesita el vendedor. Simplemente el comprador especifica al vendedor a qué proveedores podrá adquirir los materiales que necesite, para garantizar unos estándares de calidad (ap. 41).

5. El Tribunal corrobora su tesis de que los contratos de suministro son compraventas salvo que el comprador proporcione todos o la mayor parte de los materiales con un análisis de la responsabilidad asumida por el suministrador [ap. 42 y, en la doctrina, P. Canedo Arrillaga, “Notas breves sobre la Sentencia del TJUE de 25 de febrero de 2010 (*Car Trim*): Los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento (CE) nº 44/2001”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol.

3, nº 1, pp. 263–269, esp. p. 267]. Apunta, con buen criterio, que el contrato se aproxima a una compraventa de mercancías si la obligación asumida es la de entregar éstas de acuerdo con unos estándares de calidad, es decir, una obligación de resultado. Al contrario, si el suministrador se compromete a una determinada ejecución de su actividad siguiendo las instrucciones del comprador, existen más semejanzas con los contratos de prestación de servicios. Podría quedar la duda de qué ocurre si el suministrador asume en el contrato ambas obligaciones, sobre la que el Tribunal no se pronuncia. Quizá en estos casos habría que interpretar el contrato de una forma sistemática indagando en las relaciones internas entre su clausulado. Así, opción a): si la obligación en torno a la calidad y conformidad de las mercancías es una consecuencia directa de la ejecución de la fabricación, transformación o manipulación de la forma determinada exigida por el comprador, prevalece la calificación como contrato de prestación de servicios; opción b): si la calidad y conformidad de las mercancías no depende necesariamente o en su mayor parte de las instrucciones de ejecución dadas por el comprador, sino de otros factores tales como los componentes y materiales utilizados por el suministrador, primará la calificación como contrato de compraventa de mercancías. Sea como fuere, parece dudoso que este criterio de la responsabilidad asumida por el suministrador deba interpretarse aisladamente. Más bien, deberá interpretarse conjuntamente con la cláusula sobre quién entrega al suministrador los componentes, si un tercero o el propio comprador, que, además de ser el recogido en la Convención de Viena, resulta más esclarecedor. De hecho, si la obligación principal del suministrador es la entrega de la mercancía conforme a la calidad establecida, en muchos casos será porque éste se vale de sus propios proveedores. Al contrario, si la obligación principal es la ejecución de los servicios, será porque el comprador le da menos importancia a la calidad y conformidad de las mercancías, quizá porque él mismo las haya proporcionado.

Si es positivo que el TJ contraste su opinión con otros criterios, no lo es tanto que no se haya dado la más mínima relevancia a la transmisión de la propiedad y del riesgo de pérdida o deterioro de las mercancías, cuando forma una parte esencial del contrato de compraventa. En efecto, resulta eficaz la solución de calificar los suministros como contratos de compraventa salvo que el comprador “proporcione” todo o parte de los componentes al suministrador, pero no puede perderse de vista que el término “proporcionar” es sumamente impreciso. Si el comprador “suministra” los materiales al vendedor, a modo de cesión, puede entenderse que estamos ante un contrato de prestación de servicios, que es lo que más interesa del suministrador. Sin embargo, el Tribunal no se plantea la posibilidad de que el comprador “proporcione” los materiales transfiriendo la propiedad y el riesgo al suministrador. Piénsese, de hecho, en los casos de varios contratos coligados en los que una parte vende los componentes a la otra (contrato de compraventa 1), ésta los manufactura, produce o transforma (prestación de servicios) y los revende al cliente (contrato de compraventa 2). *Prima facie* podría pensarse que se trata de una “prestación de servicios” porque el suministrador recibe los componentes del cliente al que se los va a suministrar después, pero en verdad, a los efectos del RB I, existen serios argumentos para la calificación como contrato de compraventa de mercadería, pues el suministrador ha adquirido el dominio y el riesgo de la mercancía y lo que hace es revenderla al cliente al que suministra, que en un momento dado ha dejado de ser propietario y vuelve a recuperar la propiedad. Por tanto, existiendo dicha transferencia de la propiedad, el suministro posterior entraría dentro del ámbito de la compraventa de mercancías, al ser una reventa.

6. Una vez determinado por el Tribunal que el contrato se subsume en la categoría de compraventas de mercaderías, rige la presunción de que el lugar de entrega es aquél donde se tiene que cumplir la obligación que sirve de base a la demanda, a falta de pacto de las partes en otro sentido. Pero se presenta otro problema, relativo a cuál es el lugar de entrega. Ya he destacado que, en mi opinión, en defecto de pacto expreso en el contrato sobre dicho lugar y de cualquier indicio en éste que permita deducir la voluntad de las partes, tal lugar debería determinarse por la *lex contractus*, siendo absurdo buscar un lugar de entrega a efectos procesales y otro a efectos sustantivos (*vid. supra* nº 1). Lejos de ello, el Tribunal persiste en su intento de buscar un lugar de entrega en este contrato a los efectos del RB I. En particular, el Tribunal se decanta por el lugar en el que se entrega la mercancía al comprador, descartando el lugar en el que se entrega la mercancía al primer transportista (*vid. sobre la distinta relevancia económica y jurídica de estos lugares*, M. Virgós Soriano, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 47–61). Para ello, alude a criterios procesales y

sustantivos (ap. 61 y, en la doctrina, P. de Miguel Asensio, *loc. cit.*, p. 307). Desde una vertiente procesal, el TJ apela al alto grado de previsibilidad de ese lugar para las partes y a la proximidad que existiría entre lugar de entrega y tribunal competente. Desde una perspectiva sustantiva, alude que ése será el lugar donde se hallen las mercancías “tras la ejecución del propio contrato”, que “culmina por completo” cuando las mismas llegan a su destino final. En relación con esta argumentación, deben hacerse dos matices. En primer lugar, deben pesar más los argumentos sustantivos que los procesales; éstos se agotan en el hecho de que el RB I haya retenido el lugar de entrega como foro de competencia, pero no deben afectar a la determinación de dicho lugar de entrega en un concreto contrato, susceptible de ser integrado por la *lex contractus*. De hecho, la invocación al principio de proximidad procesal plantea serias dudas: el lugar de entrega de las mercancías es el que se deduce del marco jurídico de referencia del contrato, sin que se pueda buscar un tribunal más vinculado con el litigio (*vid. mi opinión sobre que tal proceder es una suerte de forum non conveniens no permitido por el Reglamento en “El lugar de entrega...”*, *loc. cit.*, p. 297). En segundo lugar, los propios argumentos sustantivos pecan de contradicción, inexactitud y abstracción. Son contradictorios porque el TJ obvia lo dispuesto por la Convención de Viena de 1980, que llevaría a resultados totalmente distintos (*ex art. 31*), cuando en la cuestión prejudicial anterior resultó un criterio interpretativo clave (*cf. F. Esteban de la Rosa, loc. cit.*, p. 7). Son inexactos porque retienen un concepto indeterminado como el de “culminación del contrato”, en lugar del criterio de transmisión de la propiedad y del riesgo, mucho más técnico y preciso. Por último, los argumentos del Tribunal están enunciados de una forma demasiado abstracta, como si fuera una regla general para todo contrato de compraventa (*vid. ap. 61* cuando se señala que “el objetivo fundamental de un contrato de compraventa de mercaderías es transmitir éstas del vendedor al comprador, operación que tan sólo culmina por completo cuando las mismas llegan a su destino final”). Esta generalización es peligrosa, pues, aunque existen contratos en los que la transmisión del riesgo y de la propiedad se produce en el destino final, corriendo el vendedor con los riesgos del transporte, habrá otros en los que dicha transmisión se produzca a la entrega del transportista, corriendo el comprador con los riesgos del transporte. En este último caso, el tribunal competente debería ser el del lugar de entrega de las mercancías al transportista y, sin embargo, es dudoso si esta solución tiene cabida *pro futuro* teniendo en cuenta la generalización de la Sentencia.

7. En conclusión, y en contra de lo señalado por el Tribunal, creo que la *lex contractus* ha de determinar el lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda, cuando no se deduzca de los propios términos del contrato ni dicho lugar, ni el lugar de entrega de las mercancías o de prestación de servicios [art. 5.1º.c)]. Sería, pues, innecesaria la mayor parte de la argumentación de la Sentencia. En todo caso, puestos a valorar ésta, presenta aciertos y defectos. En su haber destaca una adecuada calificación de los contratos de suministros, tomada de la Convención de Viena de 1980, como contratos de compraventa salvo que el comprador haya proporcionado la mayor parte de los materiales y demostrando así un especial interés por la prestación del servicio por el suministrador. En su deber anotaría el empeño de interpretar el contrato “conforme” al Reglamento “Bruselas I”. Son las normas de competencia judicial las que se interpretan conforme al Reglamento, no los hechos ni las cláusulas contractuales.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

Profesor titular de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo

VALIDEZ DEL CONVENIO ATRIBUTIVO DE COMPETENCIA EN LOS CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

2010/24.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta, Auto nº 61/2010, de 22 de febrero de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Uceda Ojeda. AC\2010\536.

Contrato de distribución.– Competencia judicial internacional en el orden civil.– Competencia de los tribunales españoles: improcedencia.– Acción resolutoria de contrato de distribución.–

Cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Italia.— Validez del pacto de atribución de competencia: sociedad sin condición de consumidor.— Suspensión de la vista al haberse interpuesto la declinatoria: la parte apelante no interpuso recurso alguno contra tal decisión

Normas aplicadas: Arts. 21 y 22 LOPJ; arts. 5.1º.a) y b), 23.1º, 3º y 5º 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] el art. 22.3º LOPJ solo debe entrar en juego, en defecto de sumisión expresa a una jurisdicción extranjera, pues debe aceptarse la misma si está autorizado por lo dispuesto en los Convenios Internacionales o en la Ley, que es lo que entendemos que ocurre en este caso, en función de lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 44/2001 de 22 de diciembre [...]. El art. 23.1º del Reglamento indica que "...".

En este caso, como el pacto sobre prórroga de competencia se recogió expresamente por escrito en el contrato cuya resolución se pretende, apreciamos que concurren los requisitos para su aplicación, sin que pueda entrar en juego el art. 5.1º, a) y b) Reglamento (CE) nº 44/2001, erróneamente invocado por la parte apelante, pues el mismo solo es aplicable para regular la competencia, como norma de cierre, en defecto de atribución exclusiva de competencia a un Estado y de pacto válido sobre sumisión o prórroga de competencia.

El art. 52.1º.12ª LEC, y Disposición Adicional de la Ley 12/1992 de 27 de mayo no pueden alterar este criterio, ya que, al margen de no guardar relación con la materia que es objeto de debate, cómo ocurre con la competencia desleal que regula el art. 51.1º.12ª LEC, o ser de dudosa aplicación, caso de la ley de agencia, los mismos solo tienen cabida, como criterio de competencia territorial dentro del Estado español, cuando sea la jurisdicción española la competente, sin que sirvan para determinar la misma cuando se esta discutiendo sobre si es o no competente la jurisdicción española, pues son las normas antes indicadas las que las regulan la misma.

El Convenio suscrito entre España e Italia en el año 1973 no es de aplicación, pues el mismo se ocupa de la asistencia y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y no establece normas para la fijación de la competencia judicial entre los Estados que es la materia que nos incumbe en este momento. Además, el mismo no está vigente, pues el art. 69 del Reglamento (CE) nº 44/2001 indica que "sin perjuicio de lo dispuesto en el ap. 2 del art. 66, y en el art. 70 (normas de Derecho transitorio), el presente Reglamento sustituirá, entre los Estados miembros, entre otros, al Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Madrid el 22 de mayo de 1973".

Por último examinamos si existe alguna limitación para aceptar la prórroga de competencia o sumisión expresa regulada en la cláusula 11 del contrato suscrito por las parte, al encontrarnos, tal como entiende la parte apelante, ante un contrato de adhesión o mejor dicho ante una "cláusula de adhesión", la que regula la competencia internacional.

El art. 23. 5º Reglamento (CE) nº 44/2001 se ocupa de esta materia, es decir los límites a los pactos de prórroga de competencia internacional, indicando que "no surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia... si fueren contrarios a las disposiciones de los art. 13 (competencia en materia de seguros), 17 (sobre consumidores) y 21 (contratos individuales de trabajo) o si excluyeren la competencia de tribunales exclusivamente competentes en virtud del art. 22 (que, en términos idénticos a la ley española, recoge materias de competencia exclusiva de cada uno de los Estados miembros de la UE)".

Así pues, sin entrar a considerar si nos encontramos o no ante un contrato o ante una cláusula de adhesión, debemos rechazar este último motivo, ya que es evidente que es perfectamente válido el pacto de atribución de competencia a los Tribunales de Vicenza, pues la sociedad Agro Iindustial G. Capa, S.A. no puede considerarse un consumidor, tal como es entendido por la legislación española (Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) y comunitaria (Directiva Comunitaria de 5 de abril de 1993).

COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS

2010/25.- Audiencia Provincial de Murcia, Sección Quinta, Sentencia nº 89/2010, de 18 de marzo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Joaquín Hervás Ortiz. AC\2010\440.

Compraventa internacional de mercancías.- Pago del precio.- Intereses moratorios: improcedencia.- Prestación característica: entrega del cargamento de arenque que la empresa irlandesa vendedora debía realizar a la empresa española compradora.- Imposibilidad de reclamar el importe del principal conforme a Derecho extranjero e intereses moratorios conforme al Derecho español.- Aplicación del Derecho irlandés: falta de acreditación.

Normas aplicadas: Art. 4.1º y 2º Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980.

[...] Entrando ya en el fondo del recurso, debe señalarse que alega la parte apelante, en primer lugar, que el Derecho sustantivo aplicable no es el irlandés, sino el español, invocando, a tal efecto, el art. 4.1º Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, y afirmando que el contrato presenta una vinculación más estrecha con España que con Irlanda. Pero tal motivo de recurso no puede prosperar, toda vez que en el art. 4.2º del mismo Convenio se señala expresamente que se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. Y en el caso que nos ocupa es claro que la prestación más característica no era otra que la que debía realizar la mercantil vendedora, que tenía su administración central en Irlanda, y no la que tenía que hacer la parte compradora, que tenía su administración central en España. En efecto, es indiscutible que, en la compraventa internacional que nos ocupa, la prestación más característica no era otra que la entrega del cargamento de arenque que la empresa irlandesa vendedora debía realizar a la empresa española compradora, a cuyo efecto deben darse aquí por reproducidas, en evitación de inútiles repeticiones, las argumentaciones realizadas por el Juzgador a quo, que no han resultado desvirtuadas, en modo alguno, por la parte recurrente, máxime cuando no concurren circunstancias que permitan afirmar que el contrato tuviese una vinculación más estrecha con España, de conformidad con lo dispuesto en el ap. 5 del mismo Convenio.

A lo expuesto debe agregarse que la parte apelante pretende discutir la aplicabilidad del Derecho irlandés sobre la base de afirmar que la relación jurídica que unía a las partes era una compraventa a ensayo o prueba, lo que, como enseguida veremos, no es cierto, por lo que debe ser igualmente rechazada tal argumentación. [...].

Distinta suerte ha de correr, en cambio, el pronunciamiento que efectúa condena al abono de intereses a determinar en trámite de ejecución de Sentencia, por las razones que, a continuación, se exponen. En efecto, partiendo de que resulta aplicable el Derecho irlandés, lo que no cabe es reclamar el importe del principal conforme a dicho Derecho extranjero y reclamar, en cambio, intereses moratorios conforme al art. 63.1º Ccom español, como hace la parte actora en su demanda. Los intereses moratorios serían un aspecto más de la indemnización a abonar y, como tales, tendrían que regirse por lo dispuesto, a tal efecto, en el Derecho extranjero aplicable, como reconoce el Juzgador a quo en su Sentencia. Ahora bien, entiende la Sala que no habiéndose acreditado en la fase declarativa del proceso que el Derecho irlandés incluya, a modo de indemnización de daños y perjuicios, el abono de intereses moratorios, no puede dejarse para la fase de ejecución de Sentencia dicha acreditación. En este sentido, es de suponer que el dictamen sobre el Derecho irlandés aportado por la parte actora junto con su demanda (...) incluye todos los conceptos indemnizables conforme a dicho Derecho, sin que en él se haga referencia alguna a la procedencia de abono de intereses. Es más, como puede apreciarse en la súplica de la demanda, la parte actora fundamenta su reclamación de abono de intereses moratorios en el contenido del art. 63.1º Ccom, pretendiendo así una aplicación fragmentaria de dos ordenamientos

jurídicos en cuestiones sustantivas, lo que no resulta procedente, cuando, como hemos visto, resulta aplicable a todos los aspectos de esa relación material o sustantiva el Derecho irlandés.

De lo expuesto se sigue que debe ser estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto y debe ser revocada parcialmente la Sentencia apelada, en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento de la Sentencia apelada que realiza condena al abono de intereses legales en la forma que señala en su fallo, siendo parcial, por tanto, la estimación de la demanda interpuesta. Y de ello se sigue, a su vez, que no procede hacer imposición de las costas de la primera instancia a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394.2º LEC [...].

[ATLANTIC DAWN LTD / BLUEFIN TUNA, S.L.]

2010/26.– Audiencia Provincial de Murcia, Sección Cuarta, Sentencia nº 408/2010, de 15 de julio de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Martínez Pérez. JUR\2010\296249.

Compraventa internacional de mercaderías.– Perfección del contrato.– Reserva: estimación.– Existencia de una oferta vinculante y prioritaria a la actora solicitando el pago de un adelanto en concepto de reserva.– Solicitudes de un plazo temporal para satisfacer el importe restante de la operación.– Indemnización.– Lucro cesante: estimación.– Ganancias dejadas de obtener a causa del incumplimiento del contrato.

Normas aplicadas: Arts. 14, 74, 75 y 76 y 77 Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980.

[...] Con carácter previo hay que dejar sentado, que a la cuestión planteada en la presente litis, reclamación de cantidad por indemnización de daños y perjuicios derivada de incumplimiento contractual, le es de aplicación la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, de Viena de 11 de abril de 1980, aceptándose los razonamientos que se exponen en el FD 1º de la sentencia de instancia, debiéndose indicar que en el recurso de apelación no se cuestiona la aplicación del Convenio referido. [...]

La indemnización concedida en instancia, y aceptada en esta alzada, no quebranta lo dispuesto en los arts. 74, 75 y 77 Convenio de Viena de 1980, pues la parte apelante y demandada no ha acreditado que la indemnización solicitada exceda de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto, no se ha acreditado que hubiera existido la posibilidad de una compra de reemplazo y tampoco se ha acreditado que la parte demandante no hubiera adoptado las medidas que fueran razonables, atendidas las circunstancias, para reducir el perjuicio, no siendo procedente el presente caso la aplicación de la facultad moderadora, prevista en el art. 1.103 Cc, debiéndose, finalmente, indicar que las cuestiones fiscales suscitadas por la parte demandada son ajenas al ámbito civil y no obstan a la fijación de la indemnización por lucro cesante que resulta de la prueba practicadas en los autos.

[KRANE-MACHINEN-SERVICE GMBH & CO. HANDELS-KG, CONTRA GRÚAS ANDALUZA, S.A.]

2010/27.– Audiencia Provincial de Asturias, Sección Séptima, nº 412/2010, de 29 de septiembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente. JUR\2010\385754.

Compraventa internacional de mercancías.– Obligaciones del comprador: pago del precio.– Incumplimiento de la obligación: desestimación.– Precio pendiente correspondiente a anchoas: mercancía suministrada no se ajustaba, por su tamaño y calidad, a la solicitada y comprometida.– Comunicación de su falta de conformidad dentro de los plazos previstos en la Convención de Viena.

Normas aplicadas: Arts. 59 y 50 Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980.

[...] Situándonos ya en el plano jurídico, sostiene la apelante que es aplicable al presente supuesto el art. 336 Ccom, que establece en su párrafo segundo que “el comprador tendrá el derecho de repetir contra el vendedor por defecto en la cantidad o calidad de las mercaderías recibidas envasadas o embaladas, siempre que ejercite su acción dentro de los cuatro días siguientes al de su recibo y no proceda la avería de caso fortuito, vicio propio de la cosa o fraude”. Pero lo cierto es que, como muy bien se expresa en la Sentencia apelada, no solo no resulta de aplicación dicho precepto en supuestos como el presente en los que se entrega una cosa distinta a la que se solicitó, y que resulta totalmente inhábil para el uso o destino que le iba a dar el comprador (que, en este caso, no tenía previsto destinar la anchoa para “pasta”, que era el único que podía darse a la suministrada), sino que, además, en ningún caso puede exigirse que el comprador examine toda la mercancía suministrada en tan exiguo plazo de cuatro días en un supuesto como el presente, en el que no se trataba propiamente de mercancía embalada o envasada, sino de una gran cantidad de mercancía perecedera envasada en salmuera, y si se abrían todos los barriles a la vez se corría el riesgo de que se perdiese definitivamente gran parte de ella, por lo que es lógico que la demandada tardase un tiempo, según se iba comercializando la mercancía, en advertir que el pequeño tamaño de la anchoa suministrada no era cosa de algún barril que otro, sino que era generalizado, máxime teniendo en cuenta que se trata de una compraventa internacional de mercancías y que existe un Tratado Internacional, la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, suscrito por Argentina y por España, en cuyo art. 39 se estipula que el comprador podrá invocar la falta de conformidad de las mercaderías comunicándolo al vendedor en un “plazo razonable” a partir del momento en que la haya o debiera haber descubierto, y, en todo caso, en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual, y en cuyo art. 50 se establece que si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que tenían en el momento de la entrega y el que habrían tenido de haber sido conformes al contrato, pues es evidente que la demandada hizo su primera reclamación en un plazo aproximado de cuatro meses desde la recepción de la mercancía, plazo que puede considerarse más que razonable, teniendo en cuenta la cantidad y naturaleza de la mercancía, una vez que constató que el grave defecto de tamaño de la anchoa era generalizado, y no dejó pasar dos años hasta que se negó a pagar el resto de la segunda factura, que ahora se reclama.

[MATTERA HERMANOS, S.A. / GONZÁLEZ BARRIO S.L.]

2010/28.– Audiencia Provincial de Alicante, Sección Quinta, Sentencia nº 387/2010, de 4 de noviembre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Dª Teresa Serra Abarca. AC2011\118.

Compraventa internacional de mercancías.– Competencia judicial internacional en el orden civil.– Competencia de los tribunales españoles: procedencia.– Lugar de prestación de servicios para la determinación de la competencia.– Aplicación del art. 5.1º.a) Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo: domicilio del demandado en España.– Compraventa mercantil: suministro.– Incumplimiento del comprador: procedencia.– Entrega del material vendido: falta de abono de su precio.

Normas aplicadas: Art. 5.1º.a) 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, de 22 de diciembre de 2000.

Reitera en el recurso la excepción de falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de la demanda, la sustenta en el art. 5 del Reglamento comunitario nº 44/2001 al ser el demandado representante de la actora en la zona de Alemania, sin que acredite por la demandante que el demandado tenga domicilio en este país, constando únicamente el domicilio de la mercantil American Traventino Germany S.L. de la que el Sr. Hernan fue administrador único hasta 31 de octubre de 2006. Añade que tampoco se puede considerar la competencia de la jurisdicción española por el lugar de entrega que es en Alemania, según figura en las facturas y albaranes aportadas por la actora.

Lo relevante para la determinación de la competencia es el lugar de prestación de servicios, como resultaría de aplicación el art. 5.1º.a) 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 que dispone que las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro en materia contractual, ante el Tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda, como el art. 2 y 3 del domicilio del demandado, la competencia es de los Tribunales españoles. En este caso el domicilio del demandado, según consta de los documentos aportados por la actora esta en Benissa, lugar donde se remiten las comunicaciones extrajudiciales ambas partes, y en el que se notifican las resoluciones judiciales. Respecto a la entrega intracomunitaria en el que el demandado basa la competencia de los Tribunales alemanes, no se ha practicado prueba de que se realizara en ese país, cuando la actora acredita por la declaración de su legal representante y por la carta de porte internacional que las mercancías las adquiere en España, aunque con posterioridad su destino sea Alemania. En conclusión corroboramos la decisión judicial sobre la competencia que corresponde a la jurisdicción española..

CONTRATO DE SEGURO Y PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL

2010/29.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 20 de mayo de 2010. Asunto C-111/09. Ponente: Sra. C. Toader.

Contratos de seguro.– Recurso interpuesto por una aseguradora ante el tribunal de su domicilio para obtener el pago de una prima de seguro por parte del tomador del seguro domiciliado en otro Estado miembro.– **Comparecencia del demandado ante el órgano jurisdiccional al que se ha sometido el litigio.**– No impugnación de la competencia y defensa en cuanto al fondo.– **Comparecencia atributiva de competencia.**

Normas aplicadas: Arts. 24 y 35 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] para calificar la comparecencia del demandado de prórroga de la competencia en un litigio de la índole del que se examina en el procedimiento principal, el demandado, parte más débil, debería haber tenido la oportunidad de conocer plenamente las consecuencias de su defensa en cuanto al fondo. Así pues[...], el juez al que haya sido sometido el litigio debería verificar de oficio, en interés de la protección de la parte más débil, que la manifestación de voluntad de ésta es efectivamente consciente y que con ella se pretende fundamentar su competencia.

32. *Procede señalar que tal obligación únicamente podría imponerse estableciendo una regla expresa al efecto en el Reglamento nº 44/2001. No obstante, habida cuenta del objetivo de las reglas de competencia formuladas en las secciones 3 a 5 del capítulo II de dicho Reglamento, que consiste en ofrecer una protección reforzada a la parte que se considera más débil, el juez que conoce del asunto siempre está autorizado a asegurarse de que el demandado así emplazado ante él, que no es su juez natural, tiene pleno conocimiento de las consecuencias de su aceptación de comparecer.*

33. *De las consideraciones precedentes se deduce que procede responder a la segunda cuestión que el art. 24 del Reglamento 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.*

[ČESKÁ PODNIKATELSKÁ POJIŠŤOVNA AS, VIENNA INSURANCE GROUP Y MICHAL BILAS]

Obs.: Vid. nota de P. Paradelo Areán, *REDI* 2010–6–Pr.

DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL**COMPATIBILIDADES DE LOS APPRIS CON EL DERECHO
DE LA UNIÓN EUROPEA**

2010/30.– Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 19 de noviembre de 2009. Asunto C–118/07. Ponente: J.–C. Bonichot.

Incumplimiento de Estado – Art. 307 CE, párrafo segundo – Convenios bilaterales celebrados con Estados terceros antes de la adhesión del Estado miembro a la Unión Europea y el Tratado CE.– Falta de adopción de las medidas apropiadas para eliminar las incompatibilidades entre los Convenios bilaterales celebrados por la República de Finlandia con la Federación de Rusia, la República de Bielorrusia, la República Popular China, Malasia, la República Socialista Democrática de Sri Lanka y la República de Uzbekistán en materia de inversiones.

Normas aplicadas: Arts 57, 59, 60 y 307 TCE.

[...] 18. El convenio bilateral de inversión controvertido, celebrado por la República de Finlandia, contiene disposiciones que garantizan la libertad de transferencia en divisa libremente convertible, sin retrasos indebidos, de los pagos vinculados a una inversión.

19. De este modo, se garantizan, en particular, la libertad de transferir fondos para realizar una inversión, la gestión y ampliación de ésta, la libre repatriación de los ingresos que produzca dicha inversión y la libertad de transferir los fondos necesarios para el reembolso de préstamos y los provenientes de la liquidación o cesión de dicha inversión. [...]

22. Las disposiciones en cuestión, recogidas en los arts. 57 CE, ap. 2, 59 CE y 60 CE, ap. 1, introducen excepciones al principio de libre circulación de capitales y pagos entre los Estados miembros y los países terceros, en aras de proteger el interés general de la Comunidad y para permitirle cumplir, en su caso, sus obligaciones internacionales y las de los Estados miembros. [...]

26. Consta que el referido convenio bilateral no contiene ninguna disposición que reserve estas posibilidades de limitación, por parte de la Comunidad, de los movimientos de fondos relacionados con las inversiones. Por tanto, procede examinar si, por este motivo, la República de Finlandia estaba obligada a recurrir a los medios apropiados a los que se refiere el art. 307 CE, párrafo segundo.

27. En virtud del art. 307 CE, párrafo primero, las disposiciones del Tratado no afectan a los derechos y obligaciones que resultan de un convenio celebrado, con anterioridad a la fecha de la adhesión de un Estado miembro, entre este último y un Estado tercero. Dicha disposición tiene por objeto precisar, conforme a los principios del Derecho internacional, que la aplicación del Tratado no afecta al compromiso del Estado miembro de que se trate de respetar los Derechos de los Estados terceros que resultan de un convenio anterior y de cumplir sus obligaciones (véanse SSTJ 14 de octubre de 1980, Attorney General/Burgoa, 812/79, ap. 8; de 4 de julio de 2000, Comisión/Portugal, C–84/98, ap. 53, y de 18 de noviembre de 2003, Budejovický Budvar, C–216/01, aps. 144 y 145).

28. Sin embargo, el art. 307 CE, párrafo segundo, obliga a los Estados miembros a recurrir a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades observadas entre los convenios celebrados con anterioridad a su adhesión y el Derecho comunitario. Según dicha disposición, en caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común.

29. Los arts. 57 CE, ap. 2, 59 CE y 60 CE, ap. 1, atribuyen competencia al Consejo para restringir, en determinados supuestos concretos, los movimientos de capitales y los pagos entre los Estados miembros y los Estados terceros.

30. Para garantizar el efecto útil de dichas disposiciones, es necesario que las medidas que restrinjan la libre circulación de capitales, en caso de que sean adoptadas por el Consejo, puedan aplicarse inmediatamente a los Estados a los que se refieren.

31. En consecuencia y como declaró el TJ en sus sentencias de 3 de marzo de 2009, Comisión/Austria (C-205/06, ap. 37) y Comisión/Suecia (C-249/06, ap. 38), estas competencias del Consejo, que consisten en la adopción unilateral de medidas restrictivas respecto de Estados terceros en un ámbito que es idéntico o conexo al regulado por un convenio anterior celebrado entre un Estado miembro y un Estado tercero, ponen de manifiesto una incompatibilidad con dicho convenio puesto que, por un lado, éste no contiene ninguna disposición que permita al Estado miembro interesado ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones como miembro de la Comunidad y, por otro, tampoco lo permite ningún mecanismo de Derecho internacional.

32. Ahora bien, la República de Finlandia no alega, para el convenio al que se ha hecho antes referencia, ningún mecanismo que le permita cumplir con sus obligaciones comunitarias. Además, de todos modos, la posibilidad, alegada por los Estados coadyuvantes, de recurrir a otros medios ofrecidos por el Derecho internacional, como la suspensión del convenio, o incluso la denuncia del acuerdo de que se trata o de alguna de sus disposiciones, es demasiado incierta en sus efectos para garantizar que las medidas adoptadas por el Consejo puedan ser aplicadas eficazmente y en los plazos exigidos.

33. Consta que, en el caso de referencia, la República de Finlandia, en el plazo que la institución le señaló en el dictamen motivado, no inició ninguna actuación en relación con el Estado tercero afectado para eliminar el riesgo de conflicto que pueda surgir de la aplicación del convenio controvertido, con las medidas que el Consejo puede adoptar en virtud de los arts. 57 CE, ap. 2, 59 CE y 60 CE, ap. 1.

34. Procede añadir que, como se declaró en los asuntos que han dado lugar a las sentencias antes citadas, Comisión/Austria y Comisión/Suecia, las incompatibilidades con el Tratado a las que abocan los convenios de inversión con Estados terceros, y que se oponen a la aplicación de las restricciones a los movimientos de capitales y a los pagos que puede adoptar el Consejo en virtud de los arts. 57 CE, ap. 2, 59 CE y 60 CE, ap. 1, no se limitan al Estado miembro demandado en el presente asunto.

35. En consecuencia, es preciso señalar que, con arreglo al art. 307 CE, párrafo segundo, en caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr eliminar las incompatibilidades observadas entre los convenios celebrados por los Estados miembros con anterioridad a su adhesión y el Derecho comunitario, y adoptarán, en su caso, una postura común. En el marco de la responsabilidad que incumbe a la Comisión, en virtud del art. 211 CE, de velar por la aplicación de las disposiciones del Tratado, le corresponde adoptar cualquier iniciativa que pueda facilitar la asistencia mutua entre los Estados miembros interesados, así como la adopción por dichos Estados miembros de una postura común. [...]

[COMISIÓN / FINLANDIA]

Obs.: Vid. I. Iruretagoiena Agirrezanbalaga, "Los APPRI en la Unión Europea post-Lisboa", en este tomo del Anuario, *supra*, pp. 759-791.

DERECHO SOCIAL INTERNACIONAL

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL ORDEN SOCIAL

2010/31.– Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 134/2010, de 15 de enero de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Fernando Lousada Arochena. JUR\2010\83121.

Competencia judicial internacional en el orden social.– Competencia de los Tribunales españoles: estimación.– Contrato de embarque: oferta recibida en España por trabajador español.– Determinación de la oferta de trabajo en España previa al desplazamiento del trabajador.

Normas aplicadas: Art. 25 LOPJ; 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] Los argumentos barajados en las argumentaciones del demandante, ahora recurrido, y en la sentencia de instancia para considerar la competencia de la Jurisdicción española giran en torno a dos conexiones aplicando el art. 25 LOPJ: la nacionalidad española y el domicilio en España de la Entidad Mercantil Pescanova Sociedad Anónima, que se considera es la verdadera empleadora siendo meras empleadoras formales las otras dos empresas demandadas –las Entidades Mercantiles Argenova Sociedad Anónima y Mar de Las Palmas Sociedad Anónima–, y la existencia de una oferta de trabajo en España antes de ir a Argentina. Sin embargo, en el recurso de suplicación de las empresas demandadas no se cuestiona aquella primera conexión –la derivada de la nacionalidad y domicilio español–, sino solo esta segunda conexión –la derivada de la oferta previa de empleo–. De modo que, en principio, analizaremos esta segunda conexión, sin perjuicio de que, al tratarse de una materia de orden público, deberíamos también examinar aquella primera si esta segunda fuese rechazada –aunque no hará falta porque no lo va a ser y, para concluir la competencia jurisdiccional española, basta una sola conexión–.

El art. 25 LOPJ, aplicable atendiendo al domicilio argentino de la empleadora demandada –la Entidad Mercantil Argenova Sociedad Anónima– en defecto del Reglamento (CE) nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil –denominado Reglamento Bruselas I–, contempla como conexión competencial a la Jurisdicción española, “en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español”, una norma de carácter claramente tuitivo a favor de los trabajadores.

Parece evidente que, en el caso de autos, ha existido una oferta de trabajo en España previa al desplazamiento del trabajador a la Argentina. La juzgadora de instancia razona, en su sentencia, “que no es creíble que el actor decidiese viajar a Argentina para buscar trabajo, y que lo encuentre nada más llegar a dicho país, firmando el contrato en una fecha, reconociendo el mismo que la relación laboral comenzó con anterioridad a su firma”. Y no le falta razón si además consideramos que el coste del desplazamiento se dice fue a cargo de la empresa.

A juicio de la Sala, y superando otros criterios anteriores, la oferta no se entiende como una oferta completa que incluya todos los elementos esenciales del contrato de trabajo, limitándose la función del trabajador a aceptarlos. Si así fuese estaríamos ante un contrato de trabajo celebrado en España, y, para ese supuesto, ya sería aplicable otra conexión del art. 25 LOPJ. El desplazamiento a otro Estado, aparte de demostrar la aceptación del trabajador, sería un acto posterior a la celebración del contrato.

La oferta a la que se refiere el art. 25 LOPJ basta con que sea una oferta seria en el sentido de que, atendiendo a los criterios habituales de diligencia en el tráfico jurídico, el destinatario pueda razonablemente considerar que el contrato se celebrará en los términos usuales. Y, en el caso de autos, ello se acredita con el desplazamiento del demandante a la Argentina, al parecer con el billete abonado. De esa circunstancia se puede razonablemente considerar que la oferta es seria y el contrato se va a celebrar.

2010/32.- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 2351/2010, de 26 de marzo de 2010. Ponente: Ilma. Sra. D^a M^a del Carmen Figueras Cuadra. AS\2010\1693.

Competencia judicial internacional en el orden social.- Competencia de los tribunales españoles: procedencia.- Servicios desempeñados habitualmente en España.- Modificación de las condiciones de trabajo.- Modificaciones de carácter individual: ilicitud.- Falta de justificación de la medida adoptada e incumplimiento de requisitos.- Cambio de centro de trabajo que implica cambio de residencia.

Normas aplicadas: 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, de 22 de diciembre de 2000.

Frente al pronunciamiento de instancia que, estimando la competencia de los Tribunales españoles para el conocimiento de fondo del asunto planteado, declara injustificada la decisión empresarial de trasladar a la demandante al aeropuerto de Ferry (Irlanda), como base de operaciones, formula la empresa demandada recurso de suplicación que estructura en cinco motivos, el primero de los cuales, con adecuado marco procesal, persigue la modificación del relato histórico de la resolución impugnada, postulando un texto alternativo para el ordinal 3º, con apoyo en el documento obrante al folio 31 de autos.[...]

Mediante los motivos mencionados se opone la recurrente a la decisión que, sobre competencia, realiza la resolución impugnada, postulando, por el contrario, la de los Tribunales irlandeses, alegando, en síntesis, que el lugar habitual de prestación de servicios no es el aeropuerto de Girona, ni la demandante presta servicio alguno en tierra, aduciendo el contenido de la sentencia del Tribunal de Mons (Bélgica), aportada a autos y afirmando que el cometido de la trabajadora se desarrolla en el interior de las aeronaves de su propiedad, matriculados en Irlanda, añadiendo que en el aeropuerto de Girona solo se halla el punto de inicio y destino final de los vuelos diarios, concluyendo que existe sumisión expresa de las partes, que el contrato de trabajo está en idioma inglés, que el salario se abona en una cuenta de un banco irlandés, que las instrucciones y órdenes se emiten desde Dublín vía Internet y los estadillos ("rosters") son creados y emitidos desde Dublín.

Como afirma la doctrina científica, en Derecho internacional privado español la tutela judicial del trabajador cuyo contrato de trabajo ha resultado modificado o extinguido como consecuencia de decisiones empresariales como las analizadas en el apartado anterior, requiere, en primer lugar, determinar en qué supuestos corresponde a los tribunales españoles el conocimiento de este tipo de litigios. En este sector, nuestro sistema se articula a partir de una pluralidad de fuentes normativas. Este sistema se encuentra integrado por las normativas previstas en el Reglamento (CE) nº 44/01 de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, los Convenios de Bruselas y Lugano, y en las disposiciones de origen interno recogidas en el art. 25 LOPJ, así como en otras disposiciones estatales, en sus respectivos ámbitos de aplicación. La intervención de una u otra disposición se efectuará a partir de los principios de primacía del Derecho comunitario, el de jerarquía y el de competencia; debiendo tenerse en cuenta, además, la propia delimitación de sus respectivos ámbitos de aplicación y las cláusulas de compatibilidad recogidas, generalmente, en los propios textos institucionales y convencionales.

Los litigios que tienen por objeto la protección de los derechos del trabajador bien frente a un despido, bien frente a una modificación de las condiciones laborales preexistentes están incluidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento citado, a partir de la interpretación amplia que de la expresión "materia civil y mercantil" ha adoptado en TJCE. En ella son subsumibles aquellas relaciones jurídicas de contenido patrimonial entre sujetos particulares o sujetos de Derecho público que intervienen sin potestad de imperio.

La sección quinta del capítulo II, que comprende los arts. 18 a 21 Reglamento (CE) nº 44/01, establece normas especiales de competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo, excluyéndose aquellos litigios cuya pretensión tenga por objeto bien cuestiones relativas a relaciones colectivas de trabajo bien aspectos relacionados con la seguridad social. De este modo el reglamento ofrece una regulación más sistematizada y exhaustiva de los textos convencionales. La necesidad de tutelar al trabajador considerado parte débil de la relación jurídica justifica esta opción que se articula bien mediante la utilización de los foros próximos al trabajador bien limitando el juego de la autonomía de la voluntad o bien ampliando, sólo a la parte tutelada, las posibilidades de elección de tribunal internacionalmente competente.

En el supuesto que nos ocupa, en el que la trabajadora acciona frente a la empresa demandada, con arreglo al sistema establecido, podrá la misma interponer demanda de despido o de modificación sustancial de sus condiciones de trabajo ante los tribunales españoles en los siguientes supuestos: En primer lugar, cuando así lo hayan acordado expresamente las partes mediante el pacto de sumisión expresa en los términos del art. 23 Reglamento (CE) nº 44/01 y siempre que dicho pacto sea posterior al litigio de acuerdo con el art. 21 del mismo texto legal. En segundo lugar, cuando se demande a un sujeto domiciliado en España, ex art. 60 R. 44/01, con base en el foro recogido en el art. 19.1º Reglamento (CE) nº 44/01. A falta de domicilio en nuestro país, será posible interponer la demanda ante nuestros tribunales frente al demandado domiciliado en otro Estado miembro, cuando España sea el lugar de prestación habitual del servicio en los términos del art. 19.2º.a) Reglamento (CE) nº 44/01; o, en su caso, siendo varios países (todos ellos o sólo alguno miembros de la Unión Europea), sea el Estado donde se presta habitualmente servicio o el lugar donde se encuentra el establecimiento que contrató al trabajador con base en el art. 19.2 b) Reglamento (CE) nº 44/01.

Sentado cuanto antecede e, incidiendo a priori, cual hace el Juzgador de instancia, en la dificultad de la atribución de la competencia en supuestos como el examinado, cabe concluir que el criterio impugnado sobre la atribución, en este caso, de la competencia controvertida a los Tribunales españoles, es, de todo punto razonable.

Así, dejando de lado el argumento de la sumisión expresa, por cuanto, si bien es cierto que existe, como hemos visto no se ajusta a las prevenciones reglamentarias; así como la tesis de la empresa en orden a identificar lugar de trabajo con las aeronaves, ya que, como con acierto razona el Magistrado a quo, consideradas de modo genérico en referencia al suelo irlandés, no pudo aceptarse, por cuanto ello no permitiría dilucidar la competencia, ni siquiera desde el punto de vista territorial, lo cierto es que existen argumentos sólidos para justificar, a la luz de los preceptos indicados, la competencia de los Tribunales españoles.

Partiendo del contenido de la premisa histórica, del mismo pueden extraerse los siguientes datos relevantes: 1) La estipulación 3 del contrato, en cuanto al lugar de trabajo, se acuerda que se situará principalmente a al trabajadora en el aeropuerto de Girona. 2) En dicha base ha operado ininterrumpidamente desde que fuera destinada a ella el 1 de agosto de 2007. 3) Además de su trabajo en el interior de las aeronaves que parten de Girona, la demandante realizaba labores en tierra, descritas en el relato de hechos. 4) Las instrucciones de Trabajo le son dadas, bien, directamente, a través de la supervisora de Ryanair en el aeropuerto de Girona, bien a través de Internet, accediendo desde los ordenadores situados en aquél.

Los datos reflejados llevan a la conclusión de que el lugar habitual de prestación de servicios es el Aeropuerto de Girona, por lo que si a ello añadimos que, como admite la recurrente, el inicio y final de la jornada laboral se sitúan en el mismo, la elección de los Tribunales españoles para el conocimiento de la controversia, realizada por la demandante, se ajusta tanto al espíritu como a la letra del art. 19 del Reglamento (CE) nº 44/01, por lo que en este punto la sentencia debe ser confirmada. [...]

**EFFECTOS DE SENTENCIA FRANCESA DE DIVORCIO EN LA DETERMINACIÓN
DE LA CUANTÍA DE UNA PENSIÓN DE VIUDEDAD**

2010/33.— Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 1045/2010, de 31 de marzo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Alegre Nuño. AS\2010\1101.

Pensión de viudedad: prestaciones económicas.— Cuantía: proporcional al tiempo de convivencia.— Determinación de quien sea o haya sido cónyuge legítimo.— Divorcio en Francia.— Sentencia ejecutada en España: efectos.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 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) nº 1347/2000, de 27 de noviembre de 2003.

[...] la presunción de convivencia entre los cónyuges (art. 69 Cc) cesa con la demanda de divorcio (art. 102 Cc). Pues bien, de los hechos que como probados constan en la resolución recurrida, resulta que la hoy recurrente y el causante se divorciaron el 18 de abril de 1975, en virtud de sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Versalles (Francia). Dicha resolución judicial tiene concedido el cumplimiento en España por resolución de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1985 (hecho probado segundo).

De conformidad con lo previsto en el art. 89 Cc, la sentencia de divorcio produce efectos desde su firmeza, pero como en el asunto que enjuiciamos no se trata de una sentencia dictada por un tribunal español sino francés, debemos analizar qué disponen las normas sobre ejecución en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros. A tal efecto, acudimos a lo previsto en el art. 951 LEC/1981, declarada en vigor por la disposición derogatoria única de Ley 1/2000, de 7 enero hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, puesto que el Reglamento CE nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 —hoy sustituido por el Reglamento 2003/2201 / CE, de 27 noviembre— relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes, no resulta aplicable al asunto enjuiciado, como se indica en el recurso que examinamos y se reconoce en la sentencia.

El citado precepto de la LEC/1981 preveía que “las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los Tratados respectivos”. El tratado aplicable por la fecha —1975— en que el tribunal francés dictó la sentencia de divorcio, es el Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales en materia civil, suscrito entre Francia y España, de 28 de mayo de 1969. Su art. 3 establece que “las resoluciones dictadas por los Tribunales de cada una de las Partes Contratantes serán reconocidas en el territorio de la otra sin necesidad de seguir un procedimiento especial, siempre que concurran dos requisitos: a) que se acredite que el Tribunal de origen era competente conforme a las reglas que al efecto establece el art. 7 del Convenio; b) Que en el Estado de origen la decisión no puede ser objeto de un recurso extraordinario y es susceptible de ejecución, es decir, que se trate de una decisión firme”. Por “Tribunal de origen”, se entiende aquel que ha dictado la resolución cuyo reconocimiento o ejecución se solicita (art. 2). Éste resulta competente “cuando, en el momento de la presentación de la demanda, 1º el demandado tenga su domicilio o su residencia habitual en el Estado de origen”.

En consecuencia, como en el momento de su divorcio la recurrente y el causante tenían su residencia habitual en Francia, el Tribunal de Primera Instancia de Versalles que dictó la sentencia de divorcio, el 18 de abril de 1975, era el órgano judicial competente; por consiguiente, la presunción de convivencia marital cesó con dicha resolución judicial, que desde aquella fecha es firme —no consta que fuera recurrida—.

Así pues, como la tesis de la actora y recurrente se apoya en la afirmación de que la convivencia con su ex cónyuge y causante no se interrumpió hasta finales de 1980, a pesar de existir una sentencia de

divorcio desde abril de 1975, la solución que ha de adoptarse es la misma que la de instancia, que la Sala no puede revocar a la vista de sus razonamientos, que pueden considerarse correctos en función de la prueba practicada, toda vez que la recurrente no aportó medio de prueba alguno que acredite que la convivencia con el causante se mantuvo con posterioridad a la fecha en que se dictó la sentencia de divorcio, siendo meras afirmaciones de parte que el hecho de la presentación en España, en el año 1981, de la demanda de separación y de adopción de medidas provisionales y el del nacimiento de su hija, Natalie Anne Clara, sirven de prueba que ratifica dicha convivencia, pues no debe olvidarse que la sentencia de divorcio dictada por el tribunal francés dicta obtuvo su cumplimiento en España por resolución dictada en 1985 por la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo (de conformidad con el art. 13 del citado Convenio entre España y Francia), lo que no priva a la resolución judicial francesa de eficacia, siendo título suficiente para entender extinguido el vínculo matrimonial (STS 27 de enero de 2004) desde que se dictó (1975).

DERECHO MARÍTIMO

LEY APLICABLE AL CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE MARÍTIMO

2010/34.— Audiencia Provincial de Valencia; Sección Novena, Sentencia nº 32/2010, de 27 de enero de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Caruana Font de Mora. AC\2010\491.

Contrato de seguro marítimo.- Legislación aplicable: seguro de transporte marítimo.- Sometimiento pactado a la Ley inglesa plenamente válido y eficaz.- Condiciones generales de la contratación: falta de condición de consumidor de los apelantes dada su condición mercantil y actividad comercial a que se dedican, excluyéndose la aplicación de la normativa consumista relacionada con la regulación de cláusulas abusivas.- Nulidad: improcedencia.- Cláusula aceptada expresamente por los demandados.

Normas aplicadas: Art. 107 LCS; art. 281 LEC.

[...] De las cuestiones que se plantean en el recurso de apelación dada su propia naturaleza, es preciso iniciar por el último punto del pliego del recurrente sobre la eficacia y validez del convenio arbitral cuya pretensión expuesta en el suplico del escrito de reconvenición es para que conozca del presente litigio la Corte de Arbitraje de Castellón. Pues bien como acertadamente expone el Juez en su sentencia, tal cuestión fue planteada vía declinatoria y resuelta por esta Sala por Auto 7 de enero de 2005 que devino firme (aspecto no discutido y asumido por la recurrente) adquiriendo plena cosa juzgada, por lo que resulta inviable ahora siquiera su tratamiento de acuerdo con el art. 207.3º LEC y no cabe sino dar por reproducida la misma argumentación jurídica que esta Sala expuso en su resolución.

Paso siguiente es determinar la ley sustantiva aplicable al contrato de Seguro Marítimo de mercancías concertado entre los litigantes y en este sentido la sentencia apelada afirma ser la Ley Inglesa por así disponerlo los propios contratantes, dato fáctico por otra parte claramente expuesto en la póliza, hasta por cuatro veces como bien colaciona el Juzgador de Instancia y por ende con pleno conocimiento de las demandadas (entidades dedicadas a la actividad mercantil de exportación de productos cítricos) e igualmente dispuesto por el testigo Sr. Victorio, agente mediador de seguros que intervino en nombre de las demandadas, dejando claro tal sometimiento a la ley inglesa.

El recurrente arguye, en síntesis, que no es aplicable al caso el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 y rige el Derecho español en la aplicación de la norma de conflicto, siendo el precepto a aplicar el art 107.1º LCS en relación con el art. 1.3º.d) Ley 30/95 (actual redacción por RD Legislativo 6/04), por lo que estando localizado el riesgo en España es de aplicar la normativa del art. 107 y 109 LCS y aún siendo el seguro de grandes riesgos, como concurren los requisitos del art. 107.1º, no es aplicable el art. 107.2º y por ende la legislación aplicable es la española, atendido además los antecedentes históri-

cos del precepto, en concreto la Directiva 88/357/CEE.

El Tribunal, no obstante el esfuerzo argumental de la parte apelante, no comparte dicha tesis. En el presente caso, los contratantes suscribieron hasta cuatro veces, un pacto de sometimiento en la regulación material de la relación jurídica a la Ley y Práctica Inglesa, por tanto, la cuestión a solventar dada la posición de las demandadas, es si esa estipulación resulta ineficaz e inválida, por contravenir normas imperativas, en concreto el art. 107.1º LCS. El art. 107 de la Ley citada está inmerso en el Título IV enunciado "Normas de Derecho internacional privado" introducido por la Ley 21/90, de 19 diciembre para adaptar al derecho español la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos de vida y de actualización de los seguros privados y su actual redacción viene dada por la Ley 30/95 de 8 de noviembre, al incorporar la Directiva 92/49/CEE sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto al seguro de vida (tercera directiva). Dice el art. 107 [...].

De la dicción literal del precepto y conjugando ambos apartados, resulta que los seguros por grandes riesgos, entre los que se encuentra el de mercancías transportadas y por ende el ahora enjuiciado (no discutiéndose tal calificación), tienen los contratantes el derecho autónomo para elegir la ley aplicable. Luego, siendo norma específica y especial para tal clase y sector de seguro, conforme al art. 3 Cc, resulta inviable, aún siendo el seguro de transporte de mercancías un seguro de daños, acudir al art. 107.1º, so pena de dejar vacío de contenido el enunciado del art. 107.2º, cuando, por otro lado, el dictado legal no contiene expresión alguna por la cual entender que a los seguros de daños inmersos en el calificativo colacionado legalmente de "grandes riesgos", le son de aplicación la regla del art. 107.1º. El antecedente legislativo mencionado por la parte recurrente se basa en la segunda directiva del seguro distinto a vida, cuando, precisamente, el precepto fue modificado por la Tercera Directiva (92/49/CEE) que fijó claramente en su art. 27 que "las partes tendrán libre elección de la ley aplicable", sin limitación o restricción alguna a dicha autonomía de la voluntad para esa clase de seguro. Por consiguiente, resulta clara la finalidad y espíritu del legislador de que en esa clase de seguros de grandes riesgos, donde por norma general no concurre una parte débil digna de especial protección, fundamento trasunto de la diferencia de trato respecto a los seguros contra daños reglados en el punto primero del mismo precepto, aún concurriendo los supuestos del art. 170.1º, rige con carácter primigenio para fijar la ley sustantiva aplicable, la voluntad de los contratantes.

Cierto es que el art. 107.2º como el resto de los ordinales 1 a 5, tienen el límite general del art. 107.6º LCS referente a las "normas de orden público contenidas en la Ley española" que son aquellas normas imperativas de ius cogens no disponibles por las partes, aplicables incluso de oficio. Pero en el caso presente, aparte de no invocarse qué norma imperativa proscribiera esa autonomía de la voluntad en tal pacto de sometimiento a ley rectora de la relación de seguro, no existe tal contravención, pues ya se ha justificado, la inaplicación al seguro concertado, ahora enjuiciado, del art. 107.1º LCS. Es más, el art. 44 párrafo segundo de igual Ley dice: "No será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos, tal como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el art. 2 de la misma". Luego, para la clase de seguro enjuiciado no es de aplicar el carácter imperativo de la LCS.

En conclusión, el sometimiento pactado a la Ley inglesa es plenamente válido y eficaz.

Paso siguiente es dilucidar si el pacto de exclusión de la póliza es contrario igualmente a norma imperativa o de orden público, pues el apelante aduce ser abusiva de acuerdo con la Ley de Condiciones Generales de Contratación en concreto los art. 5 y 8. No es óbice para su examen por este Tribunal, el sometimiento a la ley inglesa porque el art. 3 párrafo segundo del citado texto legal, permite aplicar dicha ley a contratos sometidos a la legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en este sus residencia, como así efectivamente acaece en el caso considerado.

De entrada es de sentar que los apelantes carecen de la condición de consumidores (normativa invocada en la instancia) dada su condición mercantil y actividad comercial a que se dedican, excluyéndose la aplicación de la normativa consumista relacionada con la regulación de cláusulas abusivas, así como el supuesto reglado del art. 8.2º Ley 7/98.

La Sala también aprecia plenamente correctas las razones del Juez para negar la infracción de tal

normativa desde el momento que se acredita como además ha expuesto el testigo, agente de seguros que intervino mediando a favor de las demandadas, la negociación individualizada, ardua y costosa de la póliza y el acuerdo operado de someterse a la ley inglesa, a cambio del pacto de jurisdicción a España. Por consiguiente, amen de ser aceptada de forma expresa por los demandados, no contraviene norma prohibitiva, por lo que faltan los requisitos del art. 8.1º Ley 7/98 para sancionarla con su nulidad.

Por último, en este punto no se produce infracción del art. 755.11º y 12º Ccom por dos razones. Primera porque ya se ha resuelto no se rige el contrato por la Ley española y por ende resulta inaplicable dicho código y segunda porque aún con tal aplicación el contenido de la póliza vendría delimitado por la voluntad de las partes tal como incluso deja abierto el párrafo final del mentado art. 755 Ccom y regirse tal clase de seguro marítimo por la normativa del Código de Comercio, no derogada por la Ley 50/80, a tenor de su disposición final (SSTS 20 de febrero de 1995 y 21 de noviembre de 1996), cuyo art. 736 regla con carácter preferente el principio de autonomía de voluntad o dispositivo de las partes.

Último punto a dilucidar por este Tribunal es la justificación de la decisión del Juez de Instancia con la aplicación del Derecho inglés.

En este tema es evidente dada la redacción de la fundamentación jurídica de la sentencia el exhaustivo examen que se hace por el juzgador de los informes de los abogados ingleses expertos en el derecho marítimo inglés que esta Sala considera correcto y pertinente. La aplicación del Derecho extranjero pasa a convertirse en mera cuestión de hecho (art. 281 LEC) y por ende a solventar conforme a la prueba practicada. En este punto llama la atención del Tribunal de que la parte actora aportó diversos informes (tres) de abogados ingleses afectantes tanto a la cuestión del pacto o convenio arbitral como a la a la validez del pacto de exclusión de cobertura, objeto de discusión, del riesgo de denegación desde la óptica del Derecho inglés. Pues bien, tal acreditación corresponde de acuerdo con el art. 217.2º LEC, a la parte demandante y lo cierto es que en el acto de la audiencia previa la demandada no impugnó tales instrumentos, es más, el Juez que presidió tal acto, no obstante instar los litigantes ser mera cuestión jurídica por lo que era innecesario aperturar el acto del juicio (art. 428.3º LEC), decidió la proposición y práctica de la prueba, interviniendo en el acto del juicio dos de los expertos en Derecho inglés con una amplia intervención recogida en sentencia. Alegar ahora en el recurso que se tratan de meras opiniones o que uno de ellos no compareció al acto del juicio, en la tesitura procesal expuesta, carece de cualquier base para desvirtuar la función y apreciación del Juzgador, cuando además no existe otro medio de prueba que lo desvirtúe por lo que no atisbamos error alguno en la valoración judicial.

[NEW HAMPSHIRE INSURANCE COMPANY / MIGUEL GARCÍA E HIJOS, S.A., NULEXPORT S. COOP. V., BETXI-EXPORT, COOP V. Y COMERCIAL FRUTOS DELTA EBRO, S.A.]

NOTA

1. No son demasiado frecuentes los supuestos en que los tribunales civiles españoles tienen que afrontar cuestiones de DIPr suscitadas por el cumplimiento o incumplimiento de contratos de seguro. La escasez de tales situaciones se aprecia con particular claridad en el contexto de determinadas modalidades de seguros como los de masa y los de vida cuando se contratan directamente entre las aseguradoras y los tomadores: el hecho de que las primeras tiendan a establecerse en los países de residencia habitual de los segundos mediante la constitución de filiales suele convertirlos en contratos puramente internos que no plantean la doble problemática de determinación del *forum* y del *ius* a que dan lugar las relaciones jurídicas contractuales vinculadas con distintos Estados (al carácter interno de los supuestos en que aseguradoras o mediadores de seguros actúan en régimen de libertad de establecimiento en el Estado miembro en que residen los tomadores ya se hacía referencia hace casi diez años por P. Blanco-Morales Limones y J. Carbonell Puig, *La actividad aseguradora en el Espacio Económico Europeo. Aspectos teóricos y prácticos*, Madrid, Colex, 2002, pp. 99 y 108-109). Mas frente a ellas no faltan otras caracterizadas por su internacionalidad. Así ocurre especialmente con los contratos de reaseguro, al estar destinados los mismos a dar cobertura a una única pero gravosa contingencia original mediante su dispersión geográfica, que alcanza su clímax en figuras de la índole de los correaseguros y las corretrocesiones que

ponen en contacto a importantes mercados reaseguradores como el inglés y el estadounidense (llegando algunas veces a evolucionar hasta el grado que J.J. Vara Parra denomina “su atomización universal”, cf. *Las dimensiones judicial y arbitral del contrato de seguro internacional*, Ganada, Comares, 2005, p. 298). Pero también participan de dicho rasgo variantes más simples de seguros de grandes riesgos, incluidos los directos, tanto cuando los suscriben de esta forma los propios contratantes como cuando se distribuyen a través de mediadores: la presencia en el contrato de partes con nacionalidades y/o domicilios en países diferentes determina que en casos como el resuelto mediante la sentencia objeto del presente comentario sea preciso dar respuesta a las cuestiones relativas a la jurisdicción competente para dirimir la controversia y a la ley aplicable al fondo de la misma.

Sobre las referidas dimensiones judicial y de la ley rectora del contrato de seguro versan respectivamente el cuarto y los tres primeros motivos de apelación alegados por la representación procesal de la recurrente. Por una parte, se impugna la competencia judicial internacional del juzgador *a quo* para conocer sobre el fondo del asunto fundándose en que la póliza de seguro incorporaba un convenio arbitral por el que las partes sometían las diferencias que pudieran surgir entre ellas a la Corte de Arbitraje de Castellón. Por otra parte, se discuten la aplicabilidad al supuesto enjuiciado de la ley inglesa y la consiguiente no cobertura por el seguro marítimo concertado entre los litigantes de los daños sufridos por las mercancías cítricas transportadas como consecuencia de la prohibición de importaciones de mandarinas clementinas españolas por los EE UU en el año 2001 por considerarse aplicable al caso el Derecho material español, con el cual resultaba contrario el pacto de exclusión de cobertura por la aseguradora de los mencionados daños y perjuicios.

Más de la mitad de la argumentación jurídica contenida en la sentencia gira en torno al problema de la ley aplicable; en concreto, a si, como se pretendía por los apelantes, la competencia legislativa le correspondía al Derecho español en lugar de corresponderle al Derecho inglés. La cuestión de la validez y eficacia del convenio arbitral contenido en la póliza recibe una lacónica pero no menos contundente respuesta negativa por haberla ya resuelto en tal sentido la propia Sección 9ª de la AP de Valencia mediante auto de 7 de enero de 2005 que devino firme, adquiriendo fuerza de cosa juzgada. Y bastante breves son asimismo los fundamentos jurídicos de la decisión que se dedican a las alegadas contradicción del pacto de exclusión de cobertura de la póliza con la normativa imperativa de los arts. 5 y 8 LCGC y falta de acreditación del Derecho inglés: el primero de ambos motivos es radicalmente rechazado por no tener los recurrentes la condición de consumidores al tratarse de comerciantes; el segundo, por entender que el contenido y la vigencia del Derecho extranjero aplicable si quedaron suficientemente acreditados por la representación procesal de la parte actora mediante la prueba pericial practicada en instancia.

2. La validez de la sumisión de las partes a la ley inglesa es deducida por la AP de Valencia de un minucioso examen de la problemática atinente a la ley rectora del contrato que se lleva a cabo en el considerando segundo. La posición mantenida al respecto por la parte apelante se resume en que la determinación del *ius* no debía efectuarse de conformidad con la normativa conflictual del CR, sino con el art. 107 LCS y, más concretamente, no con su ap. 2, sino con su ap. 1, que imponía la aplicación al supuesto de la legislación española sobre contratos de seguro. Coincidimos con el tribunal de apelación en compartir esa tesis únicamente en lo que concierne al régimen de determinación del Derecho aplicable al fondo del asunto; no a la concreta norma de conflicto que se invoca como reguladora de tal cuestión de DIPr ni al resultado que de ella se quería extraer.

Al tiempo de suscitarse y de ser resuelta la controversia, el régimen de determinación de la ley aplicable al contrato de seguro era, en efecto, el del art. 107 LCS. Nos hallábamos por aquel entonces en la fase temporal anterior a la de vigencia para los contratos concluidos a partir de su entrada en vigor del RR I, cuyo art. 7 pone fin aunque de un modo bastante deficiente a la situación previa de concurrencia entre el texto convencional a partir del cual se elaboró y las normas de transposición a los ordenamientos internos de los Estados miembros de la UE de las previsiones contenidas en las segundas directivas sobre seguros de vida y distintos de los de vida con sus posteriores actualizaciones [o “sólo formalmente”, en terminología empleada por B. Ubetazzi, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milán, Giuffrè, 2008, p. 90; vid. las más críticas consideraciones sobre el

particular vertidas por R. Miquel Sala, “El “nuevo” Derecho internacional privado de los seguros en el Reglamento Roma I”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 425–444, que en buena medida compartimos en nuestros más recientes trabajos individual y conjunto con J.C. Fernández Rozas (respectivamente, “Los contratos internacionales de seguro antes y a partir del Reglamento Roma I”, *RES*, n° 140, octubre–diciembre de 2009, pp. 630–634, y “Título IV. Normas de Derecho internacional privado”, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (F. Sánchez Calero, dir.), 4ª ed. revisada y puesta al día, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pp. 2270–2279)]. Siendo el seguro marítimo de las mercancías transportadas un seguro de daños, por tener los tomadores su domicilio en España el riesgo debía entenderse localizado en nuestro país según establece el art. 1.3º.d) LOSSP, quedando en consecuencia excluido el supuesto del ámbito del CR para regirse por la normativa de DIPr contenida en el Tit. IV LCS y, dentro de ella, por la reguladora de la determinación del Derecho aplicable a los seguros distintos de los de vida que se formula en su art. 107.

Estructurado el mecanismo del precepto en torno a la distinción entre los seguros de grandes riesgos y los seguros de masa, la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley rectora del contrato experimenta en él diversas gradaciones: mientras que para los primeros es plena en idénticas condiciones que en el sistema general del art. 3 CR, para los segundos se restringe; esto último, con carácter total en los supuestos de coincidencia del riesgo y la residencia habitual del tomador en España, que se someten imperativamente a la ley española, o con carácter parcial para los casos en que no suceda así, permitiéndose en ellos una elección limitada a las leyes de los países en que se localice el riesgo, resida habitualmente el tomador o sobrevenga el siniestro (*vid.* nuestro análisis del art. 107 LCS y de las previsiones de la Segunda Directiva No Vida que a través de él se incorporan al ordenamiento interno español, realizado desde una perspectiva atenta a las deficiencias de la transposición española de la Directiva y a sus mecanismos correctores, en *Los contratos de seguro y el Derecho internacional privado en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 114–119]. Ciertamente, en el asunto que nos ocupa coincidían en España los criterios de conexión lugar del riesgo y lugar de residencia habitual de los tomadores; no versando el contrato sobre ninguno de los ramos de seguros a los que el art. 2.d) de la Segunda Directiva No Vida y su norma española de transposición enunciada en el art. 1.3º.d) LOSSP someten a reglas especiales de determinación del lugar en que se localice el riesgo cubierto, éste debía entenderse situado en nuestro país por estar, como con anterioridad se ha puesto de relieve, domiciliados en él los tomadores. Ahora bien, la aplicación imperativa de la ley española que en tales circunstancias impone el art. 107.1º LCS rige exclusivamente para los contratos que configuran el supuesto de dicha norma; a saber, los seguros de masa, definidos por exclusión como aquéllos que no dan cobertura a grandes riesgos. Como con acierto declara la AP de Valencia en su decisión, por tratarse el seguro enjuiciado de un seguro de grandes riesgos y no existir en él una parte contratante débil merecedora de una especial tutela, la determinación de su ley rectora debía efectuarse de conformidad con la normativa conflictual prevista para los seguros de esta otra índole en el art. 107.2º LCS, con las consiguientes validez y eficacia del sometimiento pactado al Derecho inglés.

Víctor FUENTES CAMACHO

Profesor titular de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA INSERTA EN CONOCIMIENTOS DE EMBARQUE

2010/35.– Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, Auto nº 26/2010, de 4 de febrero de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez. JUR/2010/135394.

Transporte marítimo internacional: daños a la carga.– Competencia de jueces y tribunales españoles en el orden civil: desestimación.– Cláusula atributiva de competencia a los tribunales portugueses.– Contratos: cláusula atributiva de la competencia incluida de forma bien visible en un

conocimiento de embarque, suscrito por el cargador y el transportista, y redactada de forma clara y precisa.— Existencia de consentimiento: validez.— Régimen aplicable a la competencia judicial internacional: preferencia del régimen convencional.

Normas aplicadas: Art. 22.2º LOPJ; 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] En punto a la exigencia de aceptación por el adherente a condiciones generales, debe volver a repetirse lo ya dicho: la norma internacional establece que cuando se esté ante contratos en el marco del comercio internacional, la cláusula de jurisdicción será válida siempre que se pacte “en una forma conforme con 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”, tal como sucede, sin discusión, en el presente supuesto (vid. en este sentido, la STS 29 de mayo de 2008 y el auto de la AP de Las Palmas de 1 de febrero de 2007.

La competencia internacional de los tribunales españoles, se insiste, se regula en dos tipos de normas: internacionales e internas, siendo las primeras de aplicación preferente.

Existiendo, por tanto, normativa internacional especial para la regulación de las cláusulas de jurisdicción, la norma interna del art. 54 no resulta aplicable, tratándose, además, de una norma que rige para la resolución de la competencia territorial, lejos, por tanto, del ámbito donde se mueve el presente litigio. Se desestima el motivo.

[SUFLENORSA TRANSITARIOS, S.L. / HELVETIA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.]

2010/36.— Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Primera, Auto nº 43/2010, de 12 de abril de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Dª Mª Pilar Aguilar Vallino. JUR\2010\277979.

Transporte marítimo internacional.— Competencia judicial internacional en el orden civil.— Competencia de los tribunales españoles: procedencia.— Reclamación basada en un seguro llamado de Protección e Indemnización concertado por el armador del barco español con la aseguradora de nacionalidad holandesa.— A ausencia de acuerdo de sumisión celebrado ni verbalmente.— Inexistencia de un uso, conocido y regularmente observado por los contratantes de esta clase de seguros, consistente en la atribución de las controversias al Tribunal de Londres.— Falta de consentimiento o conocimiento por la demandante de la cláusula de sumisión.

Normas aplicadas: Art. 23 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] Dada la conformidad sobre el tema de que se plantea un supuesto de competencia internacional comunitaria por la intervención en el contrato de un elemento extranjero, como es la nacionalidad de la aseguradora, se debe resolver mediante la aplicación del Reglamento Comunitario referido (Bruselas I). La competencia en materia de seguro se rige por la regulación contenida en su Sección 3ª: la posibilidad de sumisión expresa está prevista en el art. 13 que permite “los acuerdos atributivos de competencia” en el contrato de seguro (ap. 5) que cubra alguno de los riesgos enumerados en el art. 14, entre los que se encuentra el presente.

Respecto a la prórroga de competencia, el art. 23 del Reglamento, establece las exigencias para que sea vinculante la cláusula de sumisión, imponiendo que el acuerdo atributivo de competencia se haga de alguna de las formas que alternativamente establece, determinantes de la prestación del consentimiento expreso (ap. a) o presunto (aps. b y c).

Por ello, para la aplicación de la sumisión expresa en el ámbito comunitario, no rige el art. 54.2º LEC y la doctrina jurisprudencial sobre el pacto de sumisión impreso en un contrato de seguro en el sentido de exigir la suscripción y firma expresa, exigencia derivada de la regulación del seguro en nuestro Derecho interno, diferente de la regulación comunitaria en la que basta el consentimiento

expreso o tácito, en los términos previstos en el citado precepto.

El primero de los modos establecidos en el art. 23.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 consiste en el consentimiento expreso por pacto escrito o verbal con confirmación escrita, en el que las partes hubieren acordado que un Tribunal de un estado miembro fuese competente para conocer de cualquier litigio. No se cumple porque no puede considerarse que existe un acuerdo de sumisión celebrado ni verbalmente cuando no consta por escrito en el documento entregado como certificado de seguro y ha quedado debidamente manifestado (doc. nº 2) que durante las comunicaciones para la contratación de la Póliza no se suscitó este tema ni realizó ninguna negociación sobre jurisdicción.

No existiendo cláusula alguna constatada en el documento básico, que es el Certificado de Seguro, dicho pacto se pretende manifestar por su inclusión en el condicionado general de la póliza que tiene publicado la aseguradora. La remisión a las condiciones generales no tiene virtualidad cuando no se ha proporcionado un ejemplar del clausulado al asegurado y no han sido asumidas aquellas que le suponen una limitación: en este sentido las cláusulas de jurisdicción tienen su propio régimen de validez y eficacia relativo a la forma en que debe prestarse el consentimiento regulada por el precepto aquí examinado. Tal consentimiento no se presta por el hecho de aceptar una póliza que se remite a un documento no entregado en el que aparece la cláusula de sumisión como condición general no asumida ni siquiera conocida.

En defecto de pacto expreso, y siendo evidente que no puede haber hábitos establecidos entre las partes a que se refiere el ap. b), procede analizar la posible concurrencia de un consentimiento presunto en los términos que señala el ap. c) del art. 23.1º Reglamento (CE) nº 44/2001.

Este apartado presume “en el comercio internacional” un conocimiento y consentimiento general de la cláusula de sumisión si es conforme a los usos ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo. No habiendo sido cuestionado que la contratación del seguro se encuadre en el “comercio internacional” a que se refiere este precepto, hay que determinar la posible existencia de un uso en este sector comercial relativo este tipo de seguros.

La doctrina jurisprudencial interpretativa del art. 17 del Convenio de Bruselas (antecedentes del precepto aquí aplicado) ha considerado que existe un uso cuando los operadores de un sector comercial siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos – STJCE 20 de febrero de 1997, as. C–106/95. No es necesario que dicho comportamiento esté acreditado en determinados países, lo decisivo es si los operadores del sector del comercio internacional en el que las partes contratantes ejercen su actividad siguen o no el comportamiento de que se trata de modo general y regular –STJCE 16 de marzo de 1999, as. C–159/97–.

Conforme a tal criterio, no cabe concluir que en el contrato de seguro exista un uso, conocido y regularmente observado por los contratantes de esta clase de seguros, consistente en la atribución de las controversias al Tribunal de Londres. La documentación aportada con la declinatoria presentando las cláusulas que incorporan a su condicionado cinco entidades aseguradoras, no es muestra acreditativa de una práctica configuradora del uso mercantil, tanto por razones evidentes de falta de reiteración suficiente, como por no constar la aceptación y vinculación general que a esta cláusula se le pueda conceder. Aunque haya manifestado la Jurisprudencia la práctica frecuente de este tipo de aseguramiento de incorporar cláusulas de sumisión (STS 3 de julio de 2003) ello no lo convierte en uso de comercio conforme a la previsión de la norma comunitaria expuesta en tanto no resulte conocido y aceptado generalmente.

Esta Audiencia no comparte la tesis del precedente judicial citado como apoyo de la declinatoria (AAP Pontevedra 5 de diciembre de 2007) sobre la concurrencia de la modalidad del ap. c) del art. 23, basado en una aplicación del anterior art. 17, contenida en las STS 29 de septiembre de 2005 y 5 de julio de 2007, que recogen las del TJCE citadas, todas ellas en relación a los usos en el transporte marítimo internacional, sobre la inclusión de cláusula de sumisión en el conocimiento de embarque porque hay notables diferencias entre ambos supuestos: el transporte marítimo internacional es un contrato de concertación muy diferente al del seguro, en cuyo desarrollo se implican distintas nacionalidades y, además, la cláusula consta inscrita en el documento que se entrega (conocimiento de embarque), recibéndola y teniéndola presente el cargador aunque no la suscriba; por lo que resulta

más adecuado presuponer su conocimiento al admitir el documento, que en el caso del condicionado general de una póliza no entregado y cuya cláusula no se incorpora al certificado librado.

Conforme a los razonamientos expuestos, no es vinculante para el asegurado, aquí demandante, la cláusula de sumisión en la que se basa la declinatoria por no haberla consentido ni conocido. Resulta aplicable el art. 9.1º.b) del Reglamento Comunitario 44/2001, en relación con el art. 21 LOPJ.

Por consiguiente, procede estimar el presente recurso, desestimando la declinatoria y declarando la competencia de los Juzgados de Tarragona para conocer del presente procedimiento.

2010/37.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoctava, Auto nº 60/2010, de 23 de abril de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García. JUR/2010/232790.

Transporte marítimo internacional.– Competencia judicial internacional en el orden civil.– Competencia de jueces y tribunales españoles: desestimación.– Daños por mercancía.– Atribución competencial a favor de tribunal inglés en cláusula contenida en conocimiento de embarque: validez de cláusula de sumisión

Normas aplicadas: Arts. 21.1º y 22.2º LOPJ; arts. 66.1º y 76 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] Sobre la normativa aplicable para determinar la competencia internacional.

El primer extremo que conviene puntualizar es el alusivo al marco legal de referencia para la resolución de este recurso. La competencia internacional de los tribunales españoles no solo se regula por normas nacionales, sino también por las internacionales, según señala el art. 21.1º LOPJ. Es más no puede desconocerse el valor que se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico al tratado internacional, con la fuerza que le asignan el art. 96 CE y el art. 1.5º Cc, lo que justifica su prevalencia sobre la norma de origen interno.

La competencia judicial internacional, cuando está en juego un litigio con elemento extranjero domiciliado en otro estado miembro de la Unión Europea, 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 (CE) nº 44/2001, con excepciones que no son relevantes en lo que aquí interesa) y está en vigor desde el 1 de marzo de 2002 (art. 76 del Reglamento), siendo aplicable a las acciones judiciales ejercitadas con posterioridad a tal vigencia (art. 66.1º del Reglamento)

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 y, en este caso, en Dinamarca (tras el Convenio de ésta con la CE de fecha 19 de octubre de 2005, aprobado por Decisión de 27 de abril de 2006), debe atenderse al Reglamento (CE) nº 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 de mayo de 2008, aludiendo a las SSTJCE 24 de junio de 1981 (C–150/80) y 16 de marzo de 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 podamos admitir que la recurrente pretenda anteponer el Derecho español de origen interno al proveniente del ámbito internacional.

De la validez de la cláusula de sumisión.

Ya que el art. 22.2º 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 de octubre de 1993 y 29 de septiembre de 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 de septiembre de 1968 y, ahora, el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, aplicables cuando al menos una de las partes de la relación jurídica tuviere su domicilio en un Estado contratante.

Como señalamos en el precedente auto de esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de julio de 2009 "...". [AEDIPr 2009/50].

El art. 22.1º Reglamento (CE) nº 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 conocieran o debieran conocer y que, en dicho comercio, fueran 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 de los tribunales ingleses (en concreto, de la High Court of Justice de Londres) realizada por escrito en una cláusula contenida en un conocimiento de embarque. Esto satisface las aludidas exigencias de la normativa internacional.

La parte apelante niega, sin embargo, que se consintiera tal estipulación al contratarse el transporte, llegando a negar la emisión del documento de conocimiento de embarque. Este alegato lo estimamos sumamente forzado, cuando con la propia demanda se acompañaba una copia del conocimiento de embarque ("bill of lading for ocean transport or multimodal transport") nº 525396109 y se sustentaba en él la reclamación y la prueba de que las mercancías se habían cargado en buen estado. Por lo tanto, no creemos que resulte admisible, pues supondría una insostenible contradicción, esgrimirlo por un lado y negar por otro su existencia o su aceptación como documento regulador de la relación contractual de transporte que aquí nos ocupa. Los documentos aportados a un litigio deben tomarse en cuenta, al amparo del principio de indivisibilidad de los mismos, tanto en lo que favorezcan como en lo que pueda perjudicar, sin que resulte admisible la utilización parcial del mismo por ninguna de las partes en el proceso (STS Sala 1ª 6 de febrero de 2003).

No resulta determinante que en las copias aportadas del conocimiento de embarque no figuren las rúbricas ni los sellos de las partes (desconocemos si lo están en el original), pues lo importante, y más cuando estamos ante un contrato ya ejecutado, es que se consintiese su contenido no que se firmase el documento, ya que esto último no es sino el instrumento usual de exteriorizarlo, como ha precisado la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de mayo de 2008. [...].

De la oponibilidad de la cláusula de sumisión.

La cláusula de sumisión se está oponiendo ante una reclamación planteada por una entidad aseguradora que acciona al amparo de la subrogación legal a la que le autorizan los arts. 780 Ccom y 43 LCS. Al pasar a ocupar la compañía de seguros la misma posición que tenía su asegurado, resultan oponibles a ésta las mismas excepciones que afectaban al sustituido (arts. 43 LCS y 1212 Cc).

En la demanda planteada por Mapfre se esgrimía la condición de cargadora de su asegurada Baltimore, a la luz del conocimiento de embarque, y se ejercitaba una acción de reclamación contra el portador de la mercancía por el daño sufrido por la misma durante su transporte a causa de la ruptura de la cadena de frío.

En consecuencia, la aseguradora demandante resulta vinculada por la cláusula de sumisión contenida en el conocimiento de embarque, que ha de ser tomado en su texto íntegro, incluida la referida estipulación relativa a la jurisdicción competente (S Sala 1ª TS 29 de septiembre de 2005). Si ésta resultaba oponible a su asegurada, Baltimore, también lo será ante Mapfre si se acciona esgrimiendo derechos al amparo del conocimiento de embarque.

Se intenta aducir como excusa que Baltimore no sería en realidad la cargadora, sino la mera propietaria de la mercancía, y por tanto sería ajena al contrato de transporte, que incluye la cláusula de sumisión, puesto que habría sido contratado por otra entidad. Pues bien, aparte de que este alegato contradice tanto lo alegado en la demanda, donde se argumenta el ejercicio de una reclamación contractual, como lo reseñado en el conocimiento de embarque, debemos recordar a la recurrente que la

jurisprudencia ha considerado que la propietaria de la carga transportada que resultó averiada sucede normalmente al cargador en todos los derechos y obligaciones, tal como figuran en el conocimiento de embarque, en el que se integra la cláusula sumisoria de competencia jurisdiccional, que le obliga y a la que no cabe que ni ella ni su aseguradora puedan sustraerse cuando su pretensión se basa en dicho documento (S Sala 1ª TS 29 de septiembre de 2005).

Como con acierto reseña el auto de la sección 1ª de la AP de Pontevedra de 24 de septiembre de 2009, que invoca a su vez la STCE 16 de marzo de 1999 (as. Casteletti), “en la medida en que la cláusula atributiva de competencia inserta en un conocimiento de embarque es válida en la relación entre porteador y cargador, dicha cláusula puede ser invocada frente al tercero tenedor del conocimiento desde el momento en que, con arreglo al Derecho nacional aplicable, el tenedor del conocimiento se subroga en los derechos y obligaciones del cargador”.

Del tratamiento conjunto del problema ante ambas demandadas.

La recurrente viene a entender que la única que podría oponer la cláusula de sumisión a tribunal extranjero sería la entidad transportista de nacionalidad danesa AP Moller Maersk A/S, mas no podría hacerlo la codemandada Maersk Spain SLU, sociedad domiciliada en España que fue codemandada, en su condición de consignataria, como representante del naviero. Sin embargo, como señala la Sala 1ª el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de febrero de 2007, en un supuesto parangonable al que aquí nos ocupa, “la cláusula atributiva de competencia contenida en un conocimiento de embarque debe considerarse extendida subjetivamente a la entidad aseguradora demandante, que se ve vinculada por ella, en la medida en que se ha subrogado en la posición jurídica del cargador asegurado, en aplicación de la doctrina contenida en la Sentencia del TJ comunitario de 19 de junio de 1984 –as. 71/83, Russ, c. Nova–; del mismo modo que alcanza al consignatario codemandado, respecto del cual 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”.

No puede efectuarse, por tanto, la distinción que pretende la apelante, ya que ambas demandadas quedarían comprendidas bajo los efectos de la cláusula de atribución competencial al tribunal extranjero, sin que podamos escindir, a estos efectos, la situación de la codemandada domiciliada en España. Es más, en la demanda (...) se argüía que el objeto de la reclamación era el mismo contra ambas demandadas, la española y la danesa, por lo que entendemos que no puede ahora alegarse algo diferente con la exclusiva finalidad de sortear el obstáculo competencial.

Lo mismo debemos decir respecto a la insistencia de la demandante en remarcar que el transporte tuvo una fase marítima (Dakar–Algeciras) y otra terrestre (Algeciras–Madrid), cuando esa circunstancia no influyó en que, a la hora de plantear su demanda, prescindiera de plantear ninguna diferenciación de régimen jurídico entre las entidades demandadas, como la que ahora pretende suscitar.

Del alegato de abuso de derecho.

Considera la apelante que se estaría obrando con abuso de derecho por parte de la entidad española Maersk Spain SLU al pretender simplemente incomodar, tratando de que el litigio sea llevado al extranjero, en lugar de dirimirlo en su propio país.

La jurisprudencia (SS Sala 1ª TS 21 diciembre 2000, 16 mayo y 12 julio 2001, 2 julio 2002 y 28 enero 2005) exige para la apreciación del abuso de derecho (art. 7.2º Cc) los siguientes elementos: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo –ausencia de interés legítimo–), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico–sociales del mismo), sin que quepa invocar la sanción cuando el reprochado exceso en el ejercicio del derecho esté garantizado por precepto legal (STS de 2 julio 2002, que cita las de 28 abril 1976 y 14 julio 1992).

Pues bien, apreciamos que en este caso no concurrirían ni la segunda ni la tercera de dichas premisas, ya que: 1º) si se pretende efectuar una interpretación extensiva del régimen de responsabilidad, hasta el punto de ampliar el campo de responsables por el resultado del transporte marítimo realizado en régimen

de conocimiento de embarque hasta el consignatario, equiparándolo y haciéndolo responder por obligaciones propias del transportista efectivo, lo que no deberá hacerse es impedirle que pueda valerse de las excepciones por éste oponibles, entre ellas, la posibilidad de atribuir la jurisdicción a otro país si así figura en el conocimiento de embarque; lo contrario supondría una restricción de derechos que carecería de justificación; 2º) la cláusula de sumisión produce un efecto derogatorio sobre la competencia de los tribunales españoles (S Sala 1ª TS 8 de febrero de 2007), por lo que el demandante no puede pretender que sea obviada tan trascendental consecuencia simplemente porque le incomode o le resulte más costoso tener que litigar en el extranjero, cuando ello formaba parte de las condiciones en las que se contrató el transporte; y 3º) la carencia de elementos de conexión con el Reino Unido no es motivo suficiente para cuestionar la atribución competencial a los órganos de aquél, pues ha de tenerse en cuenta que el Reglamento (CE) nº 44/2001 no vincula a tal requisito la validez y eficacia de las cláusulas de prórroga de la competencia, sino a dos concretas condiciones que aquí se cumplen: a) que una de las partes contratantes, cuando menos, tenga su domicilio en un Estado miembro; y b) que ambas hubieren acordado que un tribunal o tribunales de un Estado miembro (que puede ser distinto a aquél en el que tengan cada una su domicilio) sea el competente para conocer de los litigios que entre ellas puedan surgir. [...]

[MAPFRE EMPRESAS CÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. / MAERSK
SPAIN SLU Y AP MOLLER MAERSK A/S]

2010/38.– Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Cuarta, Sentencia nº 186/2010, de 16 de junio de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo José Moscoso Torres. AC\2010\1963.

Transporte marítimo internacional de mercancías.– Reclamación al porteador, nacional de Suiza, de la entrega de mercancía conforme a lo pactado o abono de su valor: existencia de una cláusula de sumisión expresa inserta en el conocimiento de embarque: remisión a la jurisdicción de un Estado miembro de la UE (Reino Unido).– Competencia judicial internacional en el orden civil.– Competencia de jueces y tribunales españoles: improcedencia.– Competencia del Tribunal Superior de Justicia de Londres.– Cumplimiento del art. 23 Reglamento CE 44/2001.– Examen de la eficacia de las cláusulas de sumisión insertas en los conocimientos de embarque emitidos para dicho transporte: jurisprudencia reciente del TS y de las Audiencias Provinciales

Normas aplicadas: Art. 23 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] no son de aplicación los preceptos de Derecho interno que establecen criterios de competencia territorial, pues éstos presuponen la jurisdicción de los tribunales españoles, que hay que determinarla por otras vías y no por tales criterios que, desde luego, no establecen la extensión de la jurisdicción española para un determinado supuesto, sino que sobre la base de la existencia de ésta, distribuye ya la competencia territorial interna. Así, pues y por ejemplo, no debe ser aplicable a estos efectos el art. 54 LEC para la determinación de la competencia territorial por medio de la sumisión que, en el ámbito de la competencia internacional (con las matizaciones ya señaladas), se regula por esas otras fuentes, en concreto, por los convenios internacionales.

3. En este caso lo que se plantea por la demandada es la posibilidad de la determinación de esa jurisdicción en virtud de una cláusula de sumisión inserta en un conocimiento de embarque, cuestión que, según entiende, debe resolverse conforme a lo dispuesto en el art. 23 Reglamento (CE) nº 44/2001 y el art. 17 del Convenio de Lugano. La declinatoria fue desestimada en primera instancia por las razones que, en síntesis, se señalan en el recurso, en concreto, por la inexistencia de la firma del actor en el documento, por tratarse de una cláusula inserta en un contrato de adhesión unilateralmente establecida por una de las partes y por la infracción del art. 54 LEC que impide cláusulas de sumisión en contratos de adhesión, sin que aplique el Reglamento (CE) nº 44/2001 porque la entidad demandada es nacional de Suiza y sin hacer referencia al Convenio de Lugano.

4. Frente a ello y sobre la base de la sumisión de la cláusula 2 del conocimiento a la jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia en Londres y de la existencia de otra relación anterior entre las partes con un conocimiento de embarque igual al del caso, suscrito en su anverso y reverso por la actora, en el que también se contemplaba la misma cláusula, la demandada sostiene, en síntesis, que el art. 23 del Reglamento mencionado exige que solo una de las partes esté domiciliada en un país de la UE y que la jurisdicción elegida sean de un país de la UE; por otro lado, que dicho precepto no requiere la firma de los contratantes para apreciar el consentimiento y aceptación de la cláusula de jurisdicción, ni tampoco que haya sido previamente negociada o que se justifique por el negocio subyacente, si la cláusula se celebra en el comercio internacional en una forma conforme a los usos de este comercio.

Por tanto y a su entender, concurren en este caso todos los requisitos del citado precepto, pues la cláusula de sumisión tiene la condición de uso comercial en el sector del transporte marítimo de mercancías, remite a la jurisdicción de un Estado miembro (Reino Unido) y era conocida o debía serlo por la actora; y esto último porque es parte en el contrato documentado con el conocimiento de embarque que sirve de fundamento a su pretensión, había contratado con anterioridad con la misma demandada y conocía las cláusulas anteriores, participa de forma habitual en el sector del transporte marítimo de mercancías y las condiciones generales de la demandada está publicadas en su página Web. [...]

[...] el art. 23 Reglamento (CE) nº 44/2001 exige que solo una de las partes esté domiciliada en un Estado miembro de la Unión Europea y que la jurisdicción elegida sea también la de un país de ésta, como es el caso; por otro lado ese mismo precepto, que coincide con el art. 17 del Convenio de Lugano en el que es parte Suiza, permite el acuerdo atributivo de competencia no solo por escrito o verbalmente con confirmación escrita, sino también el celebrado en el comercio internacional, en una forma conforma los usos que las partes conocieren y regularmente observados por ellos en contratos del mismo tipo.

En este caso la cláusula de sumisión tiene la consideración de uso comercial en el sector del transporte marítimo, remite la jurisdicción a un Estado miembro y era conocida por la actora por las circunstancias antes señaladas y alegadas por la demandada (por ser parte en el contrato documentado en el conocimiento de embarque, haber contratado con anterioridad con la misma actora en iguales condiciones, y participar por tanto de forma habitual en el transporte de mercancías); en función de esas circunstancias y como se señala en la sentencia citada del Tribunal Supremo difícilmente podían escapar a su conocimiento y a su consentimiento “las condiciones del transporte contenidas en el reverso de los conocimientos de embarque, escamoteado en realidad al conocimiento de los tribunales españoles por la hoy recurrente en su demanda, cuando resulta que tanto la forma de insertar tales condiciones como la propia cláusula... de sumisión expresa son usuales en el comercio marítimo”. [...]

[IMPORT EXPORT LOIME, S.L. / SHIPPING COMPANY, S. A.]

2010/39.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoprimer, Sentencia nº 460/2010, de 17 de septiembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. M^a Concepción Hill Prados. JUR\2010\375208.

Transporte marítimo internacional de mercancías.– Incoterms.– Término CIF.– Seguro de la mercancía transportada.– Póliza no acompañada de la documentación.–Práctica usual.

[...] El objeto de la litis es un contrato de compraventa internacional en términos CIF. Que implica que la parte vendedora –en este caso la actora– debe encargarse de contratar el transporte de la mercancía y el seguro de la misma. Ha quedado suficientemente probado que la actora concertó el correspondiente contrato de transporte marítimo, habiéndose liquidado a la empresa naviera todos los gastos del transporte de las mercancías (...). Las cantidades que quedaron pendientes de pago son los gastos de descarga que son a cargo del receptor de la mercadería, extremo éste del que fue informado el demandado (...).

Consta así mismo la existencia de la correspondiente póliza de seguro de la mercancía transportada

(...). El hecho de que la póliza no acompañase la documentación no implica su inexistencia sino que es práctica usual. De hecho, la entidad bancaria que intervino en la operación no apreció defecto alguno en la documentación que le fue entregada. Y, en el momento en que la parte demandada pidió la copia de la póliza de seguro, ésta le fue remitida.

En cuanto al tema de que no pudo haber retirado la mercancía al no estar a su nombre el B/L. El conocimiento de embarque B/L— es un título de tradición representativo de la mercancía que puede, como todos los títulos valores, emitirse tanto nominativamente como al portador o a la orden. En la mayor parte de los casos se emite a la orden, lo que permite su fácil transmisión mediante el oportuno endoso.

Es así mismo práctica frecuente en el sector del transporte marítimo la emisión del citado B/L a nombre de algún intermediario (freight forwarder), como resultó evidente de las declaraciones de testigos en el acto de la vista (...). En el momento en que el demandado hubiese abonado los gastos de puerto pendientes —condición esencial para que la naviera entregue las mercancías— el intermediario hubiese endosado el B/L (...), con lo que su agente de aduanas con la documentación requerida, hubiese podido proceder a la retirada de las mismas.

Por todo ello no cabe otra conclusión que la de que el demandado, una vez tuvo la mercancía a su disposición en el puerto de destino —Barcelona— no se avino a recibirla por motivos otros que los alegados de insuficiencia de la documentación para ello. Por tanto, no cabe estimar sus alegaciones, debiendo confirmarse la sentencia de Primera Instancia en todos sus pronunciamientos.

[GEOTERRA, S.A. / ANADULCE, S.L.]

2010/40.— Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoctava, Auto nº 164/2010, de 18 de noviembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González. AC\2010\2176.

Transporte marítimo internacional.— Competencia de la jurisdicción española: desestimación.— Contrato en régimen de conocimiento de embarque: cláusula de sumisión expresa a la jurisdicción de determinados tribunales.— Conocimiento por el cargador: eficacia y validez de dicha cláusula: habitualidad entre las partes y en su ámbito comercial.

Normas aplicadas: Arts. 21 y 22 LOPJ; art. 23 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] Fundan las apeladas su oposición con carácter previo en que en el relato fáctico y en los fundamentos de hecho de la demanda sólo se hacía referencia a la relación contractual derivada del transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque, de manera que la acción ejercitada deriva exclusivamente de tal régimen, haciendo extensiva la responsabilidad a Maersk Spain S.L.U. en virtud de la asimilación de la figura del consignatario al naviero. Por otra parte el recurrente hace prevalecer el art. 21 LOPJ sobre el art. 22, que regula el pacto de sumisión. En relación a la invalidez del clausulado, se trata de una contratación entre empresarios y llama la atención que en la demanda se reconozca que se han formalizado centenares de contratos con la misma naviera e incluso se aportaron otros contratos firmados con anterioridad con el mismo clausulado. Respecto a la aplicación del principio de relatividad de los contratos se añade que la recurrente reconoció en su demanda que Baltimar, S.A. era cargadora, receptora y propietaria de las mercancías, por lo que era parte del contrato. Respecto al pretendido abuso de derecho, la mayoría o práctica totalidad de los conocimientos de embarque incluyen bien la cláusula de sumisión a Londres, o bien al país de la naviera porteadora y es ésta última opción la que en todo caso sería más beneficiosa para el porteador, pero no la incluida en este contrato a favor de Londres por su reconocido prestigio en la materia. Por último, en relación a la responsabilidad extracontractual sobre la que se pretende justificar la competencia de los tribunales españoles, reitera el escrito de oposición al recurso que se produce una modificación de los términos de la demanda, que se limitó, como se ha señalado, al ejercicio de una acción contractual. [...].

El conocimiento de embarque cumple tres funciones esenciales: la prueba del contrato, el recibo

de la entrega y el título representativo de las mercancías, lo que facilita la cesión del contrato. Como consecuencia de ello incorpora el derecho a exigir la entrega de las mercancías en el lugar de destino. La posición de las partes, porteador y cargador, se describe literalmente en el propio conocimiento. De lo expuesto se desprende que el cargador, en este caso *Baltimar, SA*, no es un tercero en relación al contrato.

Conforme a lo dispuesto en el artículo quinto de la Ley de 22 de diciembre de 1949, es obligación del porteador la entrega al cargador del conocimiento firmado por el propio porteador o por su agente, como así sucedió, quedando en consecuencia las partes vinculadas en los términos fijados en el documento, entre ellos la controvertida cláusula de sumisión a los tribunales ingleses.

Hay que destacar además que se trata de una cláusula habitual en el transporte marítimo internacional, como se desprende de los conocimientos de embarque aportados por las demandadas (...).

El sistema previsto en la LOPJ para determinar la competencia judicial internacional es aplicable con carácter general fuera del ámbito del Reglamento Bruselas I. El art. 23 del Reglamento (CE) nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, contiene el régimen aplicable para que las cláusulas de elección de foro tengan eficacia ante nuestros tribunales. En este caso las partes han optado por elegir los órganos jurisdiccionales de un Estado parte y al menos una de ellas se encuentra domiciliada en un Estado miembro. Se cumplen además los requisitos contemplados en dicho precepto de celebración por escrito en una forma acorde con los usos observados en un ámbito, como el que nos ocupa, fuertemente internacionalizado.

Si bien la labor de control de estos aspectos corresponde al Juez nacional, la eficacia de la cláusula queda sometida al Reglamento (CE) nº 44/2001, o anteriormente al Convenio de Bruselas. [...]

Por otra parte la eficacia de la cláusula debe examinarse con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 44/2001, como régimen uniforme, no en otras normas como la Ley de Condiciones Generales de la Contratación o la LEC. Tampoco es aplicable el sistema previsto en la LOPJ. Sobre la norma aplicable en supuestos como el que nos ocupa (refiriéndose al anterior Convenio de Bruselas), se pronuncian las SSTS 29 de septiembre de 2005 y 5 de julio de 2007, sin que además sea obstáculo a la eficacia de la cláusula la falta de firma del cargador, analizando para ello los requisitos que contemplaba el Convenio de Bruselas y la jurisprudencia del TJCE reflejada en sus sentencias de 19 de junio de 1984 y 16 de marzo de 1999.

Respecto al pretendido abuso en la utilización de la declinatoria internacional por la parte codemandada domiciliada en España, este argumento supondría sin más negar eficacia a las cláusulas de sumisión con el único fundamento de que el demandado se encuentra domiciliado en España. Por otro lado la codemandada *A.P. Moller Maersk A/S* es una sociedad danesa y precisamente nos encontramos ante un sector en el que la introducción de este tipo de cláusulas es habitual, tanto por la diversidad del propio tráfico marítimo, de las sociedades que intervienen, domiciliadas en muy diversos países, como por la preferencia de aplicación de un régimen legal al que las partes se someten también, como es el de la legislación inglesa. Este aspecto, el del interés legítimo en acudir a los tribunales del Estado a cuya legislación las partes se someten también, es destacado en la SAP 17 de mayo de 2005. En definitiva, la pretensión de establecer un régimen común en relación a los tribunales competentes y la legislación aplicable a cuantas cuestiones se susciten derivadas de la relación contractual atendiendo a los usos del sector del comercio internacional en el que nos encontramos no puede considerarse abusiva.

[MAPFRE, CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. / A.P. MOLLER MAERSK A/S Y MAERSK SPAIN S.L.U.]

DIVORCIO Y SEPARACIÓN**EXECUÁTUR DE DECISIONES EXTRANJERAS**

2010/41.– Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, Auto nº 244/2009, de 9 de diciembre de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eugenio Santiago Dobarro Ramos. JUR\2010\139132.

Reconocimiento y ejecución de sentencia de divorcio pronunciada en Cuba.– Rebeldía: desestimación.– Execuátur: si.

Normas aplicadas: Arts. 951 a 958 LEC/1881.

[...] Se estima de la mayor importancia el recordar la posición del TS interpretativa del ap. 2º del art. 954 LEC/1881, relativo a que la sentencia “no haya sido dictada en rebeldía”, si el demandado tuvo conocimiento de la acción contra él ejercitada, se subsana la posible indefensión. Y así de lo actuado aparece que la sentencia da como hecho acreditado que el demandado “emplazado en forma legal no compareció”, y que la sentencia se declaró firme el 25 de septiembre de 2002. A la actora, se le reconoce legalmente en Cuba la cualidad de divorciada, y así expresamente consta en la certificación en del nuevo matrimonio que contrae el 9 de junio de 2004, también en Isla de la Juventud –Cuba–, con Hilario

De otra parte el art. 271 LEC permite la excepción de la preclusión a la presentación de documentos cuando vayan referidos a resoluciones judiciales o administrativas que pudieran ser condicionantes o decisivas para resolver en cualquier recurso, y en tal sentido debe apreciarse la certificación emitida en marzo de 2009, que expide el Ayuntamiento de Gubbio, Perugia, Italia, del acta del matrimonio en la que consta, que Braulio, natural de Gubbio, y Carlota, natural de Palma Soriano, Cuba, contrajeron matrimonio el 3 de abril de 1998 en Cuba, y que “por sentencia del Tribunal Municipal Popular de Nueva Gerona (Cuba) en fecha 6 de septiembre de 2002 (...), ha sido disuelto el matrimonio a la cual se refiere esta acta”. Consiguientemente a todo ello debe de apreciarse que Braulio tenía conocimiento de la sentencia de divorcio y de la plenitud de sus efectos como consta de la inscripción citada. Todo ello lleva a estimar el recurso de apelación interpuesto.

2010/42.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Auto nº 49/2010, de 24 de febrero de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa. JUR\2010\145443.

Reconocimiento y ejecución de sentencia de divorcio pronunciada en Ucrania.– Demanda.– Admisión a trámite: procedencia.– Rebeldía: improcedencia.– Sentencia debidamente notificada al demandado.– Inexistencia de indefensión.– Execuátur: si.

Normas aplicadas: Art. 954.2º LEC/1881

[...] Efectivamente, la Sentencia de divorcio dictada en Ucrania por el Tribunal Ucrainiano fue dictada en rebeldía del demandado. Pero nótese bien que es este mismo demandado quien ha presentado ante el juzgado la solicitud de reconocimiento de la resolución extranjera. Como obra en lo actuado, dicha Sentencia fue debidamente notificada al demandado, a quién no puede considerarse que se le haya producido en ningún trámite la indefensión que la LEC y el Convenio de Bruselas I (Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000) pretenden preservar. Por ello resulta aplicable la doctrina jurisprudencial contenida en los ATS 18 de abril de 1998 y 19 de febrero de 1991, conforme a la que el requisito del art. 954.2º LEC/1881 (en vigor en virtud de la Disposición Derogatoria Única de la vigente LEC) se configura como una garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa. Por lo que sí es el demandado rebelde quien solicita el execuátur quedan subsanadas las omisiones que en materia de estas garantías se hubiesen podido cometer en el juicio de origen, a efectos de su reconocimiento por el ordenamiento jurídico español.

Así las cosas, sin necesidad de otros razonamientos, se está en la tesitura de acoger el presente

recurso de apelación, en el sentido de que debe ser admitida a trámite la solicitud de ejecutur presentada en su día en reconocimiento y ejecución de Sentencia extranjera.

2010/43.– Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Quinta, Auto nº 42/2010, de 4 de marzo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Cámara Ruiz. JUR\2010\331292.

Reconocimiento y ejecución de sentencia de divorcio pronunciada en Brasil.– Reconocimiento: estimación.– Indefensión esposa: inexistencia.–Nombramiento de curador especial e intervención del Ministerio Fiscal.– sentencia separación mutuo acuerdo previa. – Executur: si.

Normas aplicadas: Art. 954.2º LEC/1881

La parte recurrente contrae la impugnación del auto alegando su disconformidad por cuanto la Juzgadora de instancia concluyó que la sentencia de divorcio se había dictado en rebeldía y, consecuentemente, no procedía la homologación de la misma. Alegación que debe ser estimada por las razones siguientes:

1º) La previsión del art. 954.2º LEC/1881 no tiene otra finalidad que evitar la indefensión que supondría el reconocimiento de una resolución derivada de un proceso en el que no hubiera participado una de las partes. De ahí que, atendiendo a dicha finalidad, lo procedente en el caso presente es comprobar si, efectivamente, dicha indefensión se produjo.

En primer lugar, debe recordarse que la sentencia de divorcio trae su causa de una sentencia de separación de mutuo acuerdo. Lo que evidencia que la esposa participó en dicho proceso que finalizó mediante resolución de fecha 15 de diciembre de 1970 que no fue recurrida alcanzando eficacia de cosa juzgada. Asimismo, consta que en el procedimiento (...) iniciado en Sao Paulo el 9 de abril de 2001 se citó a la esposa a través de las formas legalmente previstas. Ante la incomparecencia de la esposa, se nombró al Dr. Borja como “curador especial” (extremo que aparece en la sentencia). Asimismo, consta que dicho “curador” contestó a la demanda (...). Finalmente, la sentencia de divorcio fue firmada por la esposa con su nombre de soltera y no la recurrió (certificado de matrimonio). Todo lo cual evidencia que doña Ana no sufrió indefensión alguna máxime cuando se le nombró un curador especial que contestó a la demanda y que intervino el Ministerio Fiscal.

2º) No cabe obviar que la sentencia que se pretende homologar trae su causa de una sentencia de separación de mutuo acuerdo y que durante treinta y ocho años no se ha producido ninguna incidencia que ponga de manifiesto que la voluntad de los cónyuges ha variado. De manera que la sentencia de divorcio no es sino la consecuencia lógica de la voluntad manifestada por los ex cónyuges y que había quedado plasmada en la sentencia de separación.

Por todo lo expuesto debe concluirse que doña Ana en el procedimiento (...) iniciado en Sao Paulo el 9 de abril de 2001 no sufrió indefensión alguna en la medida que se le nombró un “curador especial” que veló por sus intereses y, asimismo, intervino el Ministerio Fiscal. Lo que supone que se le dispensaron, por lo menos, las mismas garantías que las que hubiera tenido en nuestro país de haberse seguido dicho procedimiento en España.

Consecuentemente, por todo lo expuesto, la resolución debe ser revocada y las alegaciones formuladas deben ser estimadas.

2010/44.– Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Quinta, Auto nº 53/2010, de 29 de marzo de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Rosa María Fernández Núñez. JUR\2010\350835.

Reconocimiento y ejecución de sentencia de divorcio pronunciada en Marruecos.– Régimen convencional: aplicación del Convenio hispano-marroquí de 1997.– Inexistencia de una declaración expresa judicial en relación al divorcio.– Verificación del divorcio por acta de declaraciones de ambos consortes realizadas ante dos fedatarios judiciales y mera autorización judicial.– Executur: no.

Normas aplicadas: Art. 23 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 de mayo de 1997.

Como ya ha tenido ocasión de establecer esta Sala en resolución de 6 de febrero de 2008 (Rollo 28/08, del Juzgado nº 2 de Ceuta, autos 297/07) a tenor de lo dispuesto en el Convenio de Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997, en concreto en su art. 23, “las resoluciones judiciales en materia civil, mercantil y administrativa, dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes de España y Marruecos, respectivamente, tendrán autoridad de cosa juzgada en el territorio del otro Estado, si reúnen las condiciones siguientes: 1.– La resolución emana de un órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país en que hubiera sido dictada; 2.– Las partes han sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes; 3.– La resolución ha adquirido autoridad de cosa juzgada y ha llegado a ser ejecutiva conforme a las leyes del estado en que ha sido dictada”.

Sentadas tales premisas jurídicas la solución desestimatoria del juzgado ha de ser necesariamente confirmada, pues –al igual que en el supuesto analizado en la precitada resolución de esta Sala– no existe aquí una declaración expresa judicial en relación al divorcio, sino que este se verifica por acta de declaraciones de ambos consortes realizadas ante dos fedatarios judiciales y mera autorización judicial. No se precisa en su consecuencia la notificación al esposo, pues compareció a tal acto y no existe declaración de rebeldía, más no consta que dicha resolución o acta sea firme, es decir, que no sea susceptible de recurso, con lo cual no tendría eficacia de cosa juzgada y no sería posible su ejecución conforme al convenio citado, pues en la segunda acta aportada acerca de la “notificación de divorcio”, lo único que consta es la manifestación de la ahora apelante Doña Remedios, datada el 1 de noviembre de 2005, en el sentido de que “no se ha llevado a cabo ningún acto de reconciliación entre ambos” por lo que por lo que su estado civil pasa a ser de divorcio irrevocable y definitivo, pero no se ofrece ni consta certificación en tal sentido por parte del fedatario judicial, ni se indique que contra la misma no cabe recurso alguno, lo que impide dar fuerza de cosa juzgada al meritado divorcio.

Dicha conclusión, en fin, es inmune y no puede verse enervada por el hecho de que en el supuesto de autos, que ahora reclama nuestra atención, el esposo, Don Ricardo, llamado al expediente, en comparecencia judicial de 21 de abril de 2009, muestre su conformidad con las manifestaciones de la promotora hoy recurrente, pues tales corroboraciones de parte no sanan las deficiencias anotadas en apartados anteriores ni suplen eficazmente el certificado del Secretario del Tribunal que el Convenio exige, de modo que la conclusión al principio adelantada definitivamente se impone e inclina la confirmación de lo resuelto en sus propios términos [...].

2010/45.– Audiencia Provincial de León, Sección Segunda, Auto nº 89/2010 de 9 de septiembre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Pilar Robles García. JUR\2010\412025.

Reconocimiento y ejecución de sentencia de divorcio pronunciada en Francia.– Régimen aplicable.– Resolución dictada antes de la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000.– Carencia de efectos retroactivo del Reglamento (CE) nº 2201/2003.– Aplicación del Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil o mercantil entre España y Francia, de 28 de mayo de 1969.– Competencia de los Juzgados de Primera Instancia para el executur.

Normas aplicadas: Art. 955 LEC; Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil o mercantil entre España y Francia, firmado en París el 28 de mayo de 1969.

[...] Nos encontramos pues ante un matrimonio celebrado por un español con una francesa en el año 1975, pretendiéndose el reconocimiento de la sentencia de divorcio dictada en fecha 30 de enero de 1985 por el Tribunal de Gran Instancia de Nanterre (Francia), llevándose el procedimiento de forma contradictoria. El auto recurrido acuerda el archivo del procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera promovido por D. Evelio partiendo de que no se requiere procedimiento alguno en base al Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 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, pero debe rechazarse dicho argumento, pues conforme a las disposiciones transitorias del mismo recogidas en el art. 64 no es de aplicación a la sentencia de autos dado su fecha de 30 de enero de 1985. En este sentido cabe citar las resoluciones de la DGRN de fecha 2 de enero de 2004 y 6 de mayo de, que en supuestos en que se invocaba el Reglamento (CE) nº 1347/2000, en base a las disposiciones transitorias del mismo, art. 42 en éste caso, se denegaba su aplicación.

No siendo de aplicación el Convenio de Bruselas de 1968, al que se adhiere España el 26 de mayo de 1989, en función de lo dispuesto en el art. 1 del mismo, en el que se excluye del ámbito de su aplicación a) el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones, se debe por tanto, acudir al Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil o mercantil entre España y Francia, firmado en París el 28 de mayo de 1969, que remite al *execuátur* que ha de seguirse ante el Juzgado de Primera Instancia conforme a lo dispuesto en el art. 36.1º LEC de 1/2000, de 7 de enero, el art. 85.5º LOPJ en su nueva redacción dada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que atribuye a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal, y el art. 955 LEC/1881, en su nueva redacción, que establece: "...".

De lo expuesto, se deduce que iniciado y concluido el proceso de divorcio por resolución dictada antes incluso de la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 1347/2000, no encajando el supuesto que nos ocupa en ninguna de las excepciones previstas en el art. 64 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, el cual carece de eficacia retroactiva, forzosamente ha de señalarse que no resulta de aplicación al mismo el expresado a Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, siendo por ello necesario el reconocimiento de sentencia de divorcio por la vía de *execuátur*, que ha de seguirse, al tener D. Evelio su domicilio en la ciudad de Ponferrada, ante los Juzgados de instancia de dicha ciudad, debiendo ser revocada la resolución apelada, dejando sin efecto el archivo del procedimiento, que en consecuencia deberá continuar su tramitación.

2010/46.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Auto nº 198/2010, de 13 de septiembre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Myriam Sambola Cabrer. JUR\2010\375664.

Reconocimiento y ejecución de escritura notarial de divorcio pronunciada en Brasil.– Equiparación a resolución judicial. – Reconocimiento: estimación.– Execuátur: si.

[...] No puede desconocerse que en materia de crisis matrimonial la regulación internacional ofrece numerosas divergencias. Así existen países en los que se obtiene el divorcio mediante la declaración de una autoridad administrativa, sin intervención judicial.

Así ocurre en Cuba y Brasil donde los divorcios son autorizados por un notario, Japón, por un alcalde, Noruega por el gobernador civil, Islandia, por el Ministerio de Justicia y Asuntos Eclesiásticos o Méjico, por las autoridades registrales.

En todos estos casos u otros similares estas resoluciones precisan para tener validez en España del *execuátur*, de similar forma a lo que ocurriría con una sentencia dictada por el órgano judicial de un país con el que no existiera Convenio (principio de reciprocidad), sujetándose estos supuestos a determinados y específicos requisitos.

En este supuesto asiste razón al recurrente pues aún cuando no se trate de una resolución judicial o arbitral es unánime la doctrina y reiterada la jurisprudencia que entiende equiparables a aquéllas las escrituras notariales de divorcio, correspondiendo en este caso la competencia de este procedimiento especial de legalización a los Juzgados de Primera Instancia a partir de la última reforma operada por la LOPJ 19/2003

Así lo recoge el TS en auto de 30 de marzo de 2004 en el que resuelve y otorga *execuátur* a una escritura notarial de divorcio autorizada por la Notario de la ciudad de La Habana.

2010/47.– Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, Auto nº 213/2009 de 2 de noviembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Modesto Valentín Adolfo Fernández del Viso Blanco. JUR\2010\71441.

Reconocimiento y ejecución de sentencia de divorcio pronunciada en Cuba.– Execuátur.– Necesidad de aportar resolución original.– Desestimación.

Normas aplicadas: Art. 954 LEC/1881.

[...] en este caso, se observa la falta de un elemento esencial previo, cual es la propia sentencia cuya ejecución se demanda, acompañándose una simple certificación del Secretario del Tribunal que la dictó que certifica la disolución del vínculo acordada y la firmeza de la resolución exclusivamente. [...].

El Juzgado requirió la aportación del original, y lejos de subsanar se dijo que no se disponía del mismo, siendo su consecución de cargo del promotor, y lo que resulta es que así no es posible examinar si se cumplen en este caso todos y cada uno de los requisitos exigidos por el art. 954, lo que presupone lógicamente que ha de aportarse la resolución original, y puesto que la prueba de la autenticidad de la ejecutoria extranjera corresponde a quien pretende el reconocimiento. [...].

2010/48.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda, Auto nº 384/2010, de 19 de noviembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres. JUR\2011\36918.

Reconocimiento de documento público sobre divorcio formalizado ante notario Bogotá.– Matrimonio contraído en una notaría de Colombia.– Divorcio por mutuo acuerdo.– Transposición.– Identidad de razón.– Conformidad con el orden público español.– Admisión.

Normas aplicadas. Art.

[...] Dicho lo que antecede, y por cuanto que es procedente pronunciamiento al respecto del fondo del asunto, sobre el reconocimiento o no del documento público en cuestión, en el que se declara el divorcio, de común acuerdo, entre los interesados expresados en el primer fundamento jurídico de esta resolución, y resolviendo, en primer lugar, la problemática al respecto de la interpretación del art. 951 de la antigua LEC, cabe precisar que ya se ha dado respuesta por el TS a dicha cuestión (auto de 23 de febrero de 1999, entre otros, con remisión a los autos de 1 de octubre y 19 de noviembre de 1996), de aplicación al presente supuesto, en el sentido de declarar que la intervención del notario no se limita a funciones fedatarias, autorizando un mutuo acuerdo sobre la disolución del vínculo matrimonial, lo que determina la atribución de competencias en orden a la comprobación de determinadas condiciones a las que quedan sujetos la ruptura del vínculo y los efectos derivados del mismo, de modo que no cabe desconocer que dicha intervención notarial supone el ejercicio de funciones de comprobación de la voluntad de las partes, de modo que puede decirse que el divorcio así obtenido no repugna ni es contrario al orden público interno, concepto este que ha sido desarrollado hasta cobrar un contenido netamente constitucional, comprensivo de los principios jurídicos y derechos constitucionalmente consagrados, lo cual posibilita el reconocimiento de la escritura notarial que declara el divorcio, aun no interviniendo un órgano jurisdiccional en su concesión, sino una autoridad o funcionario de distinto orden con competencia para ello de acuerdo con el ordenamiento de origen (AA TS 2 de julio y 19 de noviembre de 1996, y 4 de febrero de 1997, entre otros).

En la misma línea de razonamientos se ha expresado la DGRN, resolución de 4 de junio de 2007, al afirmar que, con remisión a la doctrina del TS, es válido el proceso de execuátur por analogía e identidad de razón, respecto de la declaración de divorcio formalizada por notarios extranjeros.

Así pues, declarada la competencia del funcionario público de Colombia, que otorgó documento público sobre acuerdo de divorcio, en el ejercicio de la función análoga a la jurisdiccional, se salva el obstáculo indicado en la resolución apelada, cuando se afirmaba erróneamente que el procedimiento de execuátur sólo procede respecto de sentencias firmes, pues, antes bien, también es viable tal

procedimiento para el reconocimiento del divorcio de mutuo acuerdo, declarado en escritura pública, y por un notario extranjero, de modo que resta ya solamente concluir que el art. 34 de la ley 962, de 8 de julio de 2005, es conforme al orden público español, pues dicho precepto establece la posibilidad de acordar de mutuo acuerdo el divorcio del matrimonio civil, con cesación de efectos civiles de toda clase, generando las mismas consecuencias que aquél que se decreta judicialmente. Consta, por otra parte, que el matrimonio en su día contraído fue igualmente ante notario.

Así las cosas, puede decirse que dicha norma es equiparable a lo dispuesto en los arts. 85, 86, en su relación con el art. 81, todos ellos del Código Civil, en su redacción dada por ley 15/2005, 8 de julio.

En suma, y por cuanto que el divorcio ha sido declarado de mutuo acuerdo, es consecuencia del ejercicio de una acción personal, no habiéndose dictado dicha resolución en rebeldía, cumpliéndose con lo prevenido en el art. 954 de la antigua ley procesal, limitándose la autoridad pública extranjera a homologar el divorcio pactado por acuerdo de las partes debidamente autenticado, siendo así que la intervención del notario es constitutiva de la declaración de divorcio, no habiéndose producido ningún defecto formal en la tramitación del procedimiento, en lo que se refiere al emplazamiento de la demandada, que no ha formulado oposición, y visto el informe favorable del Ministerio Fiscal, estimando el recurso interpuesto, es lo procedente reconocer en España la declaración de divorcio entre los interesados indicados anteriormente, contenida en el documento público de fecha 18 de mayo de 2006.

MODIFICACIÓN EN ESPAÑA DE MEDIDAS RELATIVAS A DIVORCIO

2010/49.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 866/2009, de 17 de diciembre de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. JUR\2010\84853.

Demanda de modificación de medidas acordadas en sentencia marroquí de divorcio.– Inadecuación de procedimiento: procedencia.– Sentencia marroquí de divorcio: no existe en España en tanto no sea objeto de executur.

Normas aplicadas: Art. 956 LEC/1881.

[...] La inadecuación de procedimiento y desestimación de la demanda deben confirmarse. La sentencia marroquí de divorcio no existe en España en tanto no sea objeto de executur (art. 956 LEC/1881). Una resolución inexistente no puede ser modificada. Tal pretensión debe encauzarse una vez concedida fuerza en España, ya sea en procesos separados o al mismo tiempo, reconocimiento y modificación, en el procedimiento adecuado, que no es el previsto en los arts. 770 y 775 LEC/2000.

Como señala el Ministerio Fiscal, la desestimación de la demanda no extraña infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, que alega la recurrente, pues ese derecho se satisface tanto con una resolución de fondo como por una resolución que acoge un óbice procesal, según consolidada jurisprudencia, siempre que la decisión esté fundada en derecho y sea razonable. [...]. En el presente caso, el requisito previo del executur responde al principio lógico de la seguridad jurídica, que hace razonable la aplicación de la excepción procesal.

2010/50.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda, Auto nº 46/2010, de 10 de febrero de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Carmen Neira Vázquez. JUR\2010\134603

Modificación de medidas definitivas dictadas por la ley del Estado de origen de la sentencia de divorcio.– Necesidad de aportar la sentencia extranjera de divorcio: improcedencia.– Competencia judicial internacional: procedencia.

Normas aplicadas: Art. 22 LOPJ; art. 8 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de 27 de noviembre de 2003.

[...] cabe afirmar que las reglas ordenadoras de la competencia judicial internacional (esto es, de

los supuestos en los que el ordenamiento de un Estado atribuye competencia para conocer de la resolución de un litigio a sus propios órganos jurisdiccionales, siempre dentro de los límites que el Derecho internacional le impone, que configuran la noción de jurisdicción del Estado), responden todas ellas, en primer y fundamental lugar, a una doble y relativamente contrapuesta exigencia constitucional. De una parte, a nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio; de modo que el demandado en el proceso civil sólo podrá ser sometido a una determinada jurisdicción si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio del derecho de defensa no se verá sometido a costes desproporcionados. De otra parte, desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la Justicia.

Siendo éstas, en lo fundamental y por lo que interesa a la resolución del supuesto planteado, las razones a que responden nuestras reglas de competencia judicial internacional en el orden civil, las que en concreto rigen para supuestos como el que el recurrente planteó ante los Tribunales españoles no sino clara plasmación de aquéllas. No interesa en esta sede constitucional de amparo calificar la materia controvertida: ya se considere que el litigio versa sobre relaciones entre cónyuges, sobre relaciones paternofiliales o sobre alimentos, en cualquier caso rigen las reglas que establece el art. 22 LOPJ, que a su vez no son sino plasmación concreta de las exigencias constitucionales y principios enunciados. [...]

De este modo, al negarse a conocer de la demanda presentada por el padre de los menores, las resoluciones impugnadas negaron que ningún Tribunal español tuviera competencia para conocer de sus pretensiones. Y al hacerlo fundándose en una regla de competencia funcional, que reparte las competencias de los distintos Tribunales españoles, denegaron el acceso a la jurisdicción aplicando una norma ajena a la decisión adoptada, y que responde a principios y exigencias de orden muy diverso de las que delimitan la jurisdicción que ejercen los Tribunales españoles y la que toca a los Tribunales de otros países. Estas últimas no son en nuestro caso sino las establecidas, en el Derecho vigente, por la LOPJ de 1985, y particularmente por su art. 22, en el orden civil.

El rechazo, pues, de la demanda, y por ende de una resolución sobre el fondo de la pretensión deducida, con apoyo en una norma extraña a la declaración de falta de competencia internacional, conduce ya a estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. Negar la posibilidad de obtener un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales españoles sobre el fondo de la pretensión suscitada, cualquiera que fuera el sentido de ese pronunciamiento, en virtud de reglas completamente extrañas a las que expresan el delicado equilibrio constitucionalmente exigible en la determinación de la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales, no es que resulte desproporcionado respecto a los fines que justifican la existencia de causas legales que impiden el examen de fondo, sino que supone descartar cualquier relevancia de aquellos fines, tanto como de las reglas concretas que a éstos sirven. La competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el orden civil viene determinada por su regulación legal, es decir, en el art. 22 LOPJ, dejados de lado los diversos convenios internacionales, aquí inaplicables. En tales reglas, y sólo en las mismas, debe buscarse como punto de partida la respuesta a la cuestión de si es posible que nuestros Tribunales conozcan de una determinada pretensión, pues sólo ellas responden a la serie de exigencias que, en algunos casos, puede llevar a la trascendente consecuencia de que el Estado español renuncie a asumir la tutela judicial en un caso concreto”.

En tal resolución es claro que se determina de un lado la competencia de los tribunales españoles – en el caso examinado y con las condiciones que se indican– para conocer de la modificación de las medidas adoptadas en previa resolución dictada por Tribunal extranjero por exigencia escrupulosa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y de otro, tal criterio decisorio no se condiciona a requisito previo alguno concerniente a la materia del reconocimiento de la sentencia en cuestión en cuanto es evidente que no se trata del régimen general de su ejecución, aspectos éstos objeto de regulación en el art. 954 y cc LEC, sino precisamente de la modificación de la sentencia extranjera.

Por lo tanto probada la existencia de la sentencia y aquellas decisiones o medidas adoptadas en la misma, según la ley del Estado de origen aplicable al caso; dichas medidas cabe sean objeto del procedimiento de modificación que nos ocupa, y por ende conocidas por el Tribunal en cuestión, y ello

sin la exigencia del régimen de reconocimiento, antes señalado en tanto no se pretende la ejecutoriedad vinculante de las mismas, y tal requisito del *execuatur* ni es objeto de regulación en la norma procesal ni aparece recogido en la doctrina constitucional anteriormente señalada.

Siendo ello así, es además, realmente relevante en el caso que nos ocupa, el dato de la residencia de los ahora litigantes en el territorio español, la permanencia en el mismo de los hijos comunes de éstos, dos niñas menores de edad, ambas de nacionalidad española cuya pensión de alimentos se trata de adecuar a la situación actual de sus progenitores; por consiguiente la adopción de medidas paterno filiales en defensa de la protección de los comunes descendientes en aplicación del principio general del favor minoris determina el acogimiento de este motivo de apelación habida cuenta el contenido del art. 8 Reglamento 2201/2003 de la Comisión Europea que asimismo establece la competencia de los órganos jurisdiccionales en relación a los menores que residan habitualmente en el Estado en cuestión todo lo cual determina en este punto la revocación de la resolución recurrida, debiendo por ello acordar el levantamiento de la suspensión acordada en la resolución apelada disponiendo la continuación del procedimiento de modificación de medidas formulado, tal y como establece la LEC.

2010/51.— Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, Sentencia nº 292/2010, de 26 de mayo de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Inmaculada Suárez Bárcena Florencio. JUR\2010\371445.

Modificación de medidas acordadas en sentencia de divorcio por la celebración de un matrimonio posterior.— Matrimonio celebrado en Marruecos.— Nulidad y carencia de efectos civiles por no estar disuelto el anterior.— Ley aplicable a la nulidad del matrimonio y a sus efectos.— Aplicación de la ley de la celebración.— Orden público: admisión.— Existencia de vínculo matrimonial.— Normas imperativas españolas: arts. 46.2º y 73.2º Cc.— Imposibilidad de atribuir efectos jurídicos al segundo matrimonio.

Normas aplicadas: Art. 107.1º Cc.

[...] la pretensión modificativa, extinción de la pensión compensatoria, articulada por el actor en la demanda, lo fue exclusivamente sobre la base del art. 101 Cc, y, concretamente por una de las causas que contempla dicho precepto, esto es, por haber contraído la demandada matrimonio en Casablanca el día 10 de febrero de 2007, lo que ya, permite afirmar que han de quedar al margen de cualquier razonamiento cuestiones distintas, no planteadas en la demanda, porque ello entrañaría una alteración de la causa de pedir, no permitida en nuestro ordenamiento procesal. Por otra parte, como el nuevo matrimonio fue contraído por la demandada, natural de Marruecos, con persona, también natural de Marruecos, y en aquel país (Casablanca), obviamente, y como bien afirma la juzgadora a quo, conforme al art. 107.1º Cc, la nulidad de este matrimonio y sus efectos, no se regulan por la Ley española, sino por la ley aplicable a su celebración, es decir, por la Ley de Marruecos, lo que permite concluir que no le es posible a los tribunales españoles efectuar pronunciamiento sobre nulidad de dicho matrimonio, sea cual fuere la causa que se invoque, y sobre los efectos que de la misma pudieran derivarse, es decir, la validez o nulidad del matrimonio celebrando en Marruecos, entre nacionales de aquel país y conforme a su legislación, debe ser juzgada conforme al Derecho de dicho Estado. Ahora bien, también es verdad que los efectos en España de matrimonios celebrados en el extranjero están sometidos a la excepción de orden público, de tal manera que se pueden negar efectos jurídicos en nuestro país a matrimonios celebrados en el extranjero y válidos (al menos formalmente) conforme a la legislación vigente en el lugar de celebración, en aquellos supuestos en que el matrimonio se opone a normas imperativas en España respecto a la celebración del matrimonio y en este sentido, la ley española es clara pues, según se desprende del tenor literal de los arts. 46.2º y 73.2º Cc, no pueden contraer matrimonio los que estén ligados por vínculo matrimonial, siendo nulo de pleno derecho y, como en el caso enjuiciado el matrimonio fue contraído por la demandada en Marruecos cuando aún no había sido declarado disuelto por divorcio el matrimonio que en su día había contraído con el actor recurrente, es claro, que, al matrimonio celebrado en Marruecos, no se le puede reconocer efectos civiles en España, y por tanto no puede ser tenido en consideración a los efectos pretendidos, es decir, respecto a la extinción de la pensión compensatoria al amparo del art. 101 del Código Civil, y ello con

independencia de que haya existido o no convivencia marital de la demandada con D. Ovidio, por ser ello cuestión ajena a esta litis, al haberse invocado como única causa de extinción la de haber contraído la demandada nuevo matrimonio, convivencia marital que, por demás, no está acreditada en la litis. Las alegaciones vertidas por el recurrente relativas a la validez del matrimonio contraído por D^a Zohar en Marruecos conforme a la legislación de aquel país, legislación que además no acredita, y relativas al hecho de haber tenido el hoy recurrente conocimiento de dicho matrimonio, con posterioridad a la firma del convenio y al dictado de la Sentencia de divorcio, cuya modificación pretende, así como de convivencia marital de la demandada con D. Ovidio, en nada desvirtúan los razonamientos expuestos, desde el punto y hora en que, insistimos, se alega como única causa extintiva la de haber contraído la acreedora de la pensión compensatoria nuevo matrimonio en Marruecos con nacional de aquel país, y este matrimonio se contrajo antes de que fuera declarado legalmente disuelto por Divorcio el matrimonio que en su día contrajeran los hoy litigantes, por lo que conforme al orden público español, ex artículos 46.2º y 73.2º Cc, no puede reconocerse en España, efectos civiles al mismo, por contravenir normas imperativas españolas, y por ende, el orden público español, y, en consecuencia, no puede tenerse en cuenta a los efectos extintivos pretendidos en la demanda, cuya desestimación es de todo punto procedente, por lo que se está en la necesidad de desestimar el recurso y, consecuentemente, confirmar la sentencia apelada. [...]

ADMISIÓN DE DEMANDAS DE DIVORCIO EN ESPAÑA PESE A LA EXISTENCIA DE SENTENCIAS DE DIVORCIO PRONUNCIADAS EN EL EXTRANJERO

2010/52.–Audencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia nº 86/2010, de 11 de marzo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Federico Rodríguez Mira. JUR\2010\391090.

Divorcio promovido en España.– Existencia de sentencia de divorcio dictada en Argelia.– Sentencia no reconocida en España.– Cosa juzgada.– Desestimación de la demanda de divorcio.

Normas aplicadas: Art. 107 Cc; art. 954 LEC/1881.

[...] carece de cobertura legal la actuación desplegada por la madre, tras haber comparecido previamente ante el tribunal argelino y aceptado la competencia del mismo en los términos ya señalados, desentendiéndose acto seguido del procedimiento de divorcio sustanciado en ese momento, y acudiendo a la jurisdicción de los Tribunales españoles, donde promovió la presente demanda silenciando completamente lo sucedido ante el órgano judicial argelino, cuya decisión resultaba conforme con la competencia aceptada de forma expresa por ambas partes, y con la aplicación de la ley nacional común de los esposos según determina el art. 107 Cc.

Por consiguiente, al haber quedado disuelto el matrimonio de los interesados mediante sentencia firme de divorcio, la decisión sobre esta nueva petición de divorcio planteada por la esposa ante los Tribunales Españoles no podía enjuiciarse en el ámbito de un procedimiento de execuátur, sino en términos de confrontación con lo ya resuelto válidamente por el tribunal argelino, a tenor de lo establecido por el art. 222.1º LEC., excluyendo lógicamente un ulterior proceso de divorcio sustanciado entre las mismas partes con idéntico objeto.

En este sentido, por tanto, lleva razón el apelante al denunciar la exigencia de que sea revocada la decisión del Juzgado y acogida la excepción de cosa juzgada, ya que de lo contrario nos encontraríamos ante dos sentencias de divorcio sobre las mismas partes, cuya ejecución devendría absurda ante la posibilidad de hacerlas valer, con diferente alcance y contenido, en Argelia y España. Así lo ha considerado también el Ministerio Fiscal en trámite de conclusiones ante el Juzgado de instancia. De ahí que sea procedente estimar el recurso planteado por el demandado y revocar la sentencia de instancia, dictando otra en su lugar desestimatoria de la demanda de divorcio formulada por la actora contra su ex cónyuge; imponiendo a la demandante las costas de la instancia, conforme dispone el art. 394.1º LEC; sin hacer expresa declaración sobre las de esta alzada, según autoriza el art. 398.2º de la citada Ley.

2010/53.– Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, Auto nº 158/2010, de 16 de marzo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós. AC\2010\974.

Resolución de divorcio dictada en Egipto no reconocida en España.– Carencia de efectos jurídicos.– Resolución dictada en rebeldía y sin adopción de medida alguna en interés de los hijos.– Actora y demandado con domicilio en España.– Hijos nacidos en España.– Admisión de la demanda de divorcio.

Normas aplicadas: Arts. 951 ss LEC/1881; art 3 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

La demanda de divorcio presentada por Matilde, de nacionalidad egipcia, contra Leopoldo, de la misma nacionalidad, fue inadmitida a tramite al haber manifestado en la misma la demandante que el demandado se divorció de ella el día 9 de octubre de 2008, no siendo óbice a tal inadmisión –añade el auto– que la resolución dictada en Egipto no haya sido objeto de reconocimiento por el Estado porque “por haber ejercitado” –el aquí demandado– “la acción que se pretende en el extranjero, las autoridades de este Estado” –parece referirse al egipcio– “nunca pueden certificar la vigencia y realidad del vínculo matrimonial cuya resolución se pretende, siendo ello un documento esencial imprescindible conforme al art 770.11º LEC “que por ser de imposible aportación ha de conducir, directamente, sin posibilidad de subsanación, a la inadmisión a tramite de la demanda”.

Recorre la actora, que dice que la argumentación del auto dictado vulnera lo dispuesto por los arts 951 y cc LEC/1881. y que el divorcio decretado en Egipto, que lo fue en su ausencia, quebranta los principios básicos de nuestro Derecho matrimonial y el orden publico internacional.

El art 403 LEC dispone que las demandas solo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en la ley, siendo obvio que la razón que fundamenta la decisión recurrida –la cosa juzgada supuesta por el divorcio egipcio (...)- no puede ser tomada en cuenta cuando se trata de una resolución que no ha sido reconocida en España y, por tanto, carece de efectos jurídicos en nuestro país, máxime si se tienen en cuenta los obstáculos que para su reconocimiento habrá de suponer el hecho de haberse decretado en ausencia de la aquí recurrente y sin adopción de medida alguna en interés de los hijos.

Por lo demás, consta que actora y demandado tienen su domicilio en Zaragoza desde hace años –sus hijas, Crescencia y Felisa, nacieron en esta Ciudad (...)- y que por ello, los Tribunales españoles son competentes para el conocimiento de la acción ejercitada, pues, inexistente Tratado, así lo dispone el art 3 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, también aplicable a nacionales no comunitarios, dado que en los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recae en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio tengan los cónyuges su residencia habitual de los cónyuges.

Debe, pues, prosperar el recurso de la demandante, con acogimiento de la pretensión revocatoria deducida.

**MODIFICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES
EN PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO**

2010/54.— Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia nº 375/2010, de 15 de junio de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós. JUR\2010\388585.

Medidas provisionales en procedimiento de divorcio.— Atribución del uso de la vivienda.— Medida provisional consistente en la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa y a sus hijos durante un plazo de cuatro meses.— modificación de la medida: procedencia.— Eliminación de la limitación temporal por aplicación del art. 96.1º Cc.— Matrimonio: Derecho internacional privado.— Legislación aplicable.

Normas aplicadas: Art. 951 LEC.

[...] Mas dudosa se presenta la cuestión relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar, resuelta por el Juez en el sentido de concederlo a la esposa e hijos únicamente durante un plazo de cuatro meses desde la fecha de la sentencia, decisión en la que tuvo en cuenta: a) que en abril de 2007 Dª Remedios marchó a Egipto, llevándose a sus hijos, y permaneció en ese país hasta enero de 2009, no constando acreditado que su salida de España tuviese lugar obligada por su marido; b) que durante la estancia en ese país, producida por su exclusiva voluntad, instó la disolución por divorcio de su matrimonio, y obtuvo la atribución del uso de la vivienda privativa que su marido tiene en Port-Said, a cuyo toma de posesión ya no acudió, haciéndolo su hermano el 29 de enero de 2009 en su nombre y representación; c) que en ese contexto, careciendo de trabajo y arraigo alguno, decidió volver a España porque sus hijos –dijo– echaban de menos a su padre y porque a ella le gustaba vivir en este país, pero tal decisión, por mas que la situación creada deba ser resuelta por el padre, no puede justificar la atribución del uso de la vivienda que fue familiar, pretensión esta que debe ser rechazada de plano por abusiva, ex art 11 LOP J y art 247 LEC.

Es cierto que la aquí recurrente solicitó en Egipto el uso de la vivienda que el demandado tiene en Port-Said, que como se ha dicho le fue concedido, habiéndolo utilizado en agosto/septiembre 2009 cuando en vacaciones de verano se trasladó a su país; y también que en diciembre 2008 presentó contra su marido demanda de alimentos, estando citada al juicio a celebrar el día 13 de enero de 2009, al que decidió no acudir, regresando a España el 21 de enero de 2009.

La actuación de Dª Remedios presenta tintes que pueden rozar el abuso o incurrir abiertamente en el mismo; sin embargo, tampoco cabe desconocer, de un lado, que el divorcio instado en Egipto no lo fue por ella, sino por el aquí apelado en su ausencia (...); ni que el mismo, documentado en autos en la sumaria forma en que lo ha sido, es un divorcio revocable que, como dice la STS 21 de abril de 1998 con cita del ATS 16 de julio de 1996, confiere a la disolución del vínculo matrimonial un tinte de condicionalidad que pugna con la exigencia de firmeza de la resolución impuesto por el art 951 LEC/1881 y supone un elemento añadido a la disolución del vínculo contrario a los principios que inspiran y conforman el concepto de orden público, que en esta materia se encuentra en íntimo entronque con los principios y derechos constitucionales, pues la subsistencia del vínculo no puede quedar sometido a la libre disposición de los cónyuges de manera que, por su mera voluntad, pueda volverse al anterior estado marital, ya que ello repugna a la estabilidad y certeza que ha de darse en las situaciones que conforman el estado civil de las personas y, por ende, a la igualdad de derechos y deberes del marido y de la mujer (art. 14 CE y art. 66 Cc); que, pendiente el divorcio en tramite, cuyas medidas sustituirán las adoptadas en estos autos, las medidas que aquí se recurren tienen un carácter provisional; y que, habida cuenta de las razones y circunstancias expuestas, habiéndose atribuido a la esposa la guarda y custodia de los hijos, la protección del prioritario interés de los menores exige estar a lo dispuesto por el art 96.1º Cc, a cuyo tenor “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”, debiendo, pues, dejarse sin efecto el plazo de cuatro meses al que la Juez de instancia limita temporalmente el señalamiento. Sin perjuicio de lo que se resuelva en el divorcio.

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE PROCEDIMIENTOS DE DIVORCIO

2010/55.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vegesimosegunda, Auto nº 229/2010, de 20 de 25 de junio de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres. JUR\2010\289260.

Competencia de jueces y tribunales en el orden civil.– Competencia de los tribunales españoles: estimación.– Procedimiento relativo a divorcio: competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro en cuyo territorio se encuentre a la residencia habitual de los cónyuges

Normas aplicadas: Art. 3 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de 27 de noviembre de 2003.

[...] no resulta ajustado a Derecho cuestionar, de oficio, la competencia, por falta de jurisdicción en el acto de la vista, que fue expresamente asumida en su momento por auto de 8 de septiembre de 2008,

A mayor abundamiento, consta acreditado que el demandante reside en España, como también se ha acreditado que el último domicilio conocido de la demandada, al plantear la demanda, también estaba en España.

El art. 3 Reglamento nº 2201/2003 (...), establece que en los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro, en cuyo territorio se encuentre a la residencia habitual de los cónyuges, de manera que, habiéndose aceptado la competencia territorial, en su momento, por parte del juzgado que admitió a trámite la demanda, es lo procedente, estimando el recurso, la continuación del trámite del procedimiento ante dicho Juzgado, y todo ello en aplicación, también, del art. 769 LEC.

2010/56.– Audiencia Provincial de Barcelona, Decimoctava, Auto nº 280/2010, de 11 de noviembre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. M^a Dolores Viñas Maestre. JUR\2010\90592.

Competencia de jueces y tribunales en el orden civil.– Competencia de los tribunales españoles: estimación.– Demanda de divorcio: competencia de los Tribunales Españoles, en tanto la esposa, nacional española, ha fijado su residencia habitual con una antelación de más de seis meses a la presentación de la demanda.– Litispendencia: inexistencia.

Normas aplicadas: Arts. 3 y 19 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de 27 de noviembre de 2003.

[...] constituye objeto de este procedimiento determinar si los Tribunales españoles son competentes para conocer del procedimiento de divorcio instado en virtud de la demanda presentada por la esposa en el mes de septiembre de 2009 y caso de resultar competentes si debe apreciarse, como ha hecho la Juez de Primera Instancia la excepción de litispendencia. A estos efectos resulta indiferente que la concurrencia de litispendencia haya sido o no alegada por las partes durante la tramitación de la declinatoria presentada, por cuando es apreciable de oficio, y en este sentido no puede prosperar el motivo invocado por la parte apelante.

El art. 3 del Reglamento 2201/2003 establece un amplio elenco de criterios de atribución de competencia que puede conducir a que sean competentes para conocer de un proceso de divorcio más de un Estado miembro. En su ap. 1º a) atribuye la competencia para conocer de los asuntos relativos al divorcio, la separación y la nulidad matrimonial, entre otros, a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra, el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos resida allí o la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión. Estos dos criterios determinan que en el supuesto de

autos sean competentes los Tribunales españoles, en tanto la esposa, nacional española, ha fijado su residencia habitual con una antelación de más de seis meses a la presentación de la demanda y los Tribunales belgas, en tanto ha constituido el país de la residencia habitual de los cónyuges, residiendo en el mismo el esposo. Es por ello que resulta de gran importancia para evitar una duplicidad de procedimientos en los dos Estados miembros la institución jurídica de la litispendencia que viene regulada en el art. 19 del Reglamento, que ordena la suspensión del procedimiento en uno de los Estados miembros cuando se haya presentado demanda de divorcio, separación o nulidad entre las mismas partes ante los órganos jurisdiccionales de otro estado miembro, hasta que se determine la competencia y una vez se establezca que el primer órgano jurisdiccional es el competente, el segundo debe inhibirse a favor de aquel.

La cuestión que se plantea es si la tramitación de un procedimiento de Medidas Provisionales ante un Juez de Paz en Bélgica con anterioridad a la presentación de la demanda de divorcio en España produce estos efectos, es decir, sirve de base para apreciar la concurrencia de litispendencia, o lo que es lo mismo, si procede equiparar la presentación aislada de una demanda de medidas provisionales ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro a la presentación de la demanda sobre el fondo del asunto en el sentido del art. 19, ap. 2, del Reglamento. Ninguna de las partes ha aportado la resolución del Juez de Paz que adopta las Medidas Provisionales, pero conforme a las alegaciones efectuadas, cabe concluir que dichas medidas han sido adoptadas por un Juez que no es competente para conocer después sobre el proceso de divorcio y cuyas medidas tienen una eficacia temporal no vinculada a un ulterior procedimiento sobre el fondo.

La cuestión que procede resolver, –si una demanda de medidas provisionales puede constituir un acto que inicie un proceso a los efectos del art. 19.2º del Reglamento– ya ha sido planteada ante el TJUE en un procedimiento sobre responsabilidad parental entre un nacional español y una nacional alemana, por el Amtsgericht Stuttgart (Alemania), mediante resolución de 31 de mayo de 2010, recibida en el TJ el 16 de junio de 2010, y resuelta en sentencia de 9 de noviembre de 2010. [...].

Aplicando la doctrina del Tribunal Europeo, en el presente supuesto debe concluirse que no hay litispendencia. La Resolución de Medidas Provisionales dictadas por un Juez de Paz de Bélgica, que ni siquiera ha sido aportada, y que según se infiere de las alegaciones de ambas partes, no tiene vinculación alguna con una demanda sobre el fondo para cuyo conocimiento no sería competente el Juez de Paz, sino el Juez de Primera instancia, no puede servir de base para apreciar la existencia de litispendencia y en consecuencia procede revocar la resolución apelada, acordando que los Juzgados españoles son competentes para conocer de la presente demanda de divorcio y que no cabe apreciar la existencia de litispendencia, debiendo proceder el Juzgado a la admisión y tramitación de la demanda de divorcio presentada.

2010/57.– Audiencia Provincial de Teruel, Sección Primera, Auto nº 182/2010, de 25 de noviembre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Dª Mª Teresa Rivera Blasco. JUR\2011\63840.

Competencia judicial internacional en el orden civil.– Competencia de jueces y tribunales: estimación.– Doctrina general.– Medidas provisionales previas al divorcio.– Asuntos relativos a divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial: competencia de los órganos del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges siempre que uno de ellos resida allí

Normas aplicadas: Art. 3, 12 y 19 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de 27 de noviembre de 2003.

[...] Declarada por el Juzgado su propia competencia para conocer de dicha solicitud se citó a las partes a comparecencia y, de oficio (según consta en el acta levantada de la comparecencia), la juzgadora inició incidente de competencia de jurisdicción por entender que había sido “planteada por el Juzgado de Alemania”.

Pues bien, dicho incidente no debió ser promovido. En primer lugar porque no existe la litispendencia a que se refiere el art. 19 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 (relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental) pues en el Juzgado local de Görlitz (Alemania) la Sra. Álvaro no ha llegado a presentar demanda de divorcio del matrimonio sino sólo solicitud de concesión del beneficio de pobreza para el procedimiento de divorcio (para lo cual tuvo que aportar un borrador de la solicitud de divorcio que pretende). Y en segundo lugar porque la competencia para conocer le corresponde al Juzgado de Alcañiz conforme a los arts. 3 y 12 del Reglamento indicado. Con arreglo al primero de ellos “en los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges siempre que uno de ellos aún resida allí”, siendo el último lugar de residencia habitual de los cónyuges Castelserás donde sigue residiendo el esposo; y conforme al art. 12 “los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al art. 3 en una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculada a dicha demanda... b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges...”, lo que acontece en el supuesto que nos ocupa en el que habiendo sido citada la esposa para la comparecencia a que se refiere el ap. 2º del art. 771 LEC compareció a través de Procurador bajo la asistencia letrada del Sr. Vicente Serrano, quien aceptó la competencia del Tribunal español para conocer del asunto y como tal órgano competente le solicitó la suspensión del juicio para poder estudiar el asunto ya que no había podido ser preparada la contestación por falta de tiempo al haber recibido los autos el día anterior, lo que, a juicio de dicha parte, le producía indefensión.

Por todo ello debe ser estimado el recurso formulado por el Sr. Álvaro en el sentido de dejar sin efecto la resolución dictada en fecha 11 de marzo de 2010 y continuar la tramitación de la presente causa conforme estableció el Juzgado en el auto firme de fecha 27 de octubre de 2009.

2010/58.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Duodécima, Auto nº 308/2010, de 20 de diciembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. AC\2011\225.

Competencia judicial internacional en el orden civil.– Competencia de los tribunales españoles: estimación.– Divorcio: art. 3 b) Reglamento Comunitario 2201/2003.– Opción del demandante por los órganos jurisdiccionales de la nacionalidad común:– Sumisión expresa de la demandada a los tribunales españoles.– Alimentos a menores: art. 5.2º Reglamento CE 44/2001: competencia del juzgado a quo para el divorcio y las demás medidas relativas a los menores.

Normas aplicadas: Arts. 3, 6, 12 y 17 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de 27 de noviembre de 2003; art. 5.2º 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, de 22 de diciembre de 2000.

La declinatoria se basa en el Reglamento comunitario 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y las cuestiones de responsabilidad parental (“Bruselas II bis”).

A tales efectos debe señalarse que el domicilio familiar está en Londres desde el 8 de abril de 2008, según resulta de la escritura de propiedad (...). El demandante manifiesta residir en Gavà, en el que fuera antiguo domicilio familiar (...). Ambos cónyuges tienen la nacionalidad española (y la demandada también la peruana).

El art. 3 del Reglamento establece una serie de fueros “alternativos”, todos ellos competentes para el conocimiento de la acción de divorcio. Basta la mera lectura de sus puntos de conexión, todos ellos

disyuntivamente enlazados, para llegar a esa conclusión, que confirma la STJUE 16 de julio de 2009, que cita la parte apelante.

El art. 6 declara fueros obligatorios esos fueros, todos ellos y cualquiera de ellos, pero cabe opción entre ellos. Si cualquiera de los fueros enunciados es competente, no cabe la declinatoria ni la estimación de oficio de la falta de competencia según el art. 17, pues éste precepto exige que la declinación de competencia se base en la exclusión de la propia y la constatación de la del otro estado miembro de la UE. Cuando los tribunales de ambos estados son competentes, no cabe la declinación de competencia, salvo el supuesto del art. 15 (órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto). En el supuesto de competencias concurrentes también cabrá la sumisión, expresa o tácita.

La competencia del juzgado a quo deriva del art. 3.b: "...órganos jurisdiccionales del Estado miembro... b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del 'domicile' común". La tesis interpretativa de la demandada no puede ser admitida, pues pretende primar el concepto de "domicile" en detrimento de la nacionalidad cuando uno de los Estados miembro en juego sea, como aquí, el Reino Unido (o Irlanda). En ese supuesto los órganos jurisdiccionales de la nacionalidad común o del "domicile" común serán competentes. El demandante ha optado por los primeros.

A mayor abundamiento, la demandada se había sometido expresamente a los tribunales españoles. En efecto, el 13 de julio de 2009 los litigantes comparecieron ante la High Court of Justice de Londres en el proceso instado por la demandada [...].

Por tanto, el juzgado a quo es competente para el divorcio tanto por sumisión del demandante ante una jurisdicción competente según el Reglamento comunitario como por sumisión expresa de la demandada a ese misma jurisdicción competente.

La demanda también aborda las medidas relativas a los hijos menores comunes, incluidos los alimentos para esos menores.

El art. 12 del Reglamento, como excepción al art. 8 –único invocado por la demandada–, prorroga la competencia del juzgado competente para el divorcio para "las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda", cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental, lo cual es el caso al ser la patria potestad compartida; y además la competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca, lo cual también es el caso; y además, que responda al interés superior del menor, lo cual también es el caso puesto que en Gavà está al anterior domicilio familiar y sería perjudicial que las medidas relativas a los hijos fueran adoptadas sin vinculación al divorcio de los padres.

Resta por analizar, aunque ni el juzgado a quo ni las partes lo suscitan, la competencia para la cuestión de los alimentos.

No siendo todavía de aplicación, hasta el 18 de junio de 2011, el Reglamento (CE) nº 4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, debe aplicarse el Reglamento (CE) nº 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; su art. 5.2º establece que la acción de alimentos podrá ejercitarse "... si se tratare de una demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas, ante el tribunal competente según la ley del foro para conocer de ésta...". Siendo competente el juzgado a quo para el divorcio y las demás medidas relativas a los menores, según la ley del foro, que no es otra que el Reglamento (CE) nº 2201/2003, también lo es para la acción alimenticia. A igual conclusión se llega si, como ley del foro, se aplica el art. 79 del Codi de Família de Catalunya (CF) en relación al art. 76.1.c) CF.

EXTRANJERÍA

ANULACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE VARIAS EXPRESIONES DEL REAL DECRETO 240/2007, DE 16 DE FEBRERO, SOBRE ENTRADA, LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN ESPAÑA DE CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE

2010/59.– Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso–Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 1 de junio de 2010. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde. RJ\2010\5470.

Extranjeros: Impugnación procedente del Real Decreto 240/2007, de 16 febrero, en cuanto resulta contrario a la Directiva 2004/38/CE.

Normas aplicadas: RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE.

1º. *Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso contencioso–administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía “Andalucía Acoge” y de la Asociación Pro Derechos de Andalucía, contra el RD 240/2004, 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.*

2º. *Que del expresado Real Decreto anulamos los siguientes Artículos, apartados o Disposiciones:*

a) Art. 2º, párrafo primero : la expresión “otro Estado miembro” .

b) Art. 2º . La expresión “separación legal” que se contiene en los apartados a), c) y d) del citado art. 2º .

c) Art. 9º. La misma expresión “separación legal” que se contiene (i) en el enunciado del precepto, (ii) en su apartado 1, (iii) en su apartado 4, y (iv) en su apartado 4 .a).

d) Art. 9º . La expresión “cónyuge separado legalmente” que se contiene en el art. 9.4 .d).

e) Art. 2º. La expresión “que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado” que se contiene dentro de su párrafo 1, apartado b).

f) Art. 3º. La expresión “exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el art. 2.d) del presente Real Decreto”, que se contiene en el apartado 2, párrafo primero.

g) Art. 3º. La expresión “No alterará la situación de familiar a cargo la realización por éste de una actividad laboral en la que se acredite que los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para su sustento, y en los casos de contrato de trabajo a jornada completa con una duración que no supere los tres meses en cómputo anual ni tenga una continuidad como ocupación en el mercado laboral, o a tiempo parcial teniendo la retribución el citado carácter de recurso no necesario para el sustento”, contenida en el párrafo segundo del apartado segundo del precepto.

h) Art. 4º. La expresión “expedida por un Estado que aplica plenamente el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, y su normativa de desarrollo”, contenida en el párrafo segundo del apartado 2º.

i) Art. 9. La expresión “Transcurridos seis meses desde el fallecimiento salvo que haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, el familiar deberá solicitar una autorización de residencia, de conformidad con lo previsto en el art. 96.5º del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Para obtener la nueva autorización deberá demostrar que está en alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social como trabajador, bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes, o que son miembros de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos”, que constituye el párrafo segundo del apartado 2 del precepto.

j) Art. 18 . La expresión “Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata” , que se contiene en el apartado 2 de dicho precepto.

k) Disposición Final Tercera, apartado Uno (Disposición Adicional Decimonovena del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre). La expresión “parentesco hasta segundo grado” que se contiene en su párrafo primero, apartado a).

l) Disposición Final Tercera, apartado Dos (Disposición Adicional Decimonovena del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre). [...]

FILIACIÓN POR NATURALEZA

ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

2010/60.– Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia nº 436/2009, de 18 de diciembre de 2009. Ponente: Ilma. Sra. D^a M^a Pilar Fernández Alonso. AC\2010\394.

Filiación: acción de impugnación de filiación no matrimonial.– Prueba pericial biológica de paternidad del actor respecto del menor realizada ante la posibilidad de que no fuera hijo suyo.– Competencia de los Tribunales españoles: procedencia.– Menor inscrito en Suiza y en el Registro civil español con residencia en España.– Desconocimiento de la ley nacional del hijo.– Aplicación de la ley española: ley de la residencia habitual del hijo.

Normas aplicadas: Art. 22.3º LOPJ; arts. 9.1º y 4º Cc; art. 281 LEC.

[...] También hemos de destacar como es la jurisdicción de un Tribunal el primer basamento de su pronunciamiento y por ende la primera circunstancia que ha de ser determinada; en este sentido el art. 9.1º LOPJ dispone que los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley, y el art. 22 de la propia Ley establece las reglas que determinan la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles, con carácter imperativo y no dispositivo, por lo que su observancia ha de ser apreciada de oficio por el Juzgador, sin que la autonomía de la voluntad de las partes pueda alterar su aplicación de no existir sumisión. [...].

Será, por tanto, en defecto de los criterios precedentes cuando el art. 22.3º LOPJ, fija otros criterios de conexión con los tribunales españoles (...) en materia de filiación y de relaciones paternofiliales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España (...).

En el caso que nos ocupa, no existe tratado internacional o convenio entre España y Suiza en materia de filiación y relaciones paternofiliales.

El menor al que se refiere el procedimiento, está inscrito, además de en Suiza, en el Registro Civil de Ibiza y reside en dicha localidad, donde también lo hacen la demandada y el actor.

Consideramos pues, que la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de la acción entablada es la española (art. 22.2º y 3º LOPJ), por lo que se confirma la desestimación de la declinatoria de jurisdicción alegada por las razones expuestas.

Sentada jurisdicción española es competente, hemos de precisar que igualmente debe aplicarse la ley española para resolver el litigio. Ello en aplicación de los arts. 9.1º y 9.4º Cc.

La madre apelante nació en Argentina y tiene nacionalidad Italiana. El actor tiene nacionalidad Suiza y el menor, como decimos, nació en España, está inscrito en el Registro Civil de Ibiza, donde reside desde su nacimiento en compañía de los hoy litigantes.

También, según resulta de la prueba practicada en esta alzada, está inscrito en el Registro Civil de Ibiza y no debemos olvidar que el actor está impugnando la paternidad.

Por todo ello, al desconocerse a ciencia cierta la nacionalidad del niño se aplica la ley de residencia

habitual del hijo (art. 9.4º Cc), esto es, la Ley española.

En cualquier caso, aún cuando se entendiera, cosa que no se hace, que el Derecho aplicable fuera el suizo, lo cierto es que no se cumplen los requisitos del art. 281 LEC, desconociendo si los artículos del Derecho suizo que se aportan en esta segunda instancia están o no vigentes y cual sea la interpretación que de los mismos realizan los Tribunales de dicho país, por lo que se ha de juzgar y fallar según Derecho patrio. [...]

El actor ejercita acción de impugnación del reconocimiento de paternidad, respecto del menor Rafael, nacido el 17 de agosto de 2000 durante la relación more uxorio que mantuvo con la madre de éste, Dª María Ángeles, por espacio de 10 años, porque, una vez rota la relación y tramitadas a su instancia medidas sobre guarda, custodia y alimentos de dicho menor y recaída sentencia de 5 de julio de 2006, recurrida también en apelación ante esta misma Sala, unos amigos le comunicaron que la demandada había tenido una aventura amorosa con tercera persona, coincidente con la época de la concepción. Por esta razón, ante la posibilidad que el menor no fuera hijo suyo, decidió hacerse unos análisis de paternidad, cuyos resultados de 26 de octubre 2006, revelan que él no es el padre del menor.

La prueba pericial biológica de paternidad del actor respecto del menor, realizada en sede judicial por el Instituto Nacional de Toxicología de Barcelona, deja absolutamente descartada la paternidad del actor, Don. Hilario, respecto del menor Rafael. [...]

MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN REALIZADA EN CALIFORNIA

2010/61.— Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, Sentencia nº 193/2010, de 15 de septiembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Esteban Tabernero Moreno. AC\2010\1707

Filiación: maternidad de sustitución.— Vulneración del orden público internacional: improcedencia.— Recurso frente a la inscripción de filiación conformada a través de maternidad de sustitución en California: admisión del recurso.

Normas aplicadas: Art. 10 Ley 14/2006; art. 9.4º Cc; art. 23 LRC; arts. 81, 85 y 168 RRC.

De la prueba, estrictamente documental, aportada en los presentes autos ha quedado acreditado que con fecha 7 de noviembre de 2008 Bienvenido y Genaro, de nacionalidad española y cónyuges desde octubre de 2005 acudieron a inscribir en el registro consular de España en Los Ángeles el nacimiento de los recién nacidos Carlos María y Ángel, como hijos del matrimonio por ellos formado, adjuntando para tal fin una serie de documentación no aportada en autos, pero que viene reflejada en el auto denegatorio de la inscripción aportado como documento 3 de la demanda consistente en certificados de nacimiento del condado de San Diego en los que constan Bienvenido y Genaro como padres de los nacidos, certificado literal de nacimiento de los interesados, libro de familia de los interesados y fotocopia de pasaporte y DNI de los mismos, adjuntando a todo ello la hoja de declaración de datos preceptiva para practicar la inscripción.

Con fecha 10 de noviembre de 2008 el canciller encargado del registro civil consular dictó auto acordando denegar la inscripción alegando básicamente que los menores cuya inscripción se solicitaba eran consecuencia de “gestación por sustitución” prohibida por la legislación española debiéndose considerarse la gestante como madre legal del niño.

Con fecha 25 de noviembre de 2008 Bienvenido y Genaro interpusieron recurso contra dicho auto que fue resuelto por la DGRN con fecha 18 de febrero de 2009, estimando el recurso, revocando el auto y mandando se proceda a la inscripción de los menores Carlos María y Ángel en el registro civil consular como hijos de Bienvenido y Genaro. [...]

En resumen la DGRN tras examinar el contenido del recurso contra el auto denegatorio de la inscripción estima plenamente el mismo, recogiendo punto por punto los argumentos del propio recurso no solo en cuanto a su argumentación sino transcribiendo párrafos enteros del escrito de recurso que hace suyos en su totalidad. La conclusión a la que recurso y resolución al unísono llegan es que al

cumplirse con los requisitos formales y no vulnerarse el orden público internacional español, debe procederse a la inscripción y ello con independencia de que “los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las leyes españolas” y que la filiación de los hijos así nacidos será determinada por el parto, pues este precepto no es aplicable en este caso pues no se trata de determinar la filiación de los nacidos sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede acceder al registro Civil español.

Así pues la cuestión que debe examinarse en primer lugar para resolver esta impugnación es, si resulta o no aplicable al presente supuesto el art. 10 Ley 14/2006, para ello debe determinarse cuales son los requisitos que debe cumplir la resolución registral extranjera para tener acceso a nuestro registro, no existe duda alguna que debe examinarse que se trate de un documento público autorizado por una autoridad extranjera y que esta autoridad desempeñe funciones equivalentes a las de los registros civiles españoles, es decir comprobaciones meramente formales, que en este caso de cumplen por el certificado en virtud del cual se insta la inscripción.

La discrepancia se centra en el alcance del examen de fondo de la resolución, a este respecto la DGRN fundamenta jurídicamente su argumentación en el art. 81 RRC obviando que dicho reglamento desarrolla y completa un texto como es la LRC de evidente valor mayor normativo y que en dicha ley y en su art. 23 se establece :

“Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe.

También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”.

La dicción literal de este artículo otorga una nueva perspectiva a la argumentación que efectúa la DGRN respecto a la no aplicabilidad de la Ley 14/2006.

Para que pueda practicarse la inscripción en el registro español de una certificación extendida por un registro extranjero es necesario en primer lugar que se compruebe por el encargado del registro la realidad del hecho inscrito, ello implica no ya solo un control formal de la certificación, sino que por el encargado no se tenga duda de que lo establecido en la certificación es real, en este caso el encargado del registro debería verificar que realmente ambos solicitantes son los padres de los menores cuya inscripción se pretende, ello que al menos formalmente es cierto pues así consta en la certificación californiana, no lo es, ni puede serlo a efectos materiales pues biológicamente resulta imposible, surge con ello la existencia de la duda sobre la realidad del hecho inscrito, pero todavía queda un segundo examen por parte del encargado del registro, examinar si la inscripción que se pretende es conforme con la ley española, el legislador no utiliza aquí expresiones genéricas como el orden público, ni siquiera un termino un poco mas concreto como legislación u ordenamiento jurídico español, expresamente se refiere a que al deber del encargado del registro es examinar si la certificación que se presenta es legal conforme a la ley española, es decir que caso de que el hecho hubiera ocurrido en España se consideraría legal, es en este contexto y no en el genérico y abstracto del orden público internacional español donde debe examinarse si resulta o no de aplicación la Ley 14/2006.

La posición mantenida de forma permanente por la DGRN en multitud de resoluciones sobre cuestiones de nacimiento viene recogida y valga por todas en la resolución 19 de noviembre de 2008, con idéntico contenido, 24 de febrero de 2009 o 30 de enero de 2009 “Para que un nacimiento acaecido en el extranjero pueda inscribirse en el Registro Civil español es necesario que afecte a algún ciudadano español, 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).

No existe duda de que la Ley 14/2006 es una ley española y por lo tanto el encargado de registro viene compelido por este art. 23 a examinar si la certificación extranjera vulnera el contenido de esa ley y por lo tanto para resolver esta cuestión debe examinarse si existe o no vulneración de la misma.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto

La primera cuestión que se plantea es si nos encontramos ante un supuesto de gestación por sustitución, como se ha expresado al principio la documental aportada se limita a las certificaciones y testimonio de las resoluciones dictadas, no se aporta ni se plantea prueba sobre la existencia o no de esa gestación por sustitución, ello no obstante, es el presupuesto del que se parte tanto en el auto como en el recurso y resulta asumido por las partes, que en ningún momento niegan que nos encontramos ante un supuesto de esa naturaleza, la defensa de Bienvenido y Genaro, argumenta en su contestación que lo que se insta por la fiscalía es que el juzgado efectúe un control de legalidad sobre unos documentos que no se encuentran aportados al procedimiento, esa no es la naturaleza de este procedimiento cuyo objeto es el control de legalidad no de los certificados sino de la resolución de la DGRN, y dado que la Dirección General parte, a la vista del expediente y como postulado de que nos encontramos ante un supuesto de gestación por sustitución, argumentando en base a ese hecho su resolución, no puede entenderse que eso sea un hecho controvertido.

En el recurso interpuesto ante la DGRN se subraya que en la certificación registral no se hace constar en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución, que en la certificación nada conste no implica que esta no fuese la vía de generación de los bebés, como implícitamente es reconocido a través de todo el proceso, por lo tanto debe partirse de esta realidad.

El art. 10 establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución con independencia de que medie o no precio, es verdad, tal como argumenta el abogado del estado, que la declaración de nulidad del contrato no lleva aparejada en dicho texto legal sanción administrativa alguna ni la celebración del mismo tiene trascendencia penal pero ello significa simplemente que el acuerdo de voluntades que supone el contrato no tiene sanción, pero no implica que no tenga trascendencia jurídica alguna, no ya la celebración en si mismo, sino su resultado, los hijos nacidos por gestación de sustitución, expresamente establece la ley, que su filiación será determinada por el parto, es decir que la filiación del menor así engendrado se otorga por disposición de la ley a la madre que lo ha dado a luz, lo que supone que la ley española prohíbe expresamente que la filiación en casos de gestación por sustitución no se inscriba a favor de persona que lo ha parido, en conclusión la legislación española prohíbe la gestación por sustitución y puesto que el encargado del registro civil consular debe conforme al art. 23 LRC examinar la legalidad conforme a la Ley española del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, al estar prohibida en España la gestación por sustitución debe impedirse el acceso al registro de la inscripción así intentada.

El primer argumento que esgrime la resolución de la DGRN justificando que la inscripción no vulnera el orden público internacional español se formula en forma de silogismo, si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones y la ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales los hijos naturales deben poder tener dos padres varones naturales, la propia lectura del argumento provoca su desestimación, los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales por la sencilla razón que los varones no pueden, en el estado actual de la ciencia concebir ni engendrar.

Se alega en segundo lugar que no permitir la inscripción de la filiación por naturaleza en el registro civil a favor de dos varones, con el argumento de que se trata de sujetos del mismo sexo, resulta hoy insostenible por discriminatorio, pero la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones sino de que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, esta consecuencia jurídica le sería aplicable en el mismo supuesto tanto a una pareja de varones, como de mujeres, hombre o mujer sola o pareja heterosexual, pues la ley no distingue en estos supuestos de sexos sino que el hecho determinante es la forma del alumbramiento, quizá en supuestos de mujeres o parejas heterosexuales existirá el problema del conocimiento por parte del encargado del

registro de que se encuentra ante un supuesto de gestación por sustitución, pero una vez conocida esta circunstancia la consecuencia debe ser la misma denegar la inscripción, como ocurrió en Francia en un supuesto similar, pero en este caso se trataba de un matrimonio francés heterosexual, el matrimonio Mennesson, al el que se denegó la inscripción de unas gemelas en el consulado francés en Los Ángeles, por la existencia de sospechas de gestación por sustitución, al no aportarse pruebas del parto por parte de la esposa. por lo tanto no puede entenderse que se trate de una resolución discriminatoria,

En tercer lugar se argumenta que el interés superior del menor aconseja la inscripción en el RC español de la filiación que consta en el registro extranjero pues en caso contrario los menores podrían quedar privados de filiación inscrita en el Registro civil y los menores tienen derecho a una identidad única, resulta indudable que esta afirmación es acertada pero el fin no justifica los medios, el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia y que los hijos consten a nombre de sus Bienvenido y Genaro, pero la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el Derecho español establece.

La siguiente indicación parte de la afirmación de que no existe obstáculo jurídico para que se proceda a la inscripción a favor de dos varones españoles, este argumenta resulta reiterativo y ya se ha razonado que resulta indiferente que se trate de dos varones y que si que existe obstáculo jurídico para proceder a esta inscripción, la aplicación del art. 10 Ley 14/2006 al amparo del art. 23 LRC.

El ultimo de los argumentos es la ausencia de forum shopping fraudulento por parte de los interesados, sin entrar a valorar el carácter fraudulento o no de la acción lo que es claro es que nos encontramos ante un matrimonio español que acuden a California, Estado Americano que junto con otros del mismo país y unos cuantos países mas del mundo (Bélgica, Rusia, India etc.) en los que es legal la gestación por sustitución, a diferencia de en España, la única justificación posible a su acción es clara son conocedores que en España la gestación por sustitución esta prohibida y que de producirse el alumbramiento en este país no podrían inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos, es por ello y no por otra razón por la que acuden a California con el conocimiento de que allí esta permitido y que allí los bebés podrán ser inscritos en su registro civil como hijos naturales de ambos, pero también son conocedores que los registros españoles ponen trabas a la inscripción tal como ellos la pretenden, ello no obstante asumen el riesgo y actúan con conocimiento de que en cualquiera de las sucesivas instancias hasta la presente e incluso venideras su voluntad de proceder a inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos podía ser desestimada, pasando de una cuestión de probabilidad a absoluta certeza caso de que el nacimiento se hubiese producido en España, es por ello por lo que deciden acudir a EE UU, asumiendo con ello la consecuencia que su decisión conlleva.

Un supuesto con cierto parecido al que aquí es tratado es el acceso al registro civil de los matrimonios entre personas del mismo sexo contraídos en el extranjero con anterioridad a la Ley 13/2005, estos matrimonios hasta la entrada en vigor de la ley tenían vedado el acceso al registro, dictándose tras su entrada en vigor la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 de la DGRN en la que se resuelve el reconocimiento en España de los matrimonios celebrados en el extranjero entre españoles o entre españoles/as y extranjeros/as del mismo sexo antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio.

En países como Colombia la edad mínima exigida a una mujer para contraer matrimonio es de 12 años, y por lo tanto un matrimonio allí celebrado entre una menor y un español no tendría acceso al registro civil español, del mismo modo que ocurre con los matrimonios poligámicos legales en otros países pero no inscribibles en los registros españoles.

La propia DGRN, en Resolución, de 28 agosto 2006 establece “Pero es que, además, la reciente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, mantiene en esta materia de la determinación legal de la filiación el mismo esquema y contenido normativo que el que ya figuraba en la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de forma que tan sólo contempla la posibilidad de que la filiación concurrente con la de la madre usuaria de las técnicas de fecundación asistida, sea la del marido o varón no casado con la madre que la consiente, tanto en el caso de que se utilicen gametos procedentes de este último como en el caso de la utilización de material reproductor procedente de

donante anónimo, sin que este Centro Directivo pueda ir por vía de interpretación más allá de lo recientemente decidido y aprobado por el legislador”

En conclusión procede estimar la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal impugnando la resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009 y en su consecuencia dejar sin efecto la inscripción por ella realizada.

NOTA

1. El asunto al que da respuesta el JPI nº 15 de Valencia en su Sentencia de 15 de septiembre de 2010 es el que ha desencadenado las principales respuestas jurídicas que hasta la fecha se han dado en España en relación con el reconocimiento de la filiación creada a través de una maternidad de sustitución en el extranjero. Seguramente sea de todos conocido el supuesto; pero conviene recordar los antecedentes. Un matrimonio de valencianos solicita en noviembre de 2008, ante el Encargado del Registro Consular español en California, la inscripción del nacimiento en San Diego de dos niños que, según la certificación registral californiana, son hijos de ambos. Como quiera que ambos interesados eran –son– hombres, y los niños no han sido adoptados, resulta evidente el modo en que se ha establecido esa filiación: el matrimonio había acudido a la maternidad de sustitución y pretendía el reconocimiento de la relación por parte de las autoridades españolas. El Encargado del Registro consular se opone a la práctica del asiento con base en la prohibición contenida en el art. 10 Ley 14/2006 (Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, *BOE*, 27-V-2006). El matrimonio español recurre esta decisión, y la DGRN acuerda la inscripción a través de su Resolución de 18 de febrero de 2009 [obre esta decisión, *vid.*, entre otros, S. Álvarez González, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, en este mismo volumen del *Anuario*; *supra*, pp. 347–354; A. Quiñones Escámez, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret* 2009/3 (www.indret.com); *id.*, nota a la Res. DGRN 18 de febrero de 2009, *REDI*, 2009, pp. 215–217; R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “Hijos made in California”, *Actualidad Civil*, 2009, *Westlaw Aranzadi*, BIB 2009/411; E. Farnós Amorós “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret* 2010/1 (www.indret.com); J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Cizur Menor, 2009, pp. 419–420; P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de maternidad de sustitución”, en prensa; *id.*, nota a Res. DGRN de 18 de febrero de 2009, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1244–1252; y M. Requejo Isidro, “Spanish homosexual couple and surrogate pregnancy–II”, <http://conflictoflaws.net/2009/spanish-homosexual-couple-and-surrogate-pregnancy-ii/>]. El Ministerio Fiscal recurre la Resolución, y el JPI nº 15 de Valencia resuelve a través de la sentencia arriba reproducida. Interesa también hacer patente que la aceptación del recurso por parte de este órgano jurisdiccional comportará que la DGRN, muy poco tiempo después, dicte Instrucciones en relación con esta cuestión. Y lo hará, tratando de favorecer la práctica de la inscripción, en un sentido divergente al del JPI (sobre estas Instrucciones pueden consultarse, en este mismo volumen, los trabajos de M. Guzmán Zapater y de S. Álvarez González. *Vid.* también P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Recognition in Spain of Parentage Created Through Surrogate Motherhood”, *Yearb. Private Int’l L.*, 2011, en prensa).

2. En su análisis del recurso frente a la inscripción de los nacimientos acaecidos en el extranjero, el JPI de Valencia se refiere a los modos en que habitualmente tiene lugar tal acceso al Registro civil español, mencionando únicamente la inscripción mediante declaración y la inscripción a través de certificación registral extranjera (art. 168 RRC). Advierte que para que la inscripción a través de certificación registral extranjera se realice es preciso verificar la realidad del hecho y su legalidad de conformidad con la ley española, y entiende que el recurso debe ser admitido, porque no concurre ninguno de los dos requisitos. Así, al margen de que la decisión pueda ser correcta o no, lo cierto es que no acierta en sus argumentos.

En efecto, lo más corriente es que los nacimientos de los hijos se inscriban a partir de la declaración de alguno de los progenitores (que están obligados, entre otros familiares, a realizarla, según lo previsto

en el art. 166.2º RRC), acompañada del correspondiente parte médico (art. 168 RRC). Y también es lo más habitual que la relación de filiación que, junto con el nacimiento, es objeto de asiento, sea una filiación biológica, que se determina *ex lege*. Son menos habituales los supuestos en que el nacimiento se acredita a través de una certificación de inscripción del hecho en un registro extranjero. Pero ninguno de estas vías es la que debe tenerse en cuenta en el supuesto litigioso. Si ambos hombres son los padres de los niños es debido a que así lo han decidido los órganos jurisdiccionales californianos; la filiación, por tanto, trae causa de una resolución judicial de un órgano extranjero. De este modo, la certificación registral californiana que se presenta al encargado del Registro, además de acreditar el hecho del nacimiento, acredita que la resolución sobre filiación es eficaz a efectos del ordenamiento extranjero (el californiano). Pero dicha resolución también debe tener efectos en España. Y, para ello, al igual que ocurre cuando la resolución extranjera es de adopción, resulta imprescindible su previo reconocimiento por la autoridad española con competencia a tal efecto (art. 83 RRC). Este reconocimiento podrá realizarse por la propia autoridad registral cuando quepa reconocimiento automático (porque lo disponga un instrumento convencional aplicable, o por entender que el procedimiento del Estado de origen es equivalente a uno español de jurisdicción voluntaria); o deberá efectuarse por un órgano judicial a través de un procedimiento a título principal. Pero, cualquiera que sea el caso, la autoridad española deberá comprobar que la resolución extranjera cumple con los requisitos dispuestos a tal efecto en las normas españolas (institucionales, convencionales o de fuente estatal) de reconocimiento de resoluciones extranjeras. De esta forma, en mi opinión, el razonamiento del JPI no resulta correcto. Lo correcto hubiese sido advertir de esta ausencia de reconocimiento de la resolución californiana. Sin embargo, la Sentencia del JPI puede pautar el modo de actuación de las autoridades registrales en los supuestos en que la filiación se haya conformado al amparo de un Derecho extranjero, sin intervención de una autoridad.

3. Si los interesados hubiesen acudido a un Estado en el que la relación de filiación creada a través de maternidad de sustitución se establece *ex lege* (al respecto, *vid.* ejemplos en P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de maternidad de sustitución”, en prensa), la presentación de la certificación registral extranjera obligaría a la autoridad registral a constatar, tal y como realiza la DRGN en la Resolución recurrida (aunque no de forma acertada: *vid.* cualquiera de los trabajos indicados *supra*), que la certificación cumple con lo dispuesto en los arts. 81 y 85 RRC. Pero, como bien advierte el JPI de Valencia, también es obligado atender a lo previsto en el art. 23 LRC. Así, es posible que no haya inconveniente en practicar inscripciones de la filiación establecida a través de maternidad de sustitución a la luz de los preceptos reglamentarios. Basta con que la certificación registral extranjera cumpla con determinados requisitos de regularidad y que haya sido emitida en un Registro regular y auténtico, de modo que el asiento tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por las leyes españolas. Pero, además, el art. 23 LRC, que fue ignorado por la DGRN en la resolución que autoriza a la inscripción aquí recurrida, dispone que para la práctica del asiento a partir de certificación registral extranjera no puede haber duda de la realidad del hecho ni de su legalidad de conformidad con la ley española. Así, a tenor de la posible duda sobre la realidad del hecho, podría denegarse la práctica del registro cuando la certificación indique que los padres *biológicos* de los nacidos son dos personas del mismo sexo. En este sentido, de hecho, el JPI nº 15 de Valencia afirma que es imposible biológicamente que dos hombres sean los progenitores de ambos niños. Pero, además, la inscripción también podría ser denegada por su falta de conformidad con la ley española.

En relación con este último requisito, caben tres posibilidades interpretativas. La primera es que el art. 23 LRC se refiera a la ley sustantiva española. Esta lectura, que es la que el JPI retiene, conduce a la aplicación del art. 10 Ley 14/2006, según el cual la filiación de los hijos nacidos a través de maternidad de sustitución se determina por el parto. No cabe, por tanto, inscribir un nacimiento cuando no está designada la madre, y ésta es, además, la mujer que ha dado a luz. La segunda posibilidad sería entender que la remisión del art. 23 LRC es al ordenamiento español en su conjunto, esto es, a las normas de conflicto, en la medida en que la situación es internacional. Según esta interpretación, habría que estar a lo dispuesto en el art. 9.4º Cc. Como quiera que éste remite a la ley personal, sería preciso determinar la nacionalidad del hijo, y aplicar la ley nacional, en lo que a la legalidad de la maternidad de sustitución respecta. En este supuesto, teniendo en cuenta que si se insta y es posible la inscripción de los nacimien-

tos en el extranjero es porque los menores son (según una ley extranjera) nacidos de españoles y, por consiguiente, de nacionalidad española, el resultado sería el mismo. A la postre, la aplicación de la Ley 14/2006 obstaculizaría la práctica de la inscripción. La tercera de las posibilidades consiste en interpretar que, dado que la filiación ya está constituida según una ley extranjera, el problema que plantea la inscripción registral no es un problema que haya de abordarse desde la perspectiva de la ley aplicable (la ley ya ha sido aplicada por la autoridad extranjera o ya ha surtido los efectos en ella previstos), sino del reconocimiento de la relación. En tal caso, la relación debe sujetarse a requisitos de reconocimiento. A este respecto, se abren otras dos vías. El reconocimiento podría ser, por una parte, un reconocimiento “material”, que conduciría, por tanto, a dar nuevamente aplicación al art. 9.4º Cc. El resultado sería idéntico al antes indicado, esto es, la aplicación de la ley española (Ley 14/2006) y la consiguiente denegación de la inscripción de la certificación por su falta de conformidad con ella. La otra posibilidad es que se realice un reconocimiento “procesal” (sobre estos tipos de reconocimiento, *vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 196; y M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Litigación internacional. Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, 2007, pp. 712–714). Pero no hay preceptos que dispongan otras condiciones para el reconocimiento que no sean los antes indicados, esto es, los contenidos en la normativa del Registro Civil. O al menos no existían tales condiciones cuando se dictó la Sentencia por parte del JPI nº 15 de Valencia; ciertamente, la DGRN dictaría poco después condiciones de reconocimiento, en su Instrucción de 5 de octubre de 2010 (*vid. supra*). Si hubiese acogido esta segunda posibilidad, el JPI debería haber extendido las disposiciones previstas para las decisiones judiciales al reconocimiento de la certificación registral, con las debidas salvedades. Así, por ejemplo, baste apuntar que si no hay intervención de autoridad ni se tramita un procedimiento carecen de sentido tanto el control de la competencia judicial internacional de la autoridad de origen, como el control de garantías procesales. En tal caso, esto es, si se entiende que el control de “legalidad” previsto en el art. 23 LRC exige sujetar a las situaciones creadas *ex lege*, y acreditadas a través de una certificación registral extranjera, a un reconocimiento que prescinda de la aplicación de las normas de conflicto; y que, en defecto de normas específicas, es preciso aplicar las dispuestas para el reconocimiento de decisiones, con los matices que corresponda, el único obstáculo para la inscripción sería la eventual acción del orden público.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

INSOLVENCIA

DENEGACIÓN POR UN ESTADO MIEMBRO DEL RECONOCIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA ADOPTADA POR EL TRIBUNAL COMPETENTE DE OTRO ESTADO MIEMBRO

2010/62.– Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 21 de enero de 2010. Asunto C–444/07. Ponente: J.–J. Kasel.

Cooperación judicial en materia civil.– Reglamento (CE) nº 1346/2000.– Procedimientos de insolvencia Denegación por un Estado miembro del reconocimiento de la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia adoptada por el tribunal competente de otro Estado miembro.– Resoluciones relativas al desarrollo y a la terminación de dicho procedimiento de insolvencia.

Normas aplicadas: Arts. 3, 4, 16, 17, 18 y 25 Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, modificado por el Reglamento (CE) nº 603/2005 del Consejo, de 12 de abril de 2005.

[...] como sea que ningún elemento de los autos presentados al TJ permite concluir que exista alguno de los motivos de denegación enunciados en los aps. 32 y 33 de la presente sentencia, el tribunal alemán que conocía del asunto estaba obligado no sólo a reconocer la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia adoptada por el tribunal polaco competente sino también todas las demás resoluciones relativas a ese procedimiento, y en consecuencia no puede oponerse a la ejecución de estas últimas en aplicación de los arts. 31 a 51 del Convenio de Bruselas.

47. Por el conjunto de las anteriores consideraciones procede responder a las cuestiones planteadas que el Reglamento, en particular sus arts. 3, 4, 16, 17 y 25, debe interpretarse en el sentido de que, en un as. Como el principal, con posterioridad a la apertura de un procedimiento principal de insolvencia en un Estado miembro, las autoridades competentes de otro Estado miembro en el que no se ha iniciado ningún procedimiento secundario de insolvencia están obligadas, a reserva de los motivos de denegación derivados de los arts. 25, ap. 3, y 26 del Reglamento, a reconocer y ejecutar todas las resoluciones relativas a ese procedimiento principal de insolvencia, y en consecuencia no están facultadas para ordenar, en aplicación de la legislación de ese otro Estado miembro, medidas de ejecución que afecten a los bienes del deudor declarado insolvente situados en el territorio del otro Estado miembro referido, cuando la legislación del Estado de apertura no lo permite y no se cumplen los requisitos a los que está sometida la aplicación de los arts. 5 y 10 del Reglamento.

[MG PROBUD GDYNIA SP. Z O.O.]

Obs.: Vid. nota de A. Espiniella Menéndez *REDI*, 2010–2–Pr.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIÓN HOLANDESA EN PROCEDIMIENTO QUE DECLARÓ LA INSOLVENCIA DEL DEMANDADO

2010/63.– Audiencia Provincial de Alicante, Sección Quinta, Auto nº 229/2010, de 18 de noviembre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Cristina Trascasa Blanco. JUR\2011\64253.

Reconocimiento y ejecución de resolución dictada por juzgado de la Haya declarando insolvencia demandado.– Competencia judicial internacional.– Competencia de jueces y tribunales españoles: procedencia: territorial.–Partido judicial en cuyo registros públicos están inscritos bienes inmuebles y sociedad participada por ejecutado.

Normas aplicadas: Art. 25 Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, modificado por el Reglamento (CE) nº 603/2005 del Consejo, de 12 de abril de 2005; art. 39.2º 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, de 22 de diciembre de 2000.

La demanda que ha motivado la presente cuestión de competencia tiene por objeto el reconocimiento y ejecución de una resolución judicial dictada por el Juzgado de la Haya (Holanda) en procedimiento que declaró la insolvencia del demandado, habiéndose presentado ante los Juzgados de Benidorm, cuya competencia territorial es fundamentada por la parte demandante en el hecho de ser en dicho partido judicial en el que se encuentra el domicilio de la sociedad en que el ejecutado ostenta participaciones de cuya ejecución se trata y en el tenor de los arts. 52.1º y 53.1º LEC, siendo que el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de la citada localidad, al que fue turnada la demanda, tan pronto tuvo conocimiento de que el demandado tiene su domicilio en La Nucía, tras el oportuno trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, dictó auto en que invocando los arts. 951 ss de la citada Ley adjetiva en la redacción de 1881, declara su incompetencia para conocer de la demanda y se inhibe a favor de los Juzgados de Villajoyosa, a cuyo JPI nº 3 correspondió en reparto.

Por este Juzgado se estimó que para resolver sobre la competencia territorial para conocer de la presente demanda, era de aplicación, no las regla generales establecidas en nuestra legislación interna

en materia de ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, sino la más específica y de prioritaria aplicación contenida en el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; cuyo criterio esta Sala comparte y por acomodarse, además, al expresado en el Auto de 10 de junio de 2009 en que resolvió sobre la competencia objetiva para conocer de la presente demanda, siendo que, en efecto, el art. 25 Reglamento (CE) 1.346/2000 del Consejo, de 29 de mayo y refiriéndose a la ejecución de las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia reconduce al art. 39.2º del citado Reglamento (CE) nº 44/2001, en el que se dispone que “La competencia territorial se determinará por el domicilio de la parte contra la que se solicitare la ejecución o por el lugar de ejecución”, por lo que no puede atenderse únicamente, como ha hecho el Juzgado de Benidorm, al fuero determinado por el lugar donde tiene el demandado su domicilio, sino que la parte ejecutante puede optar y preferir, como aquí se ha hecho, por interesar la ejecución en el lugar donde se encuentren los principales intereses económicos del ejecutado y por cuanto, en efecto, y como se razona en el AAP 2 noviembre de 2004, el precitado art. 39.2 “requiere una interpretación coherente que proporcionan los Considerandos (11) y (12) del Consejo de la Unión Europea, antecedentes del referido reglamento. En ellos se parte de un principio general de competencia judicial basado en el domicilio del demandado, con excepciones para aquellos casos en que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación. Por eso se admiten otros foros alternativos a causa del nexo existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia. Y precisamente en este caso la elección de un fuero alternativo, cual es el del lugar en que se encuentran bienes de los ejecutados (...) que pueden ser embargados, no resulta ni caprichoso ni arbitrario, puesto que muestra un nexo entre el órgano jurisdiccional ante el cual se solicita la ejecución y el litigio, que justifica la aceptación de la competencia”. En este caso tanto los bienes inmuebles como la sociedad participada por el ejecutado están inscritos en Registros Públicos comprendidos en el partido judicial de Benidorm, a cuyo Juzgado de Primera Instancia nº 1 había sido turnada inicialmente la demanda..

Por lo expuesto debe resolverse el conflicto negativo de competencia a favor de dicho Juzgado, al que se remitirán las presentes actuaciones.

MATRIMONIO

LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

2010/64.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosexta, Sentencia nº 161/2010, de 22 de marzo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas. JUR\2010\175835.

Regímenes económicos matrimoniales.— Matrimonio entre polacos: compra de bien por el marido posterior al cese de la convivencia conyugal.— Pertenencia del bien a la sociedad conyugal.— Derecho aplicable: aplicación de la ley polaca.— Disolución de la sociedad legal de gananciales: suficiencia con que se produzca la separación de facto de los cónyuges.— Prueba del Derecho extranjero: doctrina del TS.— Falta de acreditación del Derecho polaco.— Vecindad civil catalana.— Aplicación del Derecho catalán.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º, 12.6º y 14 Cc; art. 281.2º LEC.

[...] Siendo ambos consortes de nacionalidad polaca y tratándose de un litigio en que se ventila una cuestión atinente a las relaciones patrimoniales entre cónyuges, ha de aplicarse, como bien estableciera el Juzgado, la imperativa norma de conflicto sancionada en el art. 9.2º Cc, lo que conduce a “la ley personal común de los cónyuges” al tiempo de contraer matrimonio, esto es, al Código de Familia y Tutela aprobado por la Ley de la República de Polonia de 25 de febrero de 1964.

Debe significarse que constan en las actuaciones diversos apartados de esa norma legal extranjera. En concreto, los arts. 31–46 que tratan del régimen económico legal (doc. 2 demanda), los arts. 56–61 dedicados a la disolución y separación del matrimonio (...), y los arts. 62–144 que tratan del parentesco y de los alimentos (...).

Sucede que ninguno de esos artículos regula específicamente las causas, tiempo y efectos de la disolución del régimen legal supletorio de comunidad de bienes. Sólo cabría extraer una pauta interpretativa por vía de aproximación al art. 61, a cuyo tenor “en el caso de producirse entre los cónyuges el cese efectivo de la convivencia, cualquiera de los cónyuges podrá pedir que se decrete judicialmente la separación”.

Ahora bien, no debe confundirse la imperatividad de las normas de conflicto aplicables al fondo del asunto, en este caso no respetada por las partes (en la demanda no se invocó más fundamento jurídico de la pretensión que “los arts. 1363 y concordantes Cc “, y la contestación se acogía a la doctrina jurisprudencial del TS español interpretativa del art. 1393 Cc), con el principio dispositivo que autoriza a los litigantes a fijar libremente los hechos litigiosos y sus respectivas pretensiones y resistencias, salvo que la ley disponga otra cosa en casos especiales (arts. 216, 399.1º y 405.2º LEC).

Así, el punto de partida de la demanda (los señores Alonso están sujetos desde su matrimonio en 1987 al régimen económico matrimonial supletorio de comunidad de bienes regulado por las leyes polacas, comunidad aún vigente el día 1 de octubre de 2004), fue sólo parcialmente controvertido por el demandado al contestar: presupuesto que la compra por parte de Alonso de la vivienda (...) fue posterior al cese de la convivencia conyugal pero muy anterior a la sentencia de separación, el demandado introdujo como único hecho excluyente de la pretensión actora la doctrina del Tribunal Supremo español conforme al cual para la disolución de la sociedad legal de gananciales basta que se produzca la separación de facto de los cónyuges (SSTS 23 de febrero de 2007 y 21 de febrero de 2008).

Trasladadas las posiciones procesales de las partes al ámbito de la carga de la prueba de los hechos controvertidos (art. 217 LEC), es indiscutible que correspondía al demandado la carga de probar que en Derecho polaco rige una norma equivalente a la que resulta de la doctrina interpretativa del art. 1393, 3º Cc español. Siendo así que la norma extranjera –de imperativa aplicación en el caso enjuiciado, recuérdese– recibe en los procesos seguidos ante órganos jurisdiccionales españoles el tratamiento procesal propio de los hechos (art. 281.2º LEC), no cabe sino concluir que el hecho excluyente invocado por el demandado no se ha probado en absoluto, lo que debe conducir a la íntegra estimación de la pretensión actora (art. 217.3º LEC).

Por último, la doctrina legal invocada por la sentencia apelada conforme a la cual, ante la falta de prueba del Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto, debe hacerse aplicación del Derecho interno que regule esa misma materia (STS 30 de abril de 2008 y las que allí se citan) no es de aplicación al caso por las razones que siguen: 1º) el TS ha hecho aplicación de ella primordialmente en litigios en que se ventilan obligaciones contractuales (SSTS 4 de julio y 27 de diciembre de 2006), en cuyo campo impera una cierta autonomía de la voluntad en la determinación de la norma de conflicto aplicable (art. 10.5º Cc), a diferencia de lo que ocurre en las relaciones interpersonales (cf. art. 9 Cc y STC 10/2000 que insiste en la activa colaboración del órgano jurisdiccional en la acreditación del Derecho extranjero cuando sea de ineludible aplicación al caso, lo que parece presuponer que no cabe la aplicación de normativa distinta por vía subsidiaria); 2º) la expresada doctrina se concilia mal con el principio de “paridad de ordenamientos” que inspira el Derecho internacional privado, fruto de lo cual es que la Sala de lo Social del propio Supremo ha intentado llevar hasta sus últimas consecuencias el tratamiento como hecho del Derecho extranjero (SSTS 4ª de 22 y 25 de mayo de 2001 hasta que la STC 33/2002, que cuenta con un elocuente voto particular, obligó a reformar esa doctrina de la jurisdicción ordinaria); 3º) carece de sentido lógico que en un mismo proceso la afirmación fundamental de la demanda se dilucide, por imperativo de la inexcusable norma de conflicto española (aplicable de oficio: art. 12.6º Cc), conforme a un determinado cuerpo normativo (Código de Familia de Polonia, de ineludible observancia por más que no fuera invocado por las partes), y que la resistencia del demandado se funde en la norma establecida por un Derecho distinto, máxime cuando tal disociación responde única y exclusivamente a que una de las partes no ha satisfecho la carga de la prueba del Derecho extranjero que

le incumbía (de hecho, la STS 4 de julio de 2007 citada en la sentencia apelada reprocha al recurrente en casación que no demuestre el contenido de la norma de Derecho alemán reguladora de las relaciones de pareja que habría de regir la controversia); 4º) la vecindad civil catalana de Alonso que deriva de su residencia sin interrupción en Catalunya desde el año 1993 (art. 14, aps. 1 y 5, 2º Cc) debería conducir en su caso a la aplicación de la correlativa norma de Derecho catalán (art. 73.2º Codi de família) y de la consiguiente doctrina interpretativa emanada del tribunal de casación de este territorio.

MEDIOS DE PAGO

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DEL PAÍS EN QUE EL CHEQUE HA DE PAGARSE

2010/65.— Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoprimer), Sentencia nº 524/2009, de 9 de noviembre de 2009. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Mª del Mar Alonso Martínez. AC\2010\27.

Contratos bancarios.— Responsabilidad: inexistencia.— Cheque fraudulento librado en el extranjero.— Retrocesión provocando un descubierto en cuenta: actuación de la entidad bancaria como un mero gestor para su cobro viniendo la operación condicionada al buen fin de la misma: falta de diligencia del propio cliente

Normas aplicadas: Art. 156 y 167 LCCh.

[...] dado el objeto del presente recurso considera esta Sala improcedente su estimación entendiendo que no resulta pertinente la indemnización que se postula bajo la consideración de que la demandada no actuó faltando a la diligencia debida, constando en el abono de remesa de cheques las siglas S.B.F. y que la operación estaba sujeta a las reglas uniformes relativas a las cobranzas de la cámara de comercio, actuando con relación al mismo como un mero gestor para su cobro viniendo, no obstante, la operación condicionada al buen fin de la misma y si la entidad ahora apelada consintió que la apelante dispusiese de parte de dicho importe, beneficiándose de ello, nada impide que, ante la imposibilidad de cobrar el título extranjero, se retrotrajese la operación.

Es significativo además que la falta de la diligencia debida debe apreciarse en el propio apelante, quien ingresando el cheque de autos, bajo la condición S.B.F. y verificando que el mismo día de la entrega aparece la anotación contable de su importe en su extracto bancario, siendo obvio que a esa data no había podido ser el mismo cobrado, máxime debiendo ser abonado por entidad extranjera, dispuso de parte de su importe sin cerciorarse de si había sido atendido al cobro, no informándose tampoco, en caso de desconocerlo, del significado que las siglas obrantes en el documento de abono de remesa de cheques y de la vinculación a las reglas uniformes sobre cobranzas.

Finalmente y conforme se indica en la resolución de instancia no resulta aplicable al supuesto de autos la doctrina jurisprudencial en torno al art. 156 LCCh pues conforme prevé el art. 167 de dicho cuerpo legal la ley del país en que el cheque ha de pagarse será la aplicable para determinar si el cheque es necesariamente a la vista o si puede ser librado a un cierto plazo contado desde la vista e igualmente cuáles son los efectos de su posdata, el plazo de presentación, si el cheque puede ser aceptado, certificado, confirmado o visado y cuáles son los efectos de tales menciones, si el tenedor puede exigir y si está obligado a recibir un pago parcial, si el cheque puede ser cruzado o provisto de la mención para abonar en cuenta o de una expresión equivalente y cuáles son los efectos del cruzamiento o de esa mención o expresión equivalente, si el tenedor tiene derechos especiales sobre la provisión y cuál es la naturaleza de éstos, si el librador puede revocar el cheque y oponerse a su pago, las medidas a tomar en caso de pérdida o robo del cheque y si es necesario un protesto o declaración equivalente para conservar el derecho de regreso contra los endosantes, el librador y los demás obligados. Además en el supuesto de autos la demandada no es el librado.

MENORES**RESTITUCIÓN INTERNACIONAL**

2010/66.— Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Quinta, Sentencia de 22 de abril de 2010. JUR\2010\121726.

Sustracción de menores: retención ilícita del menor por la madre en República Checa.— Mantenimiento del niño de año y medio, aquejado de problemas de autismo, con ella durante más de veinte meses después de que el padre solicitara su restitución a Estados Unidos.— Acumulación al asunto de la patria potestad— Responsabilidad internacional del Estado por las negligencias producidas en el procedimiento de restitución: ausencia de celeridad en la resolución del proceso.— Existencia de violación.

Normas aplicadas: Art. 8 CEDH; arts. 1, 3, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 16 y 21 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de los menores, de 25 de octubre de 1980.

[...] 54. *El demandante se queja de que el procedimiento de restitución de su hijo no ha respetado en absoluto la exigencia de celeridad que establece el Convenio de La Haya, si bien el asunto no era complejo y las partes se hallaban a disposición del juez. La duración del procedimiento ante el Tribunal de primera instancia no puede explicarse, en su opinión, por el estado de salud del menor, ni por la necesidad de hacer elaborar un informe pericial, ya que la madre formuló la hipótesis de que el niño padecía autismo en una vista de apelación celebrada el 25 de octubre de 2005. Posteriormente, el Tribunal regional efectuó actos inútiles, concretamente al elegir un perito sin la cualificación necesaria que examinó a la madre, cuando tal examen no era pertinente para el objeto del litigio. El Tribunal confundió así el procedimiento de restitución del menor con el procedimiento sobre el ejercicio de la patria potestad, y fundamentó su decisión en un informe pericial no objetivo que no debería haber sido admitido como prueba.*

55. *El demandante estima que, a consecuencia de la duración irrazonable del procedimiento, sufrió una lesión grave de sus derechos parentales. Sostiene que, en todo ese tiempo, no pudo ver a su hijo salvo durante algunas horas en sus visitas a la República checa, aunque lo hubiera notificado cada vez al tribunal y solicitado la adopción de medidas cautelares. Si bien es cierto que tales demandas fueron acogidas, los tribunales no fueron capaces de poner a fin a las obstrucciones por parte de la madre y de asegurar el cumplimiento de sus propias decisiones; tampoco cumplieron su obligación de actuar ex officio.*

56. *El interesado denuncia, por último, la atmósfera de presión social provocada por casos similares muy mediatizados, que habría perjudicado la imparcialidad del proceso decisorio en la presente causa.*

57. *En cuanto a la duración del procedimiento, el Gobierno sostiene que el asunto era bastante complejo y que los tribunales debían respetar la opinión expresada en otro asunto por el Tribunal Constitucional, invitándoles a establecer los hechos con la mayor diligencia. Debían igualmente tramitar las numerosas demandas y recursos presentados por los padres. Los intervalos entre las vistas se debieron al hecho de que el demandante quería participar en las mismas personalmente. El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, que no están sujetos a la exigencia del art. 11 del Convenio de La Haya, se pronunciaron en el espacio de algunos meses.*

58. *El Gobierno considera igualmente que la duración del procedimiento y el paso del tiempo no influyeron de forma determinante en el resultado del procedimiento. El demandante no perdió contacto con su hijo puesto que lo veía, si bien de forma limitada, durante sus visitas a la República checa. Todas sus demandas de medidas cautelares formuladas al efecto fueron admitidas rápidamente y a excepción del período entre el 1 y 4 de abril de 2005, en el que E.M. había informado al demandante de las vacaciones que tenía previstas, el derecho de visita se realizó en cierta medida y el menor estuvo preparado para ello. Cuando el demandante pidió la ejecución de una de las medidas cautelares, el*

tribunal la ordenó ese mismo día (ap. 33 supra); por tanto, no se le puede imputar el hecho de que la madre no estuviera en su domicilio. El Gobierno señala asimismo que aunque la instancia de apelación reformó la sentencia recaída en primera instancia y decidió rechazar la restitución, fue porque se detectó un grave trastorno en el niño, a consecuencia del cual existía un riesgo de que la restitución lo pusiera en una situación intolerable, en el sentido del art. 13 b) del Convenio de La Haya.

59. Por último, en opinión del Gobierno, se infiere de la motivación de la sentencia dictada por el Tribunal regional que este último examinó debidamente las pruebas presentadas, incluido el informe pericial impugnado por el interesado. Las conclusiones del Tribunal regional fueron ratificadas por las jurisdicciones supremas, a las que el Tribunal no debe sustituir.

60. El Tribunal, que examinará las quejas del demandante desde el punto de vista del art. 8 del Convenio, señala de entrada que no se discute en el presente caso que la relación entre el interesado y su hijo forme parte de la vida familiar, en el sentido de esta disposición. Señala asimismo que, de conformidad con el art. 3 del Convenio de La Haya, el traslado o la retención de un menor se consideran ilícitos “cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido (...) a una persona (...) con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención” (ap. 38 supra). En lo que respecta al hijo del demandante, el Tribunal considera que su traslado a la República checa efectuado por su madre en mayo de 2004, entra ciertamente en el ámbito de aplicación de dicho Convenio.

61. Asimismo, el Tribunal recuerda que corresponde en primer lugar a las autoridades internas, concretamente a los tribunales, interpretar y aplicar la legislación interna, de la que forman parte los tratados internacionales incorporados a la misma. Sin embargo, en tanto en cuanto el Tribunal es competente para controlar el procedimiento seguido ante los tribunales internos, en particular para determinar si la interpretación hecha por estos tribunales de las garantías del Convenio de La Haya ha originado una violación del art. 8 del Convenio (Sentencias Iglesias Gil y A. U. I contra España, nº 56673/2000, ap. 61, y Carlson, previamente citada, p. 73), es llamado a examinar si, y en qué medida, la manera en que éstos procedieron concuerda con el objeto y fin del Convenio de La Haya, que consisten en garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita.

62. El Tribunal suscribe plenamente la filosofía que subyace a este convenio. Inspirada por el deseo de proteger a los menores, considerados las primeras víctimas del trauma causado por su traslado o retención, este instrumento pretende luchar contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores. En este tipo de asuntos, la idoneidad de una medida se juzga por la prontitud de su aplicación. Los procedimientos de restitución de un menor sustraído, incluidos los procedimientos previos o la ejecución de las resoluciones dictadas a su conclusión, exigen un tratamiento urgente, ya que el paso del tiempo puede tener unas consecuencias irremediables en las relaciones entre el hijo y el progenitor que no vive con él (Sentencia R. R, previamente citada, ap. 171). Se trata, por tanto, una vez que se dan las condiciones de aplicación del Convenio de La Haya, de volver lo antes posible al statu quo ante, para evitar la consolidación jurídica de situaciones de hecho inicialmente ilícitas, y dejar que las cuestiones relativas al derecho de custodia y de patria potestad sean decididas por los tribunales del lugar de residencia habitual del menor, de conformidad con el art. 19 de este Convenio (véase, en este sentido y en particular, Sentencia Maumousseau y Washington contra Francia, nº 39388/2005, aps. 69–83).

63. Cabe igualmente señalar que el art. 11 del Convenio de La Haya exige que las autoridades judiciales o administrativas actúen “con urgencia” en los procedimientos para la restitución de los menores y que toda inacción superior a seis semanas concede derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora (Sentencias Ignaccolo-Zenide contra Rumanía, nº 31679/1996, ap. 102.; Bianchi, previamente citada, ap. 94; y Carlson, previamente citada, ap. 76).

64. Sin embargo, en el presente caso, transcurrió un período de más de veinte meses antes de que los tribunales inferiores adoptaran la decisión que resolvía definitivamente la cuestión del retorno del menor a los Estados Unidos. En efecto, la resolución del Tribunal de primera instancia pronunciada el 27 de abril de 2005, es decir, más de seis meses después de iniciado el procedimiento, fue reformada por la instancia de apelación catorce meses más tarde, a saber, el 29 de junio de 2006. Tal decisión

adquirió fuerza de cosa juzgada y el demandante interpuso recurso ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, los cuales se pronunciaron el 27 de febrero de 2007 y el 27 de septiembre de 2007, respectivamente.

65. En opinión del Tribunal, es razonable suponer que transcurrido dicho lapso de tiempo, el restablecimiento del statu quo ante no se pueda prácticamente considerar. En efecto, ello habría implicado volver a llevar al menor a un entorno del que había sido sustraído a la edad de año y medio y que ya no le era conocido, lo que lo habría vivido aún peor puesto que presentaba trastornos autistas que requerían estabilidad y ciertos estereotipos (ap. 18 supra).

66. A mayor abundamiento, en virtud del art. 16 del Convenio de La Haya, los tribunales checos debían esperar a que concluyera el procedimiento de restitución del menor antes de pronunciarse sobre el ejercicio de la patria potestad respecto a este último. Durante todo ese período, el demandante solo podía ejercitar su derecho de custodia en virtud de las medidas cautelares que le concedían un derecho de visita durante sus estancias en la República checa, estancias que solo podían ser ocasionales, puesto que residía y trabajaba en los Estados Unidos. A este respecto, cabe constatar que aunque ciertamente fueron informados a posteriori de las dificultades que encontraba el demandante en sus visitas, hecho al que el Tribunal municipal se refirió en su Sentencia de 27 de abril de 2005 (ap. 15 in fine supra) y que el tutor mencionó en sus comentarios dirigidos al Tribunal regional (ap. 17 supra), los tribunales no tomaron a iniciativa propia ninguna medida apropiada para crear pro futuro las condiciones necesarias para la ejecución del derecho de visita. En efecto, en el contexto de la causa, los tribunales habrían podido considerar la adopción de medidas coercitivas respecto a la madre o solicitar la ayuda de los servicios sociales, incluso de psiquiatras infantiles o psicólogos, para facilitar el contacto entre los interesados. Cabe subrayar al respecto que corresponde a cada Estado contratante dotarse de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones positivas en virtud del art. 8 del Convenio.

67. Estos elementos son suficientes para que el Tribunal concluya que el derecho al respeto de la vida familiar del demandante no ha sido protegido de forma efectiva, como prescribe el Convenio. En estas condiciones, no considera necesario examinar las quejas del interesado relativas a las circunstancias que rodearon la elaboración del informe pericial y el pretendido incumplimiento de las exigencias de equidad e imparcialidad del procedimiento.

68. En consecuencia, ha habido violación del art. 8 del Convenio [...]

[MACREADY / REPÚBLICA CHECA]

2010/67.— Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 22 de diciembre de 2010. Asunto C-491/10 PPU. Ponente: A. Tizzano.

Cooperación judicial en materia civil.— Reglamento (CE) n° 2201/2003.— Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.— Responsabilidad parental.— Derecho de custodia.— Sustracción de un menor.— Art. 42.— Ejecución de una resolución certificada que ordena la restitución de un menor dictada por un órgano jurisdiccional competente (español).— Competencia del órgano jurisdiccional requerido (alemán) para denegar la ejecución de dicha resolución en caso de violación grave de los derechos del menor.

Normas aplicadas: Arts. 11.2° y 3°, 23.1°, 42, 43 y 60 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, de 27 de noviembre de 2003; art. 10.4° Reglamento (CE) n° 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 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; arts. 12 y 13 Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[...] en circunstancias como las del asunto principal, la cuestión de la posible vulneración del art. 42, ap. 2, párrafo primero, letra a), del Reglamento n° 2201/2003 por parte del juez del Estado miembro

de origen que dictó la resolución certificada compete únicamente a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro y que el juez competente del Estado miembro de ejecución no puede oponerse al reconocimiento y a la ejecución de la mencionada resolución, habida cuenta del certificado expedido por dicho juez del Estado miembro de origen.

75. A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones planteadas que, en circunstancias como las del asunto principal, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada que ordena la restitución de un menor ilícitamente retenido por considerar que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen del que emana esta resolución ha vulnerado el art. 42 del Reglamento nº 2201/2003, interpretado conforme al art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales, por cuanto la apreciación de la existencia de tal vulneración compete exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen.

[JOSEBA ANDONI AGUIRRE ZARRAGA Y SIMONE PELZ]

LEY APLICABLE A LA TUTELA DE MENORES

2010/68.– Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Auto nº 41/2010, de 27 de abril de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Antón Blanco. JUR\2010\253413.

Solicitud de tutela de un menor: desestimación.– El hecho de que las autoridades rusas permitieran la salida del menor no implica su renuncia a ostentar el control legal de la tutela.–Ley aplicable.– Aplicación de la ley rusa.

Normas aplicadas: Art. 9.6º Cc.

[...] El art. 9.6º como norma de conflicto indica que la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley personal de éste. Sin perjuicio de que se aplique la ley española en materia de medidas provisionales o urgentes, así como las de tipo educativo o protector.

Por lo tanto debe estarse a lo dispuesto en la ley rusa, tal y como concluye la sentencia apelada, y a tal efecto es de ver que el menor tiene designado a otra tía materna como tutora en Rusia, y es de tener en cuenta que el control de tal tutela corresponde a las autoridades competentes del país (arts. 27 y 30 de la Ley de 24 de abril de 2008). La misma ley señala en su art. 29 los motivos para la terminación de la tutela y la relevación del cargo, con remisión al art. 40 del Cc de la Federación rusa (cuyo tenor se ignora) pero en todo caso supervisado por los organismos administrativos competentes en aquel país.

Como se verá, y en ello coincide con el sistema español, no rige en la materia la libertad de pactos o una autonomía de la voluntad. Se trata de materia de orden público, y desde las normas rusas, como desde la normas españolas, el documento de cesión privada del cargo de tutora por parte de la otra tía materna Fedotova que lo ostenta, a su hermana Amelia, no puede verse reconocido en los efectos delegativos pretendidos.

En el relevo de la tutora deben intervenir las instituciones rusas, y por ello no cabe aceptar la componenda privada familiar a través del documento presentado, pues rige en Rusia como en España un sistema de tutela de autoridad, frente a la tutela familiar que imperaba antes de nuestra Ley de 24 octubre 1983 de reforma de la tutela.

El hecho de que las autoridades rusas permitieran la salida del menor, no implica su renuncia a ostentar el control legal de la tutela. Es preciso, como acertadamente señala el juzgador de primer grado, una resolución administrativa rusa que lo autorice.

TRASLADO ILÍCITO

2010/69.— Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 1 de julio de 2010. Asunto C-211/10 PPU. Ponente: E. Juhász.

Cooperación judicial en materia civil.— Materia matrimonial y de responsabilidad parental.— Reglamento (CE) n° 2201/2003.— Traslado ilícito del menor.— Medidas provisionales relativas a la “facultad decisoria parental”.— Derecho de custodia.— Resolución que ordena la restitución del menor.— Ejecución.— Competencia.— Procedimiento prejudicial de urgencia.

Normas aplicadas: Arts. 2, 8, 10, 11, 12, 13, 15, 40, 41, 42 y 60 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, de 27 de noviembre de 2003; arts. 3, 12 y 13 Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[...] la sustracción ilícita de un menor no debería, en principio, tener la consecuencia de transferir la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado a los del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado, ni siquiera en el supuesto de que, a raíz del traslado, el menor haya adquirido una residencia habitual en éste.

45. Por consiguiente, el requisito enunciado en el art. 10, letra b), inciso iv), del Reglamento debe interpretarse de manera restrictiva.

46. Así, a la luz del papel central que el Reglamento otorga al órgano jurisdiccional competente y del principio de mantenimiento de la competencia de dicho órgano, procede considerar que una “resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor” es una resolución definitiva, adoptada sobre la base de un examen completo del conjunto de elementos pertinentes, mediante la cual el órgano jurisdiccional competente se pronuncia sobre la cuestión de la custodia del menor y que no está ya sujeta a otras resoluciones administrativas o judiciales. El hecho de que este pronunciamiento sobre la cuestión de la custodia del menor prevea una revisión o un nuevo examen de esta cuestión de forma periódica, en un plazo concreto o en función de circunstancias determinadas, no priva a la resolución de su carácter definitivo.

[...] 49 De las anteriores consideraciones se desprende que esta resolución, calificada de provisional tanto por el Tribunale per i Minorenni di Venezia como por el órgano jurisdiccional remitente, no constituye en modo alguno una resolución definitiva sobre el derecho de custodia.

50 Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que el art. 10, letra b), inciso iv), del Reglamento 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.

[...] cuando un órgano jurisdiccional del Estado miembro al que el menor ha sido ilícitamente trasladado ha adoptado una resolución de no restitución en virtud del art. 13 del Convenio de la Haya de 1980, el Reglamento, que afirma en su art. 60 su primacía frente a dicho Convenio en las relaciones entre los Estados miembros, pretende reservar al órgano jurisdiccional competente conforme a este mismo Reglamento toda decisión relativa a la eventual restitución del menor. Así, el art. 11, ap. 8, dispone que una resolución de esta índole dictada por el órgano jurisdiccional competente será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor. [...]

62. El objetivo de celeridad que persiguen las disposiciones de los arts. 11, ap. 8, 40 y 42 del Reglamento y la prioridad concedida a la competencia del órgano jurisdiccional de origen serían difícilmente conciliables con una interpretación según la cual una resolución de restitución debería estar precedida de una resolución definitiva sobre el derecho de custodia. Tal interpretación constituiría una limitación que podría obligar al órgano jurisdiccional competente a adoptar una decisión sobre el derecho de

custodia sin disponer de toda la información y de todos los elementos pertinentes a tal efecto, ni del tiempo necesario para su apreciación objetiva y serena.

63. En lo que atañe al argumento según el cual tal interpretación podría conducir a traslados inútiles del menor, en el caso de que el órgano jurisdiccional competente concediera definitivamente la custodia al progenitor que reside en el Estado miembro al que el menor ha sido trasladado, es preciso subrayar que el interés de dictar una resolución judicial justa y bien fundamentada sobre la custodia definitiva del menor, la exigencia de impedir las sustracciones de menores, así como el derecho del menor a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con sus dos progenitores prevalecen sobre los eventuales inconvenientes que estos traslados podrían ocasionar. [...]

67 Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión que el art. 11, ap. 8, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que una resolución del órgano jurisdiccional competente que ordena la restitución del menor está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha disposición, aun cuando no esté precedida de una resolución definitiva del mismo órgano jurisdiccional relativa al derecho de custodia del menor.

[...] el carácter incompatible, en el sentido del art. 47, ap. 2, párrafo segundo, del Reglamento, de una resolución certificada con una resolución ejecutiva posterior sólo puede comprobarse en relación con las eventuales resoluciones dictadas posteriormente por los órganos jurisdiccionales competentes del Estado miembro de origen.

77. Dicho carácter incompatible se pondría de manifiesto no sólo en el caso de que la resolución fuera anulada o reformada a consecuencia de un procedimiento judicial en el Estado miembro de origen. En efecto, en la vista se indicó que el órgano jurisdiccional competente puede, de oficio o, en su caso, a petición de los servicios sociales, reconsiderar su propia posición, cuando lo exija el interés del menor, y dictar una nueva resolución ejecutiva, sin revocar expresamente la primera, que de este modo perdería su vigencia.

78. Considerar que una resolución dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución pueda oponerse a la ejecución de una resolución anterior certificada en el Estado miembro de origen que ordena la restitución del menor supondría soslayar el mecanismo establecido por la sección 4 del capítulo III del Reglamento. Tal excepción a la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen privaría de efecto útil al art. 11, ap. 8, del Reglamento, que concede en último término al juez competente el derecho a decidir y, en virtud del art. 60 del Reglamento, prima frente al Convenio de la Haya de 1980, y reconocería la competencia, en cuanto al fondo, de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución.

79. Por consiguiente, procede responder a la cuarta cuestión que el art. 47, ap. 2, párrafo segundo, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que una resolución dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución que atribuye un derecho de custodia provisional y se considera ejecutiva conforme al Derecho de dicho Estado no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada dictada anteriormente por el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen y que ordena la restitución del menor.

[...] una modificación significativa de las circunstancias en relación con el interés superior del menor constituye una cuestión de fondo, que, en su caso, puede conducir a la modificación de la resolución del órgano jurisdiccional competente sobre la restitución del menor. Ahora bien, conforme al reparto de competencias reiteradamente mencionado en la presente sentencia, dicha cuestión corresponde al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen. Por lo demás, este órgano jurisdiccional, según el sistema establecido por el Reglamento, es también competente para apreciar el interés superior del menor y una eventual demanda de suspensión de la ejecución de su resolución deberá presentarse ante ese mismo órgano jurisdiccional.

82. Esta conclusión no queda desvirtuada por la referencia del art. 47, ap. 2, párrafo primero, del Reglamento a la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro en las “mismas condiciones” que se aplicarían a una resolución dictada en el Estado miembro de ejecución. Esta exigencia debe interpretarse de manera estricta. Sólo puede referirse a las modalidades procedimentales según

las cuales debe desarrollarse la restitución del menor, pero no puede en ningún caso proporcionar un motivo de fondo para oponerse a la resolución del órgano jurisdiccional competente.

83 Por tanto, procede responder a la quinta cuestión que la ejecución de una resolución certificada no puede denegarse, en el Estado miembro de ejecución, por considerar que, debido a una modificación de las circunstancias acaecida tras haberse dictado, podría suponer un grave menoscabo del interés superior del menor. Tal modificación debe invocarse ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen, ante el cual deberá asimismo presentarse una eventual demanda de suspensión de la ejecución de su resolución.

[DORIS POVSE Y MAURO ALPAGO]

2010/70.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Auto nº 312/2010, de 20 de diciembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Byo Delgado. AC\2011\226.

Competencia de los tribunales españoles: procedencia.– Modificación del régimen de visitas.– Traslado de menor lícito: ausencia de sumisión a los tribunales alemanes; traslado de menor lícito: subsanación de la ausencia de consentimiento inicial.– Competencia de los tribunales alemanes para la modificación del derecho de visitas.– La ley aplicable al fondo; alimentos: competencia de los tribunales alemanes: art. 5.2º Reglamento CE 44/2001.

Normas aplicadas: Arts. 8, 10 y 17 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de 27 de noviembre de 2003; art. 5.2º 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, de 22 de diciembre de 2000; arts. 13 y 19 Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[...] Debe señalarse también a los efectos de art. 9.2º del Reglamento, por la confusión que la demandada pretende introducir en su oposición a la apelación, que el padre no ha admitido la competencia de los juzgados alemanes por haber instado ante ellos el retorno de la menor según el Convenio de La Haya de 1980, pues según éste los tribunales del estado a donde ha sido trasladada la menor solo deben decidir si acceden al retorno o no, y ello no implica nada más en cuanto a su competencia (art. 19 del Convenio de la Haya de 1980).

Tampoco supone sumisión a los tribunales alemanes el hecho de haber interpuesto el hoy apelante una solicitud de ejecución del régimen de visitas fijado por el Juzgado de Familia nº 45 de Barcelona, aquí juzgado a quo, que dio lugar a la resolución del Juzgado local de Bamberg de 8 de julio de 2009, pues se trata de una ejecución y no de la declaración de derechos, y la ejecución siempre corresponde a los juzgados del país donde debe realizarse o iniciarse la ejecución.

Tampoco supone sumisión a los tribunales alemanes el hecho de haber comparecido ante el Juzgado local de Obemburgo del Meno para defenderse de la petición cautelar de suspensión de vistas pretendida por la madre, que fue acordada por resolución de 30 de septiembre de 2009, pues como consta en esa resolución (...) el compareciente alegó incompetencia del juzgado alemán, de suerte que no se da la excepción de sumisión prevista en el art. 9.2º del Reglamento.

Una primera conclusión es, por tanto, que cuando menos el Juzgado a quo es competente para modificar el régimen de visitas de la menor.

Procede ahora analizar la relevancia de la declaración de legalidad del traslado de la menor y su incidencia para una posible aplicación del art. 10 del Reglamento (como excepción de su art. 8.1º, según el art. 8.2º).

El Tribunal Regional Superior de Bamberg, por vía de apelación, en su resolución de 14 de enero de 2010, ha declarado que el traslado de residencia de la menor fue lícito y no procede la restitución. Como cuestión procesal previa debe señalarse que el Tribunal alemán incumple el art. 11.6º del Reglamento, pues haciendo premisa de su conclusión de legalidad del traslado –petitio principii– no envía su resolución a España pese a acordar la no restitución. Afirma erróneamente que no aplica el

art. 13 del Convenio de La Haya, cuando en realidad, al declarar la existencia de acuerdo tácito del padre está aplicando el art. 13. a) –in fine– de ese convenio. De hecho, lo que se inició como un traslado ilícito (el padre no lo había consentido) acabó siendo lícito por consentimiento tácito posterior (“había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención”). Así pues, en defecto de esa remisión de la jurisdicción alemana a la española según el citado art. 11.6º del Reglamento, la Sala debe analizar la decisión alemana en cuanto al fondo.

El Tribunal alemán considera que el padre, en virtud del art. 139.4 del Codi de Família de Catalunya (CF), había dado su acuerdo tácito. El Tribunal alemán parte, contra el dictamen de una ius-internacionalista española, de la necesidad de acuerdo del padre, pues éste, según el Derecho español, específicamente el Derecho civil catalán, comparte la patria potestad de su hija y en tal medida participa en el concepto autónomo internacional de derecho de “custodia” según lo definen los arts. 2.º del citado Reglamento y 5.a del Convenio de La Haya de 1980, ya que ambos progenitores tienen el derecho (conjunto) de decidir sobre el lugar de residencia de la menor (art. 2.11.b del Reglamento). El Tribunal alemán no aplica el Derecho alemán, como interpreta erróneamente el apelante. Esta Sala comparte el criterio del Tribunal alemán en cuanto a la exigencia de consentimiento del padre para cambiar la residencia de la menor.

Por lo que atañe al consentimiento tácito, el burofax de 2 de junio de 2009 no pide el consentimiento del padre para el traslado, como señala el apelante, pero no es menos cierto que es suficientemente explícito para que, si el receptor disienta del traslado, respondiera en tal sentido dentro del plazo de los 30 días previstos en el art. 139.4º CF. Se ha operado la subsanación de la ausencia de consentimiento inicial y el traslado de la menor debe considerarse lícito a los efectos del Reglamento.

Por ello, no procede aplicar el art. 10 sino el 8 del Reglamento, y a su tenor, a fecha 1 de septiembre de 2009, cuando se interpuso la demanda ante el Juzgado español la competencia en cuanto a potestad parental y custodia, pero no para la modificación del derecho de visitas, correspondía ya a los tribunales alemanes, sin perjuicio de la ley aplicable al fondo.

Resta por analizar, aunque ni el juzgado a quo ni las partes lo suscitan, la competencia para la cuestión de los alimentos, que tanto la demanda como la contestación abordan.

No siendo todavía de aplicación, hasta el 18 de junio de 2011, el Reglamento CE 4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, debe aplicarse el Reglamento CE 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; su art. 5.2º establece como competente “el tribunal del lugar del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos o, si se tratare de una demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas, ante el tribunal competente según la ley del foro para conocer de ésta...”. Según ambos criterios son competentes los tribunales alemanes por ser acreedora la menor y por razón de la competencia para las cuestiones de potestad parental y custodia según la ley del foro, que no es otra que el Reglamento 2201/2003. A igual conclusión se lleva considerando como ley del foro el segundo párrafo del art. 769.3º LEC, estando el domicilio de la demandada y de la menor en Alemania.

EXCLUSIÓN DEL REGLAMENTO (CE) Nº 2201/2003 DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES RELATIVAS AL DERECHO DE CUSTODIA

2010/71.– Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 15 de julio de 2010. Asunto C–256/09. A. Rosas.

Cooperación judicial en materia civil.– Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.– Reglamento (CE) nº 2201/2003.– Medidas provisionales o cautelares.– Reconocimiento y ejecución.

Normas aplicadas: Art. 31 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia

civil y mercantil; arts. 2, 8, 9, 10, 19, 20, 21, 24, 39, 46 y 60 Reglamento nº 2201/2003 sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales de otros Estados miembros; arts. 16, Convenio de la Haya de 1980; arts. 5 a 11 y 26 Convenio de La Haya 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, de 19 de octubre de 1996.

[...] 97. *Habida cuenta de la importancia de las medidas provisionales, con independencia de que sean adoptadas por un juez competente o no sobre el fondo del asunto, que pueden ordenarse en materia de responsabilidad parental, sobre todo de sus posibles consecuencias sobre menores de corta edad (véase, en este sentido, la S 11 de julio de 2008, Rinau, C-195/08 PPU, ap. 81), más en concreto en lo que se refiere a gemelos separados el uno del otro, y en vista de que el órgano jurisdiccional que ha adoptado las medidas, llegado el caso, ha expedido un certificado con arreglo al art. 39 del Reglamento nº 2201/2003, cuando en realidad la validez de las medidas provisionales contempladas en este certificado está condicionada a que se plantee una demanda sobre el fondo del asunto en un plazo de treinta días, es importante que una persona afectada por un procedimiento de ese tipo, incluso aunque haya sido oída por el órgano jurisdiccional que ha adoptado las medidas, pueda tomar la iniciativa de interponer un recurso contra la resolución mediante la que se adoptaron esas medidas provisionales con el fin de rebatir, ante un órgano jurisdiccional distinto de aquél que adoptó dichas medidas y que se pronuncie en un plazo breve, la competencia sobre el fondo que se haya podido reconocer a sí mismo el órgano jurisdiccional que adoptó las medidas provisionales, o, si de la resolución judicial no se desprende que el órgano jurisdiccional es competente o se ha reconocido competente sobre el fondo con arreglo a este Reglamento, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 20 de dicho Reglamento, que se han recordado en el ap. 77 de la presente sentencia.*

98. *Este recurso debería poder interponerse sin que prejuzgue en modo alguno la aceptación, por parte de la persona que lo plantea, de la competencia sobre el fondo que el órgano jurisdiccional que adoptó las medidas provisionales pueda haberse reconocido eventualmente a sí mismo.*

99. *Corresponde a los tribunales nacionales, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velan por garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, lo que puede llevarles a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice o a interpretar una norma nacional que haya sido elaborada teniendo en cuenta únicamente una situación puramente interna con el fin de aplicarla a la situación transfronteriza de que se trate (véanse, en particular, en este sentido, SS 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, ap. 16; de 19 de junio de 1990, Factortame y otros, C-213/89, ap. 19; de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan, C-453/99, ap. 25, y de 17 de septiembre de 2002, Muñoz y Superior Fruiticola, C-253/00, ap. 28; de 8 de noviembre de 2005, Leffler, C-443/03, ap. 51).*

100. *A la vista del conjunto de las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión planteada que las disposiciones de los arts. 21 ss Reglamento nº 2201/2003 no se aplican a las medidas provisionales en materia de derecho de custodia comprendidas en el art. 20 de dicho Reglamento.*

[BIANCA PURRUCKER Y GUILLERMO VALLÉS PÉREZ]

2010/72.- Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 9 de noviembre de 2010. As. C-296/10. Ponente: A. Rosas.

Cooperación judicial en materia civil.- Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.- Reglamento (CE) nº 2201/200.- Litispendencia.- Procedimiento sobre el fondo del asunto en materia de derecho de custodia de un menor y demanda de medidas provisionales relativa al derecho de custodia del mismo menor.

Normas aplicadas: Arts. 11, 16, 19, 21 y 24 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de 27 de noviembre de 2003.

[...] 81. Según las posibilidades previstas por su Derecho nacional, cuando los dos litigios enfrenten a las mismas partes, el segundo órgano jurisdiccional podrá interrogar a la parte que propone la excepción de litispendencia acerca de la existencia del litigio alegado y del contenido de la demanda. Por otra parte, teniendo en cuenta que el Reglamento nº 2201/2003 se fundamenta sobre la cooperación y la confianza mutua entre órganos jurisdiccionales, este órgano jurisdiccional podrá advertir al primero de que ante él se ha interpuesto una demanda, llamar la atención de este último sobre la eventualidad de una litispendencia, invitarlo a que le informe acerca de la demanda pendiente ante él y a que se pronuncie acerca de su competencia, en el sentido del Reglamento nº 2201/2003, o le comunique toda resolución ya adoptada a este respecto. Finalmente, el órgano jurisdiccional ante el que se plantea el asunto en segundo lugar podrá dirigirse a la autoridad central de su Estado miembro.

82. Si, pese a los esfuerzos realizados por el órgano jurisdiccional ante el que se plantea el asunto en segundo lugar, este no dispone de ningún dato que demuestre la existencia de una demanda interpuesta ante otro órgano jurisdiccional y que le permita determinar el objeto y la causa de esta, y que demuestre, en particular, la competencia del otro órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el as. Conforme al Reglamento nº 2201/2003, le compete –después de esperar respuesta, durante un plazo razonable, a las preguntas formuladas– continuar el examen de la demanda que se le ha planteado.

83. La duración de este plazo razonable de espera debe determinarla el órgano jurisdiccional en función ante todo del interés del menor. El hecho de que se trate de un menor de corta edad es un criterio que hay que tener en cuenta a este respecto (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 2008, Rinau, C-195/08 PPU, ap. 81).

84. Procede recordar que el Reglamento nº 2201/2003 tiene como objetivo, en aras del interés superior del menor, permitir al órgano jurisdiccional más próximo a este y que, por tanto, mejor conoce su situación y el estado de su desarrollo, tomar las decisiones necesarias.

85. Finalmente, es preciso destacar que, según el art. 24 del Reglamento nº 2201/2003, no podrá procederse al control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. Pues bien, si el art. 19, ap. 2, de dicho Reglamento establece que el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda debe suspender el procedimiento en caso de litispendencia es precisamente para permitir al primer órgano jurisdiccional pronunciarse sobre su competencia.

86 Del conjunto de estas consideraciones se desprende que procede responder de este modo a las cuestiones planteadas:

– Lo dispuesto en el art. 19, ap. 2, del Reglamento nº 2201/2003 no es aplicable cuando a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se ha presentado en primer lugar una demanda para que se adopten medidas en materia de responsabilidad parental solo se le solicita que resuelva sobre las medidas provisionales, en el sentido del art. 20 de este Reglamento, y a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente para conocer del fondo del asunto, en el sentido de dicho Reglamento, se le presenta en segundo lugar una demanda que tiene por objeto que se adopten las mismas medidas, sea con carácter provisional o sea con carácter definitivo.

– El hecho de que se incoe ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro un procedimiento de medidas provisionales o de que se adopte una resolución en el marco de un procedimiento de este tipo y que no se desprenda de ningún elemento de la demanda planteada, o de la resolución adoptada, que el órgano jurisdiccional ante el que se ha incoado el procedimiento de medidas provisionales es competente, en el sentido del Reglamento nº 2201/2003, no excluye necesariamente que exista, según lo permita eventualmente el Derecho nacional de ese Estado miembro, una demanda sobre el fondo vinculada a la demanda de medidas provisionales y que contenga datos que demuestren que el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el asunto es competente, en el sentido de este Reglamento.

– Cuando, a pesar de los esfuerzos realizados por el órgano jurisdiccional ante el que se plantea el asunto en segundo lugar para recabar información de la parte que alega la litispendencia, del primer órgano jurisdiccional y de la autoridad central, el segundo juez no disponga de ningún dato que permita determinar el objeto y la causa de una demanda interpuesta ante otro órgano jurisdiccional y que demuestre, en particular, la competencia de este órgano conforme al Reglamento nº 2201/2003, y cuando, debido a circunstancias particulares, el interés del menor exija la adopción de una resolución judi-

cial que pueda ser reconocida en otros Estados miembros distintos del Estado miembro del segundo órgano jurisdiccional, le compete a este, después de esperar respuesta, durante un plazo razonable, a las preguntas formuladas, continuar el examen de la demanda que se le haya planteado. La duración de este plazo razonable debe tener en cuenta el interés superior del menor en función de las circunstancias propias del litigio en cuestión.

[BIANCA PURRUCKER Y GUILLERMO VALLÉS PÉREZ]

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

2010/73.– Audiencia Provincial de Soria, Sección Primera, Auto nº 52/2010, de 16 de julio de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fernández Martínez. JUR\2010\336545.

Competencia judicial internacional en las relaciones paterno-filiales: desestimación.– Menor que carece de residencia habitual en España.

Normas aplicadas: Art. 22.3º LOPJ.

[...] El art. 22.3º LOPJ establece que en materia de relaciones paterno filiales se asigna competencia a los Tribunales españoles cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda.

En el presente supuesto, el día 30 de diciembre de 2008 la tutora de la menor llevó a cabo un viaje a Brasil con la menor Soledad, autorizado por el Juzgado. No obstante, incumpliendo las resoluciones judiciales que se habían dictado, no volvió a España en la fecha establecida pasando a residir con la menor en Brasil donde se encuentra en la actualidad según los propios demandantes indicaron en su escrito de 25 de septiembre de 2009 remitido al Juzgado de Instrucción nº 2 de Soria.

Aplicando al presente caso la normativa anteriormente expuesta y acreditado que la menor Soledad no tiene su residencia habitual en España, debe concluirse que los Tribunales españoles carecen de competencia internacional para conocer la demanda presentada por los apelantes.

El motivo presentado por los apelantes debe decaer.

2010/74.– Audiencia Provincial de Girona, Sección Segunda, Sentencia nº 311/2010, de 27 de septiembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Isidro Rey Huidobro. JUR\2011\91585.

Competencia judicial internacional.– Medidas cautelares.– Falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional: existencia.– Petición de medidas paterno-filiales, que ya son objeto de enjuiciamiento ante los tribunales de Andorra.– Principio de la *perpetuatio jurisdictionis*.

Normas aplicadas: Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de los menores, de 25 de octubre de 1980.

[...] Lo ocurrido en el presente caso es que la cuestión que aquí se somete ya fue planteada con anterioridad ante los tribunales andorranos por ser Andorra el domicilio común de los litigantes durante la convivencia fruto de la cual es el hijo común Elliot, respecto del cual se solicita la adopción de las medidas (...).

Recaída sentencia en primera instancia de los órganos jurisdiccionales del Principado de Andorra de 2 abril 2009, aprobando el convenio regulador de medidas paternofiliales firmado por los demandantes, se interpuso recurso de apelación por Dª Bárbara que debía conocer el TSJ del Principado, quedando clara cual era la jurisdicción a la que las partes se habían sometido y de acuerdo con las normas de jurisdicción y competencia del país de residencia común que era Andorra.

En este estado de la situación, pendiente de resolver el recurso de apelación interpuesto ante los tribunales andorranos, en fecha 31 de julio de 2009 Doña. Bárbara formula demanda de adopción de

medidas paterno-filiales –guarda y custodia–, en Girona, replanteando ante los tribunales españoles lo que ya estaba sometido a la jurisdicción andorrana pendiente de recurso de apelación, sin tener en cuenta que sometida la cuestión a la jurisdicción de un país, esta no se afecta por las alteraciones que se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio, por el principio de la perpetuatio jurisdictionis, art. 411 LEC, sin perjuicio de supuestos en que las normas de aplicación en el país cuyos tribunales conocen, contradiga el orden público interno español, que no es el caso y ni siquiera se ha alegado.

A lo expuesto no es óbice que no se hubiera obtenido el executat de la sentencia andorrana, pues para que se de tal hecho es necesario que la sentencia sea firme y al formularse la demanda en España sobre hechos que ya eran objeto de enjuiciamiento ante los tribunales de Andorra, la sentencia no había adquirido firmeza al haber recaído en primera instancia y estar en trámite de apelación, de forma que siendo el executat un mecanismo que convierte una decisión extranjera en título ejecutivo, no se podía exigir de una resolución pendiente de recurso, encontrándonos ante un supuesto de litispendencia internacional, de forma que no puede replantearse ante los tribunales españoles una cuestión que está planteada y es objeto de enjuiciamiento ante los tribunales de Andorra ante los cuales tenía presentado recurso de apelación la Sra. Bárbara que formula demanda sobre los mismos hechos ante el Juzgado de Girona el cual no debió admitir a trámite la demanda y por eso la decisión adoptada de declarar la nulidad de lo actuado planteada por el Ministerio Fiscal, teniendo por no admitida la demanda, debe ser confirmada sin paliativos, no siendo extrapolables al caso las sentencias que se citan en el recurso por no responder a supuestos de identidad de razón con el aquí examinado, en el cual no se plantea como objeto del litigio la eficacia o ejecutividad de una sentencia extranjera, algo sobre lo que el tribunal no debe pronunciarse so pena de vulnerar el principio de congruencia, art. 218.1º LEC, sino que el objeto del litigio es la petición de medidas paterno-filiales, que ya son objeto de enjuiciamiento ante los tribunales de Andorra, ante los cuales la aquí demandante tenía interpuesto recurso de apelación, resultando inaceptable el sometimiento de la misma cuestión ante los tribunales españoles, sin perjuicio de que en su momento y por la vía legal que proceda, se pueda cuestionar la eficacia o ejecutividad de la sentencia extranjera, extremo que no constituye el objeto de esta litis, sin perjuicio de lo establecido en el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 ratificado por España, y al cual se adhirió Andorra según Boletín Oficial de Andorra de 6 de marzo de 1996, sobre supresión de legalización de documentos públicos extranjeros. [...].

GUARDIA, CUSTODIA Y RÉGIMEN DE VISITAS

2010/75.— Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 5 de octubre de 2010. Asunto C-400/10 PPU. Ponente: K. Lenaerts.

Guarda y custodia de los hijos.— Cooperación judicial en materia civil.— Materia matrimonial y de responsabilidad parental.— Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.— Reglamento (CE) nº 2201/2003.— Menores cuyos progenitores no están casados.— Derecho de custodia del padre.— Interpretación del concepto de “derecho de custodia”.— Principios generales de Derecho y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Normas aplicadas: Art. 2, 9, 11, 60 y 62 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de 27 de noviembre de 2003; arts. 1, 3, 13 y 15 Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[...] hay que tener en cuenta la gran diversidad de relaciones fuera del matrimonio y de las relaciones de los progenitores con sus hijos que resulta de ello, diversidad evocada por el órgano jurisdiccional nacional en su resolución de remisión, que se traduce en un reconocimiento diferenciado de la

extensión y del reparto de las responsabilidades parentales dentro de los Estados miembros. Por ello, el art. 24 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que no se opone, a efectos de la aplicación del Reglamento nº 2201/2003, a que el derecho de custodia se conceda, en principio, exclusivamente a la madre y que un padre biológico sólo disponga de un derecho de custodia en virtud de una resolución judicial. Tal exigencia permite, en efecto, al órgano jurisdiccional nacional competente tomar una decisión sobre la custodia del menor, así como sobre el derecho de visita a este, teniendo en cuenta todos los datos pertinentes, tales como los mencionados por el órgano jurisdiccional remitente, y, en particular, las circunstancias que rodearon el nacimiento del menor, la naturaleza de la relación entre los padres, la relación entre cada progenitor y el menor, así como la aptitud de cada uno de los progenitores para asumir la carga de la custodia. Al tener en cuenta estos datos se protege el interés superior del menor, de conformidad con el art. 24, ap. 2, de la Carta.

63. De lo anterior resulta que los arts. 7 y 24 de la Carta no se oponen a la interpretación del Reglamento expuesta en el ap. 44 de la presente sentencia.

64. Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que el Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro supedita la adquisición del derecho de custodia por el padre de un menor, no casado con la madre de este, a que el padre obtenga una resolución del órgano jurisdiccional nacional competente que le confiera tal derecho que puede hacer ilícito, en el sentido del art. 2, nº 11, de dicho Reglamento, el traslado del menor por su madre o la no restitución de este.

[J. MCB. / L. E.]

2010/76.— Audiencia Provincial de Burgos, Sección Segunda, Sentencia nº 524/2010, de 2 de diciembre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Arabela García Espina. JUR\2011\46790.

Guarda y custodia de los hijos: modificación.— Atribución de guarda y custodia al padre: desestimación.— Custodia compartida: viaje al extranjero de madre e hija.— Desconocimiento de su paradero: incidencia en la relación del padre con menor pero no determinante para despojo de la guarda y custodia a la madre.

Normas aplicadas: Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980.

[...] En el caso de autos, es determinante para decidir sobre la pretensión del actor, la situación de paradero desconocido en que se encuentra el menor.

Pese a los múltiples intentos de localización de la madre, a fin de poder ser emplazada personalmente, no ha sido posible. Al parecer se encuentra fuera de España desde que en diciembre de 2007, con autorización del padre, viajó a Rumania con el menor, a fin de pasar el periodo del 8 de Diciembre de 2007 al 8 de Enero de 2008.

Intentada su localización en Rumania, en el domicilio de los padres de la demandada, estos manifestaron ignorar donde se encontraba la madre y la menor.

Ignorando cual es la situación actual de la menor, si está o no con su madre, si se encuentra debidamente atendida, si el entorno es ó no adecuado para su adecuado desarrollo; acceder a la solicitud de la guarda y custodia del padre, no obstante, constatar su disposición, así como la del entorno familiar próximo, para proporcionar a la menor un marco adecuado para la guarda y custodia de su hija, supondría una decisión temeraria, en la medida en que por ignorar “todo” respecto a la situación actual de la menor, no es posible valorar las consecuencias que la misma tendrían en el desarrollo afectivo y psicológico de la menor, pues necesariamente su ejecución conllevaría extraerla de su actual medio en el que lleva ya tres años, y separarla de su madre que ha constituido su referente desde que nació.

El hecho de que la madre, transcurrido el mes para el que contaba autorización paterna para estar en Rumania con la menor, decidiese no regresar a España, colocándose en situación de paradero desconocido, ha privado a la hija, entonces de 3 años y medio, del que hasta ese momento había constituido su entorno habitual, su hogar, su familia (paterna) y en especial de su padre. Esta

reprobable actuación de la madre, si bien constituye una actuación contraria a los derechos de la menor, así el de relacionarse con ambos progenitores; sin embargo, no puede justificar, al menos en el marco procedimental elegido por el actor, acceder a la atribución de la guarda y custodia al padre, medida cuya ejecución conllevaría la extracción de la menor de su entorno actual, del cual se desconoce absolutamente “todo” por ignorarse el paradero de la madre y de la hija. La medida así adoptada solo cabría interpretarse como sanción a la madre, por su reprobable conducta, y en modo alguno inspirada en el favor filii o beneficio de la menor.

El rechazo de la pretensión de la parte actora, en modo alguno supone colocar al padre en situación de indefensión; por cuanto, tal y como apuntaba la Sentencia recurrida, existen instrumentos jurídicos internacionales que regulan exactamente la situación de autos, dado que lo que pretende el actor es el regreso de la menor a lo que era su residencia habitual hasta su desaparición.

Así el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, al que se han adherido tanto España como Rumania.[...]

2010/77.— Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 22 de diciembre de 2010. Asunto C-497/10 PPU. Ponente: E. Levits.

Guarda y custodia de los hijos.— Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) nº 2201/2003 – Materia matrimonial y de responsabilidad parental – Hija de padres no casados – Concepto de “residencia habitual” de un menor lactante – Concepto de “derecho de custodia”.

Normas aplicadas: Arts. 2, 8, 9, 10, 12, 16, 19, 60 y 62 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de 27 de noviembre de 2003; arts. 1 y 13 Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[...] el entorno social y familiar del menor, esencial para la determinación del lugar de su residencia habitual, se compone de diferentes factores, variables según la edad del menor. De esa forma, los factores que deben considerarse en el caso de un menor en edad escolar difieren de los que hay que valorar si se trata de un menor que haya terminado sus estudios, o de los pertinentes en relación con un lactante.

54. Como regla general, el entorno de un menor de corta edad es en esencia un entorno familiar, determinado por la persona o las personas de referencia con las que vive el menor, que lo guardan efectivamente y cuidan de él.

55. Ello sucede así a fortiori cuando el menor afectado es un lactante. Éste comparte necesariamente el entorno social y familiar de la o las personas de las que depende. En consecuencia, cuando, como ocurre en el asunto principal, el lactante está efectivamente bajo la guardia de su madre, debe evaluarse la integración de esta en su entorno social y familiar. En ese aspecto pueden tenerse en cuenta los criterios enunciados por la jurisprudencia del TJ, como las razones del traslado de la madre del menor a otro Estado miembro, los conocimientos lingüísticos de ésta o también sus orígenes geográficos y familiares.

56. De cuanto precede se deduce que procede responder a la primera cuestión que el concepto de “residencia habitual” a efectos de los arts. 8 y 10 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que esa residencia corresponde al lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar. A tal fin, y cuando se trata de la situación de un lactante que se encuentra con su madre tan sólo desde algunos días antes en un Estado miembro distinto del de su residencia habitual, al que ha sido trasladado, deben considerarse en especial la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso.

57. En el supuesto de que la aplicación en el asunto principal de los criterios antes mencionados llevara a concluir que no puede identificarse la residencia habitual del menor, la determinación del órgano jurisdiccional competente debería realizarse conforme al criterio de la “presencia del menor” en virtud del art. 13 del Reglamento.

[...] resulta que, en el supuesto de que el tribunal remitente decidiera en aplicación de los criterios enunciados en la respuesta a la primera cuestión que es competente, en virtud del art. 8 del Reglamento, en lo que atañe a la responsabilidad parental respecto a Chloé, ni la sentencia del tribunal de grande instance de Saint-Denis de 15 de marzo de 2010 ni la de 23 de junio de 2010 afectarían a la resolución que debe dictar el tribunal remitente.

71. Por tanto, procede responder a la tercera cuestión que las resoluciones de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que desestiman en virtud del Convenio de La Haya de 1980 una demanda de restitución inmediata de un menor al territorio del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, y relativas a la responsabilidad parental respecto a ese menor, no afectan a las resoluciones que deban dictarse en ese otro Estado miembro sobre acciones relativas a la responsabilidad parental que se hayan ejercido anteriormente y estén aún pendientes.

[BARBARA MERCREDI Y RICHARD CHAFFE]

MERCADO DE VALORES

TERRITORIALIDAD DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

2010/78.– Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso–Administrativo, Sección Sexta, Sentencia de 12 de noviembre de 2009. Ponente: Excma. Sra. D^a Mercedes Pedraz Calvo. JUR\2009\475376.

Mercado de valores.– Régimen disciplinario.– Infracciones: muy graves.– Desarrollo habitual de las actividades de recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros sin contar con la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos.– Ámbito territorial: sociedad que realiza dicha actuación en España y constituida como persona jurídica española.– Inversores no residentes en España.– Sociedad que negocia sobre valores extranjeros y abre cuentas en sucursales de bancos extranjeros.– Criterios determinantes de la actividad a la Ley del Mercado de Valores: infracción existente.

Normas aplicadas: Arts. 1, 3, 4 y 84 LMV.

[...] Hay dos motivos de impugnación que pueden y deben ser tratados como uno solo pues tienen el mismo fundamento: la ausencia de territorialidad....

2010/79.– Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso–Administrativo, Sección Sexta, Sentencia de 3 de noviembre de 2010. Ponente: Excmo. Sr. José M^a del Riego Villedor. JUR\2011\70848.

Mercado de valores.– Régimen disciplinario.– Infracciones: muy graves.– Desarrollo habitual de las actividades de recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros sin contar con la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos.– Ámbito territorial: sociedad que realiza dicha actuación en España y constituida como persona jurídica española.– Inversores no residentes en España.– Sociedad que negocia sobre valores extranjeros y abre cuentas en sucursales de bancos extranjeros.– Criterios determinantes de la actividad a la Ley del Mercado de Valores: infracción existente.

Normas aplicadas: Arts. 1, 3, 4 y 84 LMV.

[...] Hay dos motivos de impugnación que pueden y deben ser tratados como uno solo pues tienen el

mismo fundamento: la ausencia de territorialidad, porque no existe conexión con inversores españoles o residentes en España pues a su juicio el domicilio de una de las partes firmantes de un contrato no es, en Derecho internacional privado el hecho determinante del lugar en el que se entiende suscrito el contrato, ni el territorio en el que se desarrolla la actividad objeto del contrato. Puesto que las operaciones que se pretende constituyan una infracción en España son operaciones realizadas fuera del territorio y al amparo de la normativa suiza, luxemburguesa o danesa y no de la española no se han concretado los hechos constitutivos de la infracción que se imputa.

La cuestión de la aplicación del principio de territorialidad ha sido ya tratada por esta Sala en sentido contrario a las pretensiones de la actora en sentencias confirmadas por el Tribunal Supremo. Así el Alto Tribunal en las SS 1 de julio de 2008 y 20 de junio de 2003 ha ratificado nuestro criterio según el cual debe interpretarse conforme al art. 1 LMV (que establece su objeto “La presente Ley tiene por objeto la regulación de los sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento y las normas relativas a los instrumentos financieros objeto de su negociación y a los emisores de esos instrumentos; la prestación en España de servicios de inversión y el establecimiento del régimen de supervisión, inspección y sanción”) y al art. 3 (que delimita el objeto en relación con los “valores”). Solo en el art. 4 que concreta los sujetos y entidades, se circunscribe la aplicación de la Ley a aquellos cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en el territorio nacional. En ningún otro precepto de la Ley se incluye la restricción “que tenga lugar en el territorio nacional”, y sí se incluyen diversos artículos que ponen de manifiesto la vocación de abarcar a la totalidad de las actividades relacionadas con el Mercado de Valores. Así el art. 84 declara sujetos al régimen de supervisión, inspección y sanción de la Ley, a cargo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a los organismos rectores de los mercados secundarios oficiales, el servicio de compensación y liquidación de valores, las sociedades y agencias de valores [...] y tras una enumeración que se pretende omnicomprensiva, se incluye una mención “residual” en el ap. 2 letra d) a “as restantes personas físicas y jurídicas en cuanto puedan verse afectadas por las normas de esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”.

La cuestión a comprobar es por tanto si la empresa de la que el recurrente era administrador (...) llevó a cabo alguna actuación de las incluidas en el ámbito de la Ley. De las actuaciones obrantes en el expediente resulta que Morton se dedicaba a recibir y transmitir con habitualidad en España, donde estaba constituida como persona jurídica y tenía su domicilio social, ordenes de inversores (unos residentes en España y otros no), gestionado sus carteras de valores si bien la ejecución de la política de inversión se llevó a cabo mediante cuentas en entidades de Dinamarca, Luxemburgo y Suiza.

Como expresa la Exposición de Motivos de la Ley 24/88 “las competencias de la Comisión son múltiples, e incluyen, entre otras, la de velar por la transparencia de los diversos mercados, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo las informaciones que sean de interés para éstos; la de controlar el desarrollo de los mercados primarios, la de admisión a negociación de valores en los mercados secundarios oficiales, así como su suspensión y exclusión; la de velar por el cumplimiento de las normas de conducta de cuantos intervienen en el mercado de valores [...]”.

La tesis de la recurrente conllevaría concluir que la Ley no protege al inversor sino a los valores que se negocian en territorio nacional. El bien jurídico protegido es obviamente más amplio: si la Ley se propone defender los intereses de los inversores, no puede restringirse su ámbito de actuación a quienes contratan con ellos con la correspondiente autorización administrativa y además colocando la inversión en el mercado nacional. La Ley trata de proteger al inversor y esa protección es operativa desde el mismo momento en que este plasma su decisión de efectuar una inversión.

Como concluye la CNMV existe comercialización en el territorio nacional de los valores ofertados a los clientes si la sociedad que realiza tal actuación tiene su domicilio social en España y está constituida como persona jurídica española, aunque los inversores no sean residentes en España y negocie sobre valores extranjeros abriendo cuentas en sucursales de bancos extranjeros, sobre las que en algunos casos la empresa de la que el recurrente era administrador tenía poder de disposición.

Deben por tanto desestimarse estos motivos de impugnación. [...]

NOTA

1. Las Sentencias objeto de estudio fueron adoptadas en la resolución de sendos recursos de reposición interpuestos ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional, el primero, contra la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de fecha 2 de abril de 2008 por la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto por el actor recurrente contra la Orden del 24 de enero de 2008 dictada a propuesta de la CNMV; y, el segundo, contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de 2 de abril de 2008, que desestimaba los recursos de reposición interpuestos por los actores recurrentes contra la Orden del mismo Ministro, de 24 de enero de 2008, de imposición de sanciones por infracciones de la Ley del Mercado de Valores.

Debido a la similitud tanto de los hechos que traen causa de estas dos Sentencias, de las alegaciones de los actores recurrentes y de las resoluciones adoptadas por la Sala de la Audiencia Nacional en ambos procesos, las observaciones que se plantean se hacen de forma unitaria y referidas a sendas Sentencias por razones de unidad de criterio.

2. Los hechos que dieron lugar a estas dos Sentencias pueden esquematizarse del siguiente modo: La empresa Morton Management, S.L. se encontraba constituida como persona jurídica y con domicilio social en España. Su actividad profesional consistía en recibir y transmitir ordenes de inversores, ya fuesen residentes en España o en otros países, y gestionar sus carteras de valores. Si bien la actividad la desarrollaba en España la ejecución de la política de inversión de la cartera de los clientes a los que atendía se efectuaba a través de cuentas en entidades financieras establecidas en Dinamarca, Luxemburgo y Suiza.

En estas circunstancias, y a instancias de la CNMV, se inicia un expediente sancionador contra la mencionada sociedad por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, en concreto en la letra q) del art. 99. Esta infracción se sustentaba en el “incumplimiento de la reserva de actividad prevista en el ap. 6 del art. 64 de la citada Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, en relación con las letras a) y d) del ap. 1, del art. 63 del mismo texto legal, consistente en el desarrollo habitual de las actividades de recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros y de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión, sin contar con la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos”.

En virtud del mencionado expediente, y a propuesta de la CNMV, el Ministro de Economía y Hacienda dictó dos Ordenes, de fecha 24 de enero de 2008, por las que se imponía una sanción pecuniaria, consistente en una multa, a los recurrentes en su cualidad de miembros del Consejo de Administración y Consejeros Delegados de la sociedad. Frente a las mencionadas Ordenes los sancionados presentaron los correspondientes recursos de reposición que, a su vez, fueron desestimados por sendas Ordenes del Ministro de Economía y Hacienda de fecha 2 de abril de 2008.

A partir de ahí procede evaluar los motivos de impugnación alegados por las partes recurrentes, así como los fundamentos jurídicos de las sentencias objeto de análisis, en especial por lo que respecta a los aspectos relacionados con el ámbito de aplicación del Derecho internacional privado que subyacen en las mismas.

3. Los recurrentes planteaban en su recurso, como primer motivo de impugnación de la resolución administrativa, el hecho de que la sociedad Morton Management, S.L. se hubiese disuelto y liquidado (el día 21 de agosto de 2006) con anterioridad a la fecha en que se inició el expediente sancionador por parte de la CNMV, alegando que no se puede sancionar a un sujeto –persona jurídica– que ya no existe. La Sala de la Audiencia Nacional, aplicando su jurisprudencia rechazaba esta argumentación al señalar que “... la disolución de una persona jurídica no constituye una causa de extinción o desaparición de su responsabilidad”. Además, en el presente caso la sanción no se imponía a la sociedad sino a varias personas físicas en su condición de miembros del Consejo de Administración y Consejeros Delegados de la sociedad que había incumplido la ley.

4. Por lo que se refiere a los aspectos de Derecho internacional privado, entre los motivos de impugnación de los recurrentes destaca, en primer lugar, la ausencia de territorialidad, es decir, la inexistencia de conexión con inversores españoles o residentes en España, pues a juicio de los recurrentes "... el domicilio de una de las partes firmantes de un contrato no es, en Derecho internacional privado, el hecho determinante del lugar en el que se entiende suscrito el contrato, ni el territorio en el que se desarrolla la actividad objeto del contrato..."; así como la no concreción de los hechos constitutivos de la infracción que se les imputaba, ya que los recurrentes consideran que "... las operaciones que se pretende constituyan una infracción en España son operaciones realizadas fuera del territorio y al amparo de la normativa suiza, luxemburguesa o danesa y no de la española...".

En definitiva, los recurrentes planteaban que no era de aplicación la ley española a la actividad societaria llevada a cabo por Morton Management, S.L. y, consecuentemente, tampoco la LMV en la que se habían basado la CNMV para abrir el expediente sancionador y las posteriores Ordenes del Ministro de Economía y Hacienda para imponer la sanción. Se negaba, de este modo, la aplicación de la ley española a una sociedad española, con residencia habitual en España, que desarrollaba su actividad en territorio español. Este era, tal vez, el *quid* de la cuestión, precisar si la actividad desarrollada por la mencionada sociedad tenía lugar en España y presentaba puntos de conexión con el foro español o con otros ordenamientos jurídicos nacionales.

En relación a la ausencia de territorialidad alegada por los recurrentes, conviene plantear y resolver dos cuestiones previas: en primer lugar, la relativa a la constitución y nacionalidad de la sociedad Morton Management, S.L. De conformidad con lo dispuesto en el art. 8 Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio) y, con anterioridad, en el art. 6 Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada –vigente durante el tiempo en el que la sociedad se encontraba activa– la nacionalidad española de las sociedades viene determinada por la concurrencia de dos elementos de manera acumulativa: a) haberse constituido con arreglo a la ley española; y b) estar domiciliadas en territorio español. Pues bien, parece evidente que Morton Management, S.L. cumplía los dos requisitos anteriormente mencionados, por lo que se trataba de una sociedad con nacionalidad española.

En segundo lugar, la referida a la actividad desempeñada por la sociedad Morton Management, S.L., que consistía en recibir y transmitir órdenes de inversores (entre ellos, españoles residentes en España) y gestionar su carteras de valores. Se trataba, en definitiva de un contrato de gestión de carteras de inversión en virtud del cual la entidad gestora es una entidad habilitada para desarrollar el servicio de inversión tipificado en el art. 63.1º.d) LMV que reza así: "Se considerarán servicios de inversión los siguientes: ... d) La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes".

Estos contratos de gestión de carteras se caracterizan porque la actividad de la sociedad gestora se desarrolla a título individual, gestionando por cuenta de los inversores particulares de manera individualizada y recibiendo de éstos instrucciones de forma individual.

Pues bien, aún cuando en el desarrollo de esta actividad la ejecución de la política de inversión se llevaba a cabo a través de cuentas abiertas en entidades no domiciliadas en España, utilizando para este menester entidades financieras domiciliadas en otros países comunitarios, en concreto Dinamarca y Luxemburgo y no comunitarios como Suiza, la gestión de Morton Management, S.L. respondía a las instrucciones recibidas de los inversores residentes en España por lo que considero que la comercialización de su actividad en España resulta un hecho evidente que no puede ser obviado.

De este modo, amparándose de nuevo en su jurisprudencia (ratificada por el Tribunal Supremo en sus SS 20 de junio de 2003 y 1 de julio de 2008) la Sala de la Audiencia Nacional señala que el principio de territorialidad ha de ser interpretado conforme a los arts. 1 y 3 LMV que de forma clara regula y se aplica a "la prestación en España de servicios de inversión y el establecimiento de régimen de supervisión, inspección y sanción"; y que en los supuestos objeto de estudio "...existe comercialización en el territorio nacional de los valores ofertados a los clientes...".

5. Al hilo de la cuestión de aplicación del principio de territorialidad puede ser de gran ayuda analizar dos aspectos vinculados a la actividad desarrollada por Morton Management, S.L.: a) el lugar de celebración de los contratos con los residentes españoles; y b) el lugar donde desarrollaba su actividad habitual.

En relación al lugar de celebración del contrato hay que señalar que en la contratación de estos servicios financieros intervenía, de una parte, la sociedad prestadora del servicio y, de otra, los inversores residentes en España como destinatarios del mismo –distinguiendo según se trate de empresas o de inversores considerados como consumidores–. En estos casos, el contrato se entenderá celebrado en el lugar en el que el prestador del servicio o el destinatario del mismo tengan su residencia habitual. Al coincidir la de ambas partes en territorio español no parece factible plantear ninguna disquisición al respecto, salvo que las partes de común acuerdo hubiesen designado como lugar de conclusión del contrato un tercer país diferente de aquel en el que ambas tienen su residencia habitual. Por lo tanto resulta difícil sustentar la inexistencia de conexión con los inversores españoles o con el foro español en favor de otro foro extranjero como, por ejemplo, el del lugar de residencia de las entidades financieras cuyas cuentas se utilizaban para ejecutar la política de inversión ordenada por los inversores, es decir Dinamarca, Luxemburgo o Suiza. En mi opinión, resulta evidente que será de aplicación la ley española como *lex loci contractus*.

Por lo que respecta al lugar de realización de la actividad objeto del contrato hay que mencionar, de nuevo, que la prestación característica llevada a cabo por Morton Management, S.L. en este tipo de contratos consistía en la gestión de la cartera de los inversores domiciliados en España, incluyendo la recepción de órdenes por parte de los mismos con el fin de desarrollar la gestión de sus carteras.

Aún cuando esta parte de la gestión se hiciese a través de cuentas abiertas en entidades financieras domiciliadas en terceros estados, esto no permite afirmar que el contrato no se desarrollaba en territorio español, al contrario, procede manifestar la vinculación con el foro español no pudiendo acogerse el criterio de ausencia de territorialidad ni tampoco la inexistencia de conexión con los inversores españoles, tal y como planteaban los recurrentes.

6. En mi opinión, este planteamiento ha de servir para concluir que la ley española era de aplicación a la relación contractual entre Morton Management, S.L. y los inversores domiciliados en España y, consecuentemente, para determinar la posible infracción de la sociedad en el desarrollo de su actividad. Todo ello por los siguientes motivos:

A) Tratándose de una relación contractual entre un prestador de servicios –sociedad española con residencia habitual en España– y los receptores del servicio –inversores residentes en España–, resulta evidente que la ley aplicable no puede ser otra que la ley española, en definitiva la LMV, y que en principio no se plantea ningún conflicto de leyes en virtud de lo dispuesto en el Reglamento Roma I.

B) A mayor abundamiento, si los inversores españoles que contrataban con Morton Management, S.L. pueden ser calificados como inversores minoristas que gozan de la consideración de consumidores hay señalar como ley aplicable la del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual. De nuevo, este criterio nos lleva a aplicar la ley española en relación a los contratos con inversores residentes en España. En este sentido, por lo que respecta a la relación conceptual inversor–consumidor, aunque pudiese parecer contradictorio equiparar al consumidor –que adquiere bienes y servicios para su consumo– con el inversor –que invierte la parte de la renta no consumida en productos de inversión–, no ha de olvidarse que todo consumidor es potencialmente inversor. Siendo así, la actividad del inversor es la propia de un consumidor que adquiere bienes y servicios en el mercado de valores, por lo que puede considerarse amparada por las normas de protección del consumidor y, en este caso, su protección vendrá determinada por las normas de carácter especial y de protección de la clientela recogidas en la LMV, distinguiendo entre inversor o cliente profesional o minorista en cuyo caso la LMV le garantiza un mayor grado de protección.

C) Por otra parte, al tratarse de un contrato de gestión de carteras de inversión, como antes he señalado, el objeto del mismo es la gestión que la sociedad Morton Management, S.L. tenía que realizar de las carteras de los clientes residentes en España con arreglo al mandato conferido por estos últimos. De este modo, la prestación característica de la sociedad se entiende realizada en el lugar en el que la misma tiene su residencia habitual en España y, consecuentemente, la ley aplicable será la ley española.

D) Ahora bien, cuando la actividad de la empresa Morton Management, S.L. se realice con clientes no residentes en España, resulta evidente que, de conformidad con la aplicación del Reglamento Roma I,

la ley aplicable podría ser diferente a la española. Sin embargo no era este el supuesto planteado en las sentencias que son objeto de comentario.

E) Finalmente, las relaciones contractuales que la sociedad Morton Management, S.L. establecía con entidades financieras domiciliadas en Dinamarca, Luxemburgo y Suiza, al objeto aperturar cuentas y gestionar a través de las mismas las carteras de valores de sus clientes residentes en España, han de ser consideradas diferentes a la relación contractual principal –contrato de gestión de la cartera de valores– suscrito con sus clientes españoles. En su virtud, estas relaciones contractuales que pueden plantear un conflicto de leyes, se regirán por la ley que las partes determinen y, en su defecto, por la ley donde la parte que realiza la prestación característica tenga su residencia habitual. Y esa ley regirá las relaciones *inter partes* –sociedad gestora y entidades financieras donde se aperturen las cuentas– pero, en ningún caso la relación principal entre Morton Management, S.L. y los inversores españoles. De ahí que no pueda sostenerse la argumentación de los recurrentes cuando afirman que las operaciones se han realizado fuera del territorio español y deberían quedar sujetas a la regulación de las leyes suiza, luxemburguesa o danesa.

7. Otra de las cuestiones de interés que se plantean en estas Sentencias se refiere a la calificación de la actividad desarrollada por la sociedad Morton Management, S.L. Alegan los recurrentes la ausencia de las notas de profesionalidad y habitualidad, al considerar que la actividad de la sociedad se limitaba al simple asesoramiento de sus clientes, con la finalidad de evitar la aplicación de la ley española y, consecuentemente, la LMV.

En este sentido conviene precisar que la actividad desarrollada por Morton Management, S.L. puede asimilarse a la actividad que propiamente desarrollan las sociedades gestoras, pues como se desprende de los datos obrantes en las Sentencias se dedicaba a la gestión de carteras de valores de sus clientes recibiendo a cambio una remuneración. Así, tal y como aparece probado en las Sentencias, los recurrentes desarrollaban con habitualidad la tarea de recibir órdenes de sus clientes residentes en España y transmitir las mismas, todo ello a cambio de una remuneración.

Consecuentemente, el desarrollo de esta actividad implicaba el cumplimiento previo de las disposiciones contempladas en la LMV, una vez probado que el desarrollo de la actividad tenía lugar en España, con residentes españoles y la territorialidad y conexión con los inversores españoles lo que, indefectiblemente, concluía en la aplicación de la ley española, es decir la LMV, que imponía el cumplimiento de ciertos requisitos para el ejercicio de la actividad propia de las sociedades gestoras. Sin embargo, la sociedad Morton Management, S.L. no se encontraba inscrita en los registros administrativos preceptivos sino que venía realizando esta actividad reservada a las empresas de servicios de inversión de manera fraudulenta, de ahí la apertura del expediente sancionador por parte de la CNMV y la posterior imposición de la sanción pecuniaria cuyo recurso contencioso–administrativo, que dio lugar a las Sentencias de la Audiencia Nacional objeto de comentario, fueron estimados parcialmente (reducción de la cuantía de la multa), pero no en relación a los argumentos alegados por los recurrentes y, en especial, a la no aplicación de la ley española por la ausencia de territorialidad y, en definitiva, de conexión con inversores españoles o residentes en España.

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ

Doctor en Derecho. Profesor asociado de
Derecho internacional privado. Universidad de Alicante

FIANZA Y PIGNORACIÓN DE CARTERA DE VALORES SUJETA A DERECHO INGLÉS

2010/80.– Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 390/2010, de 24 de junio de 2010. Ponente Excmo. Sr. Rafael Gimeno–Bayón Cobos. JUR\2010\264354.

Contrato de préstamo con fianza y garantía real a través de pignoración de cartera de valo-

res: Ley aplicable: elección de ley a través de condiciones generales: intervención de normas imperativas.— Derecho extranjero: aplicación en España: prueba: no transforma al Derecho extranjero en simple hecho: posible utilización judicial de los instrumentos de averiguación que juzgue más oportunos: medios de prueba: distinción entre Derecho extranjero y legislación.

Normas aplicables: Arts. 10.5º, 12. 3º y 12.6º.II (antes de LEC 2000) Cc; art. 281.2º LEC; arts. 3, 4 y 7 Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980.

[...] 25. Antes de entrar en el estudio del motivo, conviene precisar que, como sostiene la recurrida, el contenido del motivo no tiene nada que ver con el art. 10.5º Cc, sino con el art. 12.6º de dicho Código antes de la derogación de su segundo párrafo por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, vigente en el momento de interponer la demanda.

26. No obstante, el error evidente de cita del precepto que se considera infringido no deviene causa de inadmisión cuando la equivocación no impide al Tribunal identificar la infracción denunciada ni redundando en indefensión de la contraria.

27. Para la decisión del motivo conviene sentar las siguientes premisas:

1) Como lógica consecuencia de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero, históricamente se ha exigido la prueba del mismo —ya en la Tercera Partida, Título XV, Ley XV se refiere a la prueba de la ley o fuero de “otra tierra que fuese de fuera de nuestro Señorío”—, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, exigiéndose, tanto antes en el derogado art. 12.5º (sic) Cc como hoy en el segundo párrafo del art. 281.2º LEC, la prueba de “su contenido y vigencia” —bien que, acorde con el principio de adquisición, la LEC no pone la prueba a cargo de “la persona que invoque el Derecho extranjero”—.

2) Si de acuerdo con la norma de conflicto española es aplicable el Derecho extranjero la exigencia de prueba del mismo no transforma el Derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho, y de ahí que desde la perspectiva probatoria ambas normas afirmen de forma concorde que el Tribunal puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, a lo que la regla derogada añadía “dictando al efecto las providencias oportunas”.

3) Desde la perspectiva del control de la aplicación de la norma por la vía de la casación, como afirma la sentencia de 4 de julio de 2006 [AEDIPr 2006/29].

4) No cabe confundir la prueba de “legislación” vigente en un determinado territorio, con la prueba “del Derecho” aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el common law.

5) En relación con los medios de prueba del Derecho extranjero, la referida sentencia de 4 de julio de 2006 [AEDIPr 2006/29].

28. En el caso objeto de recurso el contenido y vigencia del Derecho aplicable ha sido demostrado por dos afidávits o declaraciones juradas cuya eficacia probatoria, bien que en conjunción con el resto de datos, ha sido reconocida de forma expresa por esta Sala en el auto de 20 de enero de 2004 (...).

29. En el FD 7º de la sentencia recurrida, la Audiencia ha descrito la prueba practicada y atenuadas observaciones sobre la que no se ha practicado:

(...) el actor no nos ha traído ningún informe sobre la materia, y en cambio el demandado nos ha traído dos informes (Afidávits): uno de la firma Dibb Lupton Alsop, y otro de la firma Linklaters que vienen a coincidir en varios puntos esenciales. El primero, que las condiciones generales se integran en el contrato, y forman parte inescindible de su contenido. El segundo, que la garantía está perfectamente constituida, entendiéndose que basta el depósito de los valores pignorados en poder de alguna de las sociedades del grupo. El tercero, que la carta de 30 de marzo de 1995 (...) es un caso de incumplimiento que faculta para la ejecución de la prenda.

30. Seguidamente, en contra de lo que apunta la recurrente, la Audiencia no se ha limitado a una aceptación acrítica del resultado de la prueba, y de forma impecable razona:

Los argumentos utilizados por los letrados ingleses nos parecen aceptables. La negativa a ser fiador después de concluido el contrato es un acto imputable que, sobrevenidamente, pone en riesgo y afecta a la propia eficacia tanto de la garantía, como del contrato de crédito principal que ya está en fase de cumplimiento, y que dada su trabazón requieren la presencia del fiador como figura esencial de la economía del contrato junto con el deudor. Buena prueba de ello es que los actos del fiador, dirigidos a negar su propia existencia, están protegidos por la cláusula de vencimiento anticipado de la obligación.

30. Vigentes en nuestro sistema probatorio los principios de libre apreciación y elasticidad, salvo excepciones, como afirma la sentencia de esta Sala número 81/2007, de 2 febrero “no se exige una determinada cantidad o entidad probatoria –dosis o tasa de prueba–. Determinar esta dosis es función soberana de los tribunales que conocen en instancia –primera y apelación–, estando vedado su acceso a casación salvo que se incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad con infracción del art. 24.1º CE “debemos concluir que se ha probado el alcance y contenido del Derecho inglés, por lo que el motivo debe ser rechazado. [...]”

38. En este caso la falta de mayores precisiones impide a la Sala conocer exactamente cuál es la regla de orden público que la recurrente pretende infringida, razón determinante de la desestimación del motivo.

39. A mayor abundamiento, cabe significar:

1) Que si bien esta Sala tiene declarado que el pacto comisorio configurado como la apropiación por el acreedor de lo dado en garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado (en este sentido sentencia de esta Sala nº 526/2008, de 5 junio, lo que según la sentencia nº 413/2001 de 26 abril “no debe entenderse circunscrita a los contratos de garantía típicos, sino también a los negocios indirectos que persigan fines de garantía”, es lo cierto que el art. 1859 Cc si bien dispone que “El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”, a diferencia de lo que acontece en el art. 1884.2º Cc en relación con la anticresis no está prohibido el pacto en contra.

2) Que a ello debe añadirse que las razones que en su día justificaron los recelos del legislador, no son aplicables a determinadas modalidades de garantía, como lo demuestra el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública que, al regular el régimen de los acuerdos de compensación contractual y de las garantías financieras, admite de forma expresa la licitud de la apropiación en el primer párrafo del art. 11.1.1 : “Se considera como supuesto de ejecución un incumplimiento de obligaciones o cualquier hecho pactado entre las partes que en caso de producirse permita al beneficiario de la garantía, en virtud del acuerdo de garantía o de la Ley, realizar o apropiarse del objeto de dicha garantía; o produce la aplicación de una cláusula de liquidación por compensación exigible anticipadamente, si tal cláusula estuviera prevista por el acuerdo de garantía”.

3) Que en el presente caso, como precisa la recurrida, los valores pignorados fueron enajenados en un mercado público y transparente –la Bolsa de Nueva York–, en un procedimiento paralelo al previsto en el art. 322 Ccm.

40. En consecuencia, la Sala no aprecia la concurrencia de posibles causas de orden público para rechazar la licitud de la ejecución prevista en el contrato sujeto al Derecho inglés.

[METAVERSION SOCIEDAD DE INVERSIÓN MOBILIARIA, S.A. / MERRILL LYNCH PIERCE, FENNER & SMITH INCORPORATED]

NOTA

1. Metainversión, S.A. se obliga como fiadora y garante del crédito que Inmobiliaria Meridional, S.A. suscribe con Merrill Bank a través de dos contratos. Ambos contratos, celebrados en junio y septiembre de 1994 en Londres, donde tiene su residencia Merrill Bank, contienen condiciones generales entre las que se encuentra una cláusula de elección de ley a favor de la ley inglesa. En mayo de 1995 Metainversión, S.A. notifica al banco que en lo sucesivo no se hace cargo de la garantía. Merrill Bank, entonces, entiende que se ha incumplido el contrato, de forma que, ante el vencimiento anticipado del crédito, ejecuta los valores que Metainversión SA tenía depositados en Merrill Lynch Agencia de Inversiones, S.A. (Merrill Española), vendiéndolos en la bolsa de Nueva York. Estos valores son los que

Metainversión, S.A. había pignorado en su condición de garante real del crédito. Metainversión, S.A. demanda ante los tribunales españoles a Merrill Española y Merrill Bank, entre otros, con objeto de obtener el reintegro del valor de la cartera enajenada –alrededor de un millón y medio de dólares–, el reintegro de las pérdidas derivadas de la liquidación de ciertas operaciones, y una indemnización por daños y perjuicios. El JPI nº 6 de Madrid dicta sentencia parcialmente condenatoria. Merrill Española recurre, y gana en apelación: la AP (Sección 14ª) de Madrid, por Sentencia nº 271/2006, de 3 de mayo (*Westlaw Aranzadi*, AC 2006/923) entiende que la ley aplicable al contrato es la inglesa, y que según esta ley Metainversión, S.A. tenía la condición de *indemnifier*; que la negativa a seguir siéndolo comporta el vencimiento anticipado del crédito, según establece de forma expresa una de las condiciones generales de contrato bancario. Frente a esta decisión se presenta recurso de casación, que el TS rechaza, a través de la resolución –parcialmente– reproducida *supra*.

De los motivos que Metainversión, S.A. invoca, es de especial interés el segundo, esto es, el referente a lo que, a juicio de la recurrente, supone una infracción del art. 10.5º Cc y de la jurisprudencia que lo interpreta y desarrolla, que lo que en realidad pretende es denunciar la infracción de las normas sobre prueba del Derecho extranjero. Según Metainversión, S.A., “el examen de los informes emitidos por los Abogados ingleses (...) permite concluir que en ellos no se acredita la exacta entidad del Derecho inglés aplicable, ni su alcance en la interpretación de la norma aplicable” (FD Tercero). Alegando la incorrecta valoración de la prueba, Metainversión, S.A. persigue que se aplique la *lex fori*: no en vano, los motivos primero, tercero y cuarto se basan en la infracción de disposiciones del Código civil y del Código de Comercio españoles. Todos ellos serán desestimados por el TS, al considerar éste que la ley aplicable es la inglesa y que las pruebas practicadas son suficientes. Así, la primera de las cuestiones a considerar es la relativa a la determinación de la ley aplicable (*infra*, nº 2). La segunda se centra en las razones por las que la recurrente desea que se aplique la ley española, esto es, las consecuencias de la aplicación al contrato de las dos leyes en conflicto (*infra*, nº 3). En tercer lugar, se analizará la valoración de la prueba de ese Derecho extranjero aplicable al fondo (*infra*, nº 4). Finalmente se apuntará a la posible aplicación de determinadas normas españolas en su condición de normas imperativas (*infra*, nº 5).

2. Tanto la AP como el TS afirman que la elección de la ley inglesa efectuada a través de las condiciones generales del contrato bancario es eficaz, y que, por consiguiente, esa es la ley aplicable a la resolución de la controversia. Y, ciertamente, a falta de prueba (parece que incluso de invocación) de la eventual nulidad de la cláusula de elección, la ley inglesa sería la que rige el contrato; pero no, como indican ambos órganos jurisdiccionales, en virtud del art. 10.5º Cc, sino en aplicación del art. 3 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR 1980). Este es el instrumento aplicable a los dos contratos de crédito y no la disposición estatal, ya que es un Convenio de aplicación universal (art. 2 CR 1980), los contratos no se encuentran excluidos de su ámbito de aplicación material (*vid.* art. 1 CR 1980) y se celebraron cuando se encontraba en vigor para España (art. 17 CR 1980). Ahora bien: la correcta determinación de la norma de conflicto aplicable no tendría repercusiones en la resolución del litigio, ni siquiera en el caso de que se considerase que, cuando la ley extranjera no se prueba debidamente (lo que, a mi entender, ocurre en el supuesto: *vid. infra*), lo que corresponde es estar al siguiente punto de conexión de la norma de conflicto [en este sentido, por ejemplo, *vid.* SAP de Barcelona (Sección 12ª) nº 887/2009, de 21 de diciembre, *Westlaw Aranzadi* JUR 2010/8445]. La prueba insuficiente del Derecho inglés conduciría, según el art. 10.5º Cc, a la aplicación de la ley española de forma subsidiaria (que es la aplicación más habitual en estos casos), dado que la *lex contractus* en defecto de elección sería también la inglesa (*lex loci celebrationis*). Por su parte, si a resultas de insuficiencia de prueba de la ley elegida se estuviese a lo previsto en el art. 4.2º CR, el Derecho español resultaría aplicable en calidad de ley de la residencia habitual del prestador característico (*v.gr.*, el fiador), teniendo en cuenta que la relación contractual litigiosa en puridad no es la referida al crédito, sino a la fianza (sobre la ley aplicable a la fianza, *vid.* R. Arenas García, “Medios de pago, garantías y financiación”, *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2011, pp. 439–497, esp. p. 457). Ahora bien: tampoco cabe descartar que la ley española tuviese que aplicarse también con carácter subsidiario (de no probarse la ley inglesa), y no como ley aplicable en defecto de elección, puesto que en

este caso, los vínculos del contrato con la ley inglesa podrían conducir a la aplicación de la cláusula de escape del art. 4.5º CR.

La cuestión clave del supuesto, en todo caso, radicaba en la prueba de la ley inglesa. Y de la aplicación de ésta dependía en buena medida la solución del supuesto, pues sólo la aplicación de la ley española hubiera podido asistir a la demandante/recurrente en casación en sus pretensiones.

3. La razón principal de las que subyacen a la invocación por parte de la recurrente de la aplicación de la ley española al fondo del asunto radica en las diferencias que existen entre los principios de interpretación de los contratos de dicha ley y la ley inglesa. Que Metainversión, S.A. tenga la condición de *indemnifier* y qué consecuencias comporta su renuncia a continuar siéndolo son extremos previstos en las condiciones generales del contrato, y estas condiciones en principio integran el contrato no sólo de conformidad con la ley inglesa, sino también según la ley española. En efecto, de las condiciones generales deriva, en primer lugar, que la recurrente asume una posición similar a la del deudor solidario. De aplicarse la ley española, la solidaridad de la deuda podría resultar controvertida si no se hubiera pactado expresamente, pues la jurisprudencia española tiende a reconocer este carácter a las deudas, en una práctica que cabe calificar contraria a la ley. Los arts. 1137 y 1138 Cc español establecen indubitadamente la parciariedad como regla general, y en diversos preceptos se reitera que la solidaridad debe ser pactada expresamente (así, v.gr., en los arts. 1698, 1723 y 1837 Cc), pero el TS ha realizado una interpretación de estas disposiciones que, yendo mucho “más allá de lo que permiten las reglas de interpretación de las normas (...)”, permite sostener que “en la actualidad rige en la práctica el principio, opuesto al legal, de presunción de solidaridad” (cf. J. Caffarena Laporta, “La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, en J. Caffarena Laporta y J. Ataz López (coords.), *Las obligaciones solidarias. Jornadas de Derecho Civil en Murcia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 15–71, esp. p. 35). No obstante, en todo caso, la presunción del carácter parciario es disponible, como claramente establece el art. 1140 Cc. Y esta posibilidad es similar a la contemplada en el Derecho inglés, conforme al cual la promesa hecha por dos personas se considerará *joint* –parciaria– salvo que se cualifique de alguna manera [vid. J.G. Beale, “Joint Obligations”, *Chitty on Contracts*, vol. I (*General Principles*), 27ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, pp. 889–899, esp. pp. 889–890], de manera que, en definitiva, el pacto de solidaridad es válido y eficaz según ambas leyes. En segundo lugar, también se estipuló a través de la correspondiente cláusula que la renuncia a continuar en la posición de *indemnifier* supondría un supuesto de incumplimiento del contrato de crédito y comportaría su vencimiento anticipado. Y este pacto tampoco es contrario a ninguna norma contractualmente imperativa del Derecho español (vid. la valoración del TS del quinto motivo de casación), de manera que a este respecto tampoco la aplicación de la *lex fori* permitiría acoger las pretensiones de la demandante (y recurrente en casación). De ahí que la única vía que quedaría abierta es la de apelar a los principios de interpretación del Derecho español, y presentar algún tipo de prueba de que la literalidad del contrato no se correspondía realmente con la intención de los contratantes. De hecho, el primer motivo que invoca la recurrente es la infracción del art. 1281 Cc, a tenor del cual “si los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecen contrarias a la intención evidente de los contratantes, se estará a ésta” (el énfasis es mío). Y es que, mientras en Derecho inglés rige la regla *parole evidence rule*, por la que no se admite ningún elemento de prueba que pueda alterar las obligaciones establecidas en un contrato escrito, los principios de interpretación de los contratos en los sistemas romano-germánicos permiten que prevalezca la “verdadera intención” de las partes sobre la voluntad expresada en el contrato. De esta forma, sólo la aplicación de la ley española permitiría inferir del contrato obligaciones que no se recogieron en el documento final, y alterar las obligaciones que establece la letra del contrato [cf. S. Sánchez Lorenzo, “La interpretación del contrato”, en id. (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 443–488, esp. pp. 445–451].

4. Pero era la ley inglesa, como se ha indicado, la que resultaba aplicable al contrato, porque fue elegida por las partes a través de la correspondiente cláusula. Y conforme a esta ley, como se ha indicado, no cabía sino interpretar que las obligaciones de las partes son las plasmadas en el contrato. Ahora bien: para su aplicación en el proceso español, dicha ley debía sujetarse a las normas sobre práctica de la

prueba de la ley extranjera. En el supuesto no se plantea problema alguno en relación con la invocación y la proposición de esa, dado que es la parte interesada en su aplicación, la demandada/recurrente, la que presenta determinados documentos al efecto. Pero sí se plantean dudas en relación con las fuentes de prueba y su valor. El TS entiende, con la AP, que los documentos que el demandado proporciona para probar la ley extranjera son suficientes, apoyándose en jurisprudencia anterior, esto es, en el ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 20 de enero de 2004 (*Westlaw Aranzadi*, JUR 2004/54318). Pero, a mi juicio, es dudoso que esos documentos puedan servir como única fuente probatoria; y, en todo caso, la invocación de esa jurisprudencia no resulta del todo adecuada.

Que el objeto de la prueba debe ser, como indica el TS, la ley extranjera en tanto que “Derecho”, y no sólo como “legislación”, resulta indiscutido. La ley extranjera debe aplicarse, en la medida de lo posible, tal y como lo haría el órgano jurisdiccional del Estado al que pertenece esa ley, de manera que no basta con la cita de los textos legales extranjeros, sino que es preciso probar cómo son aplicados por la jurisprudencia de ese Estado. Por esta razón, los documentos públicos que vienen exigiéndose para acreditar la existencia y el contenido de la ley, esto es, las certificaciones normalmente expedidas por autoridades públicas, se suelen acompañar de dictámenes de jurisperitos que incidan en la aplicabilidad e interpretación de las normas. Pero en el supuesto en concreto sólo se presentan documentos de este tipo. La prueba podría ser insuficiente, porque la demandada, que es la interesada en que se aplique la ley inglesa, se limita a presentar dos *affidavit*. La admisibilidad de estos documentos es clara: sirven, como sirve cualquier tipo de informe o dictamen, ya que la LEC 2000 permite una gran flexibilidad en lo que respecta a las fuentes de prueba (*vid.* M. Virgós Soriano, y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2007, pp. 531–532). Pero pueden ser insuficientes por sí solos, como he indicado, porque no dejan de ser informes de parte. Falta algún elemento de carácter más objetivo. Y a esta idea no cabe oponer que correspondería a la otra parte, la demandante/recurrente, desmontar (en su caso) la lectura de la ley inglesa proporcionada por los expertos (bufetes ingleses), de no ser adecuada. El Derecho extranjero no tiene la misma condición que los hechos: no cabe, en su prueba, la aplicación de la doctrina de hechos admitidos, por lo que no cabe deducir que la ausencia de réplica por una parte a la prueba del Derecho propuesta por la otra parte permite dar por probado ese Derecho extranjero. En este sentido, no resulta adecuada la invocación que el TS realiza, para fundamentar la eficacia probatoria de los *affidavit*, del ATS 20 de enero de 2004 porque no tiene en cuenta que el objeto de la prueba y el *grado* exigible a la prueba no son idénticos en ambos casos. El ATS mencionado considera suficientes los *affidavit* en el marco de un procedimiento de ejecución, como documentos con los que se pretende acreditar que la notificación a las partes se efectuó de conformidad con la ley rectora del procedimiento de origen. En este contexto sí recae en la parte que se opone a la declaración de ejecutividad desmontar esta conformidad de la notificación con una ley extranjera, probando la irregularidad de dicha notificación; de lo contrario, podrá darse por adecuada. En el supuesto referido al ejecución, la prueba recae sobre la adecuación de un hecho –la notificación– al Derecho extranjero; en el marco del litigio entre Metainversión, S.A. y Merrill Española, lo que se pretende probar con los *affidavit* es el Derecho extranjero. Y a tal fin, según lo indicado, los informes de expertos presentados por una de las partes deberían considerarse insuficientes. El órgano jurisdiccional español debería haber ordenado (*ex art.* 429.1º LEC) la práctica de pruebas complementarias.

5. Metainversión, S.A. contaba, sin embargo, con otra línea de defensa, probablemente más adecuada que la de esperar que la ley inglesa se tuviera por no probada, a fin de que se aplicase al fondo la ley española. Se trataba de dar aplicación a determinadas normas españolas en calidad de normas internacionalmente imperativas. En casación la recurrente invoca la posible contrariedad con el art. 12.3º Cc y el 24.2º CE de la ejecución de los valores en el mercado de Nueva York, puesto que entiende que es un principio de orden público “que no quepa despojar al garante de las cosas dadas en prenda sino a través de procedimiento normado”. Pero el TS responde que la norma española que no permite al acreedor apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, o disponer de ellas (art. 1859 Cc) es una norma dispositiva; que, de hecho, en algunas modalidades de garantías ya se contempla expresamente esta posibilidad; y que los valores fueron ejecutados en un mercado pú-

blico y transparente (*vid.* FD Quinto). No obstante, cabe plantearse si no hubiera resultado oportuno insistir sobre la posible imperatividad del art. 10 Ley 46/84 reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva. Esta imperatividad fue invocada, sin éxito, ante la AP de Madrid (*vid.* FD Quinto de la SAP Madrid 3 de mayo de 2006). Conforme a lo establecido en la disposición legal, en el momento en que se celebraron los contratos las sociedades de inversión mobiliaria tenían prohibido pignorar sus carteras de valores y constituir garantías de ninguna clase para asegurar cualquier operación (posteriormente, por vía de una reforma de 1996, se introducirían algunas matizaciones). Y la pignoración es calificada por el art. 18 del correspondiente Reglamento, aprobado por RD 17 de julio de 1984 de infracción muy grave. La AP niega la aplicabilidad al supuesto de estas normas, alegando que no disponen expresamente una sanción de nulidad del contrato. Sin embargo, teniendo en cuenta que la ley se declara aplicable a sociedades de inversión domiciliadas en España (*vid.* art. 3 Ley 46/1984); y que la finalidad de la prohibición es garantizar los intereses de los inversores colectivos, cabe dudar de la necesidad de que exista una disposición expresa para declarar la nulidad de la cláusula por la que se establece la garantía (que no la de todo el contrato de préstamo), en la medida en que desconoce una prohibición clara de la *lex fori*, aplicable en todo caso a tenor de lo establecido en el art. 7.2º CR 1980.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

NACIONALIDAD

LA SITUACIÓN DE POLIGAMIA NO POSIBILITA LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

2010/81.– Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso–Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 26 febrero 2010. Ponente: Excmo. Sr. Mariano de Oro–Pulido y López. RJ\2010\1571.

Nacionalidad española.– Adquisición por residencia.– Denegación basada en la no integración suficiente en la sociedad española.– Poligamia: contrariedad al orden público español.– Denegación procedente: desestimación del recurso de casación.

Normas aplicadas: Art.12.3º Cc.

[...] La lectura del escrito de interposición pone de manifiesto que lo que la parte recurrente pretende, en definitiva, es combatir los hechos tenidos por probados por la sentencia recurrida, pero al razonar así olvida que salvo contadas excepciones (que en este caso ni siquiera se alegan), la valoración de la prueba realizada por el Tribunal a quo no es revisable en casación.

Partiendo, pues, del dato fáctico, que la Sala considera suficientemente acreditado, de que el actor presenta una estructura familiar de poligamia en su país de origen, no nos queda sino repetir una vez más lo que ha dicho esta Sala en SS 14 de julio de 2004, 19 de junio de 2008 y 14 de julio de 2009, a saber: que la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (art. 12.3º Cc). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP). Es perfectamente ajustado a Derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es

atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un “suficiente grado de integración en la sociedad española”.

Obs.: Vid. nota Ana Quiñones Escámez, REDI 2010–16–Pr

**PÉRDIDA CON EFECTO RETROACTIVO DE LA NACIONALIDAD ADQUIRIDA POR
NATURALIZACIÓN A CAUSA DE MANIOBRAS FRAUDULENTAS COMETIDAS CON
OCASIÓN DE SU ADQUISICIÓN**

2010/82.– Tribunal de Justicia, Gran Sala, Sentencia de 2 de marzo de 2010. As. C–135/08. Ponente: A. Ó Caoimh

Ciudadanía de la Unión.– Art. 17 TCE.– **Nacionalidad de un Estado miembro adquirida por nacimiento.**– **Nacionalidad de otro Estado miembro adquirida por naturalización.**– **Pérdida de la nacionalidad de origen a causa de esta naturalización.**– **Pérdida con efecto retroactivo de la nacionalidad adquirida por naturalización a causa de maniobras fraudulentas cometidas con ocasión de su adquisición.**– **Condición de apátrida que tiene por efecto la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión.**

Normas aplicadas: Art. 17 TCE.

[...] una decisión por la que se revoca la naturalización debido a maniobras fraudulentas corresponde a un motivo de interés general. A este respecto, es legítimo que un Estado miembro quiera proteger la relación especial de solidaridad y de lealtad entre él mismo y sus nacionales, así como la reciprocidad de derechos y deberes, que son el fundamento del vínculo de nacionalidad.

52. Esta conclusión relativa a la legitimidad, en principio, de una decisión revocatoria de la naturalización adoptada en circunstancias como las del asunto principal queda corroborada por las disposiciones pertinentes de la Convención para reducir los casos de apatridia. En efecto, el art. 8, ap. 2, de ésta dispone que una persona podrá ser privada de la nacionalidad de un Estado contratante cuando esa nacionalidad haya sido obtenida por declaración falsa o por fraude. Igualmente, el art. 7, aps. 1 y 3 Convenio Europeo sobre la Nacionalidad no prohíbe a un Estado parte privar a un individuo de su nacionalidad, aunque de este modo se convierta en apátrida, cuando tal nacionalidad se haya adquirido como consecuencia de una conducta fraudulenta, mediante información falsa u ocultación de un hecho pertinente por parte de dicho individuo.

53. Esta conclusión es acorde por lo demás con el principio de Derecho internacional según el cual nadie puede ser privado arbitrariamente de su nacionalidad, principio recogido en el art. 15, ap. 2 DUDH y en el art. 4, letra c), del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad. En efecto, cuando un Estado priva a una persona de su nacionalidad a causa del comportamiento fraudulento de ésta, determinado legalmente, tal privación no puede considerarse un acto arbitrario.

54. Estas consideraciones sobre la legitimidad, en principio, de una decisión por la que se revoca la naturalización a causa de maniobras fraudulentas siguen siendo inicialmente válidas cuando tal revocación tiene como consecuencia que la persona afectada pierda, además de la nacionalidad del Estado miembro de naturalización, la ciudadanía de la Unión.

55. No obstante, en tal supuesto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la decisión revocatoria de que se trata en el asunto principal respeta el principio de proporcionalidad en cuanto a las consecuencias que implica para la situación de la persona afectada en función del Derecho de la Unión, además del examen, en su caso, de la proporcionalidad de esta decisión en función del Derecho nacional.

56. Por tanto, habida cuenta de la importancia que el Derecho primario otorga al estatuto de ciudadano de la Unión, al examinar una decisión por la que se revoca la naturalización es preciso tomar en consideración las eventuales consecuencias que esta decisión acarrea para el interesado y, en su caso, para los miembros de su familia en lo que atañe a la pérdida de los derechos de que goza todo ciuda-

no de la Unión. A este respecto, debe comprobarse, en particular, si esta pérdida está justificada en relación con la gravedad de la infracción cometida por el afectado, con el tiempo transcurrido entre la decisión de naturalización y la decisión revocatoria, así como con la posibilidad de que el interesado recupere su nacionalidad de origen.

57. En lo que atañe más concretamente a este último aspecto, un Estado miembro cuya nacionalidad se ha adquirido de manera fraudulenta no puede considerarse obligado, con arreglo al art. 17 CE, a abstenerse de revocar la naturalización por la mera circunstancia de que el interesado no ha recuperado la nacionalidad de su Estado miembro de origen.

58. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si, a la luz del conjunto de circunstancias pertinentes, el respeto del principio de proporcionalidad exige que, antes de que se haga efectiva tal decisión revocatoria de la naturalización, se conceda al interesado un plazo razonable para que pueda intentar recuperar la nacionalidad de su Estado miembro de origen.

59. Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la primera cuestión y a la primera parte de la segunda cuestión que el Derecho de la Unión, en particular el art. 17 CE, no se opone a que un Estado miembro le revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida mediante naturalización cuando ésta se ha obtenido de modo fraudulento, a condición de que esta decisión revocatoria respete el principio de proporcionalidad. [...]

[ROTTMANN]

NOTA

Los hechos a los que se refiere esta Sentencia se relacionan con el contenido material del Derecho de la nacionalidad, en particular, con la pérdida, adquisición y recuperación. El asunto adquiere dimensión europea al estar implicadas nacionalidades de Estados miembros y, por tanto, la condición de ciudadano europeo.

Rottmann, nacional austriaco desde su nacimiento, traslada su residencia a Múnich, adquiere voluntariamente la nacionalidad alemana y, como consecuencia de esta adquisición, pierde la nacionalidad austriaca. En el expediente de adquisición de la nacionalidad alemana omitió la circunstancia de que en Austria existía, con carácter previo a la solicitud de naturalización, una orden para su detención por estafa. Tras conocerse esta circunstancia, el Land de Baviera revoca con carácter retroactivo la naturalización, por considerar que la nacionalidad alemana había sido adquirida mediante fraude. Para ello, se basa en el art. 48.1º de su correspondiente Código de procedimiento administrativo, según el cual el acto administrativo de concesión de nacionalidad puede ser revocado, con efectos futuros o retroactivos, aunque hubiese adquirido carácter definitivo. Esta decisión fue confirmada en apelación por el Tribunal de lo contencioso administrativo del Land de Baviera, que considera que la revocación es conforme al Derecho alemán, aun cuando de ella se derive una situación de apatridia. Recurrida esta decisión en casación, el Tribunal Administrativo Federal plantea cuestión prejudicial al TJUE (entonces todavía TJCE) sobre la conformidad de estas circunstancias con el Derecho europeo. Téngase en cuenta que a la pérdida sucesiva de las dos nacionalidades, la austriaca por adquisición voluntaria de la alemana y ésta última por revocación, se une que la legislación austriaca no prevé un mecanismo de recuperación automática de la nacionalidad originaria por el sólo hecho de que se revoque la nacionalidad alemana. Se genera así una situación de apatridia, relevante para el Derecho europeo en la medida en que se traduce en una ausencia de nacionalidad de Estado miembro; poco importa que el interesado tuviera la nacionalidad de un Estado no miembro y por tanto no fuera apátrida; lo relevante es que la pérdida de las nacionalidades respectivas produce la pérdida de su “añadido” (en la terminología del art. 20 TFUE, antiguo art. 17 TCE al que, por cuestiones temporales se refiere la Sentencia) en el ámbito europeo, esto es, la ciudadanía europea, y de los derechos inherentes a ésta (arts. 21–24 TFUE).

En la cuestión prejudicial se plantea si esta pérdida de la ciudadanía europea es incompatible con el Derecho de la UE y, en su caso, qué Estado debe remediarla: directamente Alemania renunciando a la revocación de su nacionalidad, o Austria, adaptando su legislación para permitir una recuperación de la nacionalidad originaria. Por lo que respecta a Alemania, el TJUE responde que el art. 17 TCE no se

opone a la decisión revocatoria de una nacionalidad adquirida de forma fraudulenta, siempre que la decisión respete los límites de la proporcionalidad. Como indicios de tal proporcionalidad menciona que la pérdida esté justificada en relación con la gravedad de la infracción y con la posibilidad de que el interesado recupere su nacionalidad de origen. En principio, pues, no se cuestiona la capacidad revocatoria de Alemania, pero se añaden criterios de valoración ajenos a la legalidad interna e internacional que, por otra parte, ha presidido la actuación de las autoridades alemanas; de hecho, se propone que éstas “jueguen” con los plazos administrativos para dar efecto a la revocación y así ganar tiempo en la tramitación de la recuperación de la nacionalidad austriaca. Respecto de Austria, el Tribunal no se pronuncia, pues todavía no se ha instado la recuperación y, por tanto, no existe decisión al respecto que pueda ser valorada. En principio, Rottmann cumple los requisitos básicos impuestos por la legislación austriaca para ser beneficiario de la recuperación de la respectiva nacionalidad, esto es, haber sido austriaco al menos durante diez años (lo era desde su nacimiento) y haber perdido la nacionalidad austriaca por causa distinta a la revocación (la pérdida se produjo por adquisición voluntaria de la nacionalidad alemana). No obstante, la misma legislación exige que no exista condena o proceso pendiente que implique pena de prisión por infracciones dolosas o delitos financieros. Habría que analizar si la situación de Rottman, derivada del proceso penal por infracción financiera, se identifica con estas previsiones, particularmente la concreta pena de prisión. En este punto, resulta interesante el razonamiento del Abogado General en el sentido de que, teniendo efectos retroactivos la revocación de la nacionalidad alemana, podría considerarse que Rottmann nunca fue alemán, por lo tanto tampoco habría perdido la nacionalidad austriaca y, con ello, tendría derecho a la restitución automática de esta nacionalidad. Esta cuestión debe ser decidida en su momento por el órgano austriaco conforme a la legislación austriaca, pero importa señalar la posible acción del Derecho europeo en este ámbito. Si en la legislación –o incluso en la práctica– austriaca se aprecian soluciones parecidas para casos similares al que nos ocupa, el Derecho europeo debería imponer un trato igual para Rottmann (*vid.* nº 43 de las Conclusiones presentadas por M. Poirares Maduro, el 30 de septiembre de 2009).

Al margen de la incidencia que la situación pueda tener en la ciudadanía europea, si la apatridia fuese el resultado de un acto estatal contrario al Derecho internacional general, también lo sería al Derecho europeo, en la medida en que los límites del Derecho internacional forman parte del ordenamiento europeo (*vid.* las referencias jurisprudenciales de las Conclusiones del Abogado General en el nº 29 en relación con la nota 35, en particular las SSTJCE 24 de noviembre de 1992, asuntos C–286/90: *Poulsen y Diva Navigation* y C–162/96: *Racke*). Estos límites afectarían al expediente de pérdida de alguna de las nacionalidades implicadas y ello, normalmente, supondría la activación de la nacionalidad inadecuadamente perdida y también de su añadido, la ciudadanía europea.

Sin embargo, no parece que ninguno de los expedientes de pérdida implicados en este supuesto sea contrario al derecho a una nacionalidad (art. 15 DUDH y 24. 3º PIDCP 1966) ni a la prohibición de desnaturalización, ni a la prevención de la apatridia (arts. 7 a 9 del Convenio de Nueva York de 30 de agosto de 1961). Tampoco existe contrariedad con la Convención europea sobre nacionalidad, hecha en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997 (*Conseil de l'Europe, Série des traités européens*, nº 166). En efecto, la pérdida de la nacionalidad austriaca se produjo por voluntad del interesado y adquiriendo otra nacionalidad, con lo cual, se garantizaría la prevención de apatridia en los términos del art. 7.1 a) de la Convención. El hecho de que Austria conceda o no la posibilidad de conservar la nacionalidad austriaca a pesar de adquirir la nacionalidad alemana (como sí se concede en los supuesto de pérdida voluntaria de la nacionalidad española previstos en el art. 24 Cc), no se relacionaría ya con la prevención de la apatridia, sino con una posición en mayor o menor medida tendente a la doble nacionalidad. Por lo que respecta a la pérdida de la nacionalidad alemana, derivada de la revocación de su adquisición, se trata de un supuesto muy similar a la sanción de nulidad de la adquisición de la nacionalidad española, prevista en el art. 25 Cc e, igualmente, compatible con el Derecho internacional. Basta apreciar que el art. 7.1 b) de la misma Convención permite a los Estados parte prever la pérdida cuando existe una conducta fraudulenta, por información falsa u ocultación de hechos relativos al solicitante de la nacionalidad. Téngase en cuenta que la infracción punible había sido cometida por Rottman en Austria, lo cual dificultaba especialmente su conocimiento por las autoridades alemanas encargadas de instruir el expediente de natura-

lización, aunque la conclusión podría ser distinta si tenemos en cuenta los avances en la elaboración de redes europeas sobre los archivos judiciales y policiales. En este punto adquiere relevancia el tema de la aportación de oficio por parte de la Administración de los datos del solicitante, en especial de sus antecedentes penales, al expediente de naturalización. Al respecto, el ordenamiento español presenta una regulación que, en una primera lectura, puede presentar dudosas consecuencias en relación con la pérdida de la nacionalidad española por ocultación o fraude en la adquisición. Por un lado, según la Instrucción DGRN 26 de junio de 2007 (BOE, 8-VIII-07), se suprime la necesidad de que el interesado aporte, entre otros aspectos, sus antecedentes penales, siempre que preste su consentimiento para que la DGRN solicite el certificado correspondiente al Ministerio de Justicia. Si el interesado ha dado este consentimiento pero la DGRN no solicitara la certificación que obligatoriamente ha de constar en el expediente (art. 221 RRC), no parece que aquel deba soportar una deficiencia de actuación imputable a la Administración. No existiría ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad y tampoco posibilidad de imputar una pérdida-sanción; como mucho, cabría reiniciar el expediente de naturalización incorporando y valorando los antecedentes penales. En todo caso, ante una previsión similar en el ordenamiento alemán, la exigencia de consentimiento por parte del interesado, alejaría la situación de las pretensiones de Rottmann, claramente orientadas a ocultar su situación penal al amparo de un cambio de residencia y de nacionalidad. Por otro lado, el art. 63 LRC (según la redacción dada por la DA 5ª de 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, BOE, 12-XII-09) también prevé que la Administración recabe de oficio los informes necesarios para resolver la naturalización, pero en este caso sin que sea preciso el consentimiento del interesado. ¿Esta ausencia de consentimiento significa que la Administración le exime de cualquier responsabilidad en las deficiencias de los datos del expediente de naturalización, con lo cual aquel tampoco incurriría en ocultación en su adquisición y, consecuentemente, neutralizaría la pérdida por este motivo? Particularmente, nos parece una conclusión inadecuada, e incluso ajena a la voluntad del legislador. Al margen de que no sea necesario su consentimiento, el solicitante hará una declaración, aunque no una aportación, de antecedentes penales y del tenor de esta declaración cabrá concluir si ha actuado con ocultación y finalidad fraudulenta. De nuevo, el caso de Rottmann.

Aparte de las consideraciones que avalan la situación de apatridia a la luz de la Convención europea sobre nacionalidad, existen otros límites europeos orientados al respeto de las libertades de circulación pero que no afectan a la regulación material de nacionalidad, sino a la adscripción de un ciudadano europeo a un determinado ordenamiento. Así, en el ya clásico asunto *Micheletti* (STJCE 7 de julio de 1992, as. C-369/90, *Rec. p. I-4239*), se garantizó la libertad de establecimiento del ciudadano europeo frente a los criterios de selección de una nacionalidad efectiva (art. 9.º Cc). Y, en esta misma clave, el hecho de haber ejercido la libre circulación supone para el interesado una libertad de opción entre sus dos leyes nacionales (STJCE 2 de octubre de 2003, as. C-148/02: *García Avello*, *Rec. p. I-11613*) o entre una ley nacional y la ley de la residencia habitual coincidente con el lugar de nacimiento (STJCE de 14 de octubre de 2008, as. C-353/06: *Grunkin y Paul*, *Rec. p. I-7639*). La finalidad de estas previsiones es no obstaculizar la libertad de circulación y residencia a la hora de decidir la ley aplicable a materias de competencia estatal como puedan ser en las sentencias citadas, la regulación de los apellidos. Como hemos señalado, esta sujeción de una materia de competencia estatal al Derecho europeo incide, a través del ejercicio de la libre circulación, en la determinación del ordenamiento aplicable, no en la regulación material de nacionalidad. No obstante, para establecer un puente entre la libre circulación y el Derecho material de nacionalidad podría detectarse un elemento transfronterizo que daría paso al Derecho europeo, en el acto de adquisición de nacionalidad. En este sentido, el Abogado General plantea que el interesado se desplazó a Alemania y estableció aquí su residencia, adquiriendo la nacionalidad alemana. Esta adquisición así como la consiguiente pérdida de la nacionalidad austriaca podrían entenderse derivadas del ejercicio de la libertad de circulación que le confiere el Derecho europeo. No obstante, el propio Abogado reconoce las fisuras de esta argumentación, ya que la revocación de la nacionalidad alemana no está determinada por el ejercicio de la libre circulación, sino por el comportamiento fraudulento del interesado. Además, si el motivo de la aplicación del Derecho europeo a la adquisición y pérdida de la nacionalidad estuviese fundamentado en la libre circulación, esta argumentación únicamente

serviría para aquellos supuestos de naturalización por residencia, y no para otros en los que existe una adquisición voluntaria de nacionalidad y consiguiente pérdida de la nacionalidad anterior y, sin embargo, no existe cambio de residencia. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos de opción a la nacionalidad española cuyo ejercicio no exige traslado de la residencia a España y puede ser manifestada ante el Registro consular correspondiente al domicilio del beneficiario. El ejercicio de la libre circulación no es un argumento absoluto para hacer frente a cualquier restricción estatal; parece razonable que el nacional austriaco que se traslada a Alemania con la intención de establecer su centro de vida y adquirir la nacionalidad alemana soporte los costes de pérdida de la originaria nacionalidad austriaca e, incluso, las consecuencias de su no recuperación automática. Máxime, cuando además existe una conducta infractora y de ocultación dolosa. El Tribunal de Luxemburgo no es ajeno a este razonamiento en clave de asunción de costes (*vid.* STJCE 22 de diciembre de 2010, as. C-208/09: *Vittgenstein*, admitiendo la normativa austriaca que impedía a constancia en el apellido de partículas probatorias del título nobiliario adquirido en Alemania) como tampoco lo es a la admisión de las restricciones a la libertad de circulación que sean necesarias para la protección de los intereses que se pretendan garantizar y sean proporcionadas al objetivo del Derecho nacional (STJUE 12 de mayo de 2011, as. C-391/09: *Vardin*). En todo caso, la eventual afectación de la libre circulación por una normativa estatal de nacionalidad sólo sería planteable respecto de supuestos en los que el mero cambio de residencia supusiera automáticamente la pérdida de la nacionalidad. De ser así, se plantearía la paradoja de que el ejercicio de una libertad derivada de la ciudadanía europea sería al mismo tiempo el detonante de la pérdida de ésta, a través de la pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro. Pero tal situación no es la generalmente prevista en las regulaciones nacionales ni la permitida por el Derecho internacional, pues la pérdida de la nacionalidad exige adquirir u ostentar otra nacionalidad o la existencia de motivos tasados para su privación como sanción. Este es el caso de los hechos de Sentencia: revocación de la nacionalidad alemana por conducta fraudulenta en su adquisición.

A la luz de estas consideraciones, nos parecen correctas las respuestas del Abogado general, en el sentido de que la pérdida de la ciudadanía europea no es incompatible con el Derecho de la UE. En particular, no existe incompatibilidad de la revocación de la nacionalidad alemana, pues no infringe ninguna norma europea ni está vinculada al ejercicio de los derechos y libertades del Tratado (actual TFUE), pues revocar la nacionalidad obtenida mediante fraude corresponde al interés legítimo de cada Estado de asegurarse de la lealtad de sus nacionales. El hecho de que el TJUE someta esta apreciación a que la decisión revocatoria se ajuste a límites de proporcionalidad no niega la mayor, es decir, la compatibilidad de la revocación con el art. 17 TCE correspondiente con el art. 20 TFUE, pero intenta dejar una puerta abierta a matizaciones en función de la futura respuesta de Austria. De hecho, el Tribunal no adelanta una valoración sobre las condiciones de la recuperación hasta que las autoridades de este Estado adopten una decisión al respecto. De nuevo es más contundente, a la par que correcta, la respuesta del Abogado General: el Derecho europeo no obliga a la restitución de esta nacionalidad, salvo que, como hemos mencionado *supra*, Austria considere que los efectos retroactivos de la revocación alemana implican que el interesado nunca tuvo esta nacionalidad y, por ello nunca, perdió la nacionalidad austriaca. Aunque desconocemos su situación familiar, Rottmann, parece avocado a recurrir a instituciones de Derecho de familia para salvar al menos su derecho a libre circulación por reagrupación familiar, evidente en el caso de que tuviera hijos y que éstos tuvieran y conservaran la nacionalidad austriaca.

Pilar RODRÍGUEZ MATEOS

Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo

PERSONA Y ESTADO CIVIL

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA EL CONOCIMIENTO DE DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO

2010/83.– Audiencia Provincial de Soria, Sección Primera, Auto nº 67/2010, de 15 de diciembre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Belén Pérez-Flecha Díaz. AC\2011\221.

Declaración de fallecimiento.– Competencia judicial internacional de los jueces españoles– estimación.– Último lugar conocido en que la difunta residió: Soria.– Persona que emigró a Argentina.– Desconocimiento del domicilio concreto que pudiera tener en Argentina.– Competencia de los juzgados de primera instancia de la ciudad de Soria.

Normas aplicadas: Art. 22.3º LOPJ.

[...] La cuestión objeto de recurso se centra por tanto, en la competencia o no de los Juzgados y Tribunales de Soria, para conocer de la declaración de fallecimiento instada. A los efectos de resolver la cuestión objeto de recurso, es preciso partir de los siguientes datos fácticos que se recogen en la misma: –Que Dª Celia, nacida en Soria el día 4 de febrero de 1912, vivió en La Seca (Quintana Redonda) hasta aproximadamente el año 1955, en que al parecer emigró a Argentina. Manifiesta el apelante que aquel es el último lugar de residencia y el último domicilio conocidos en territorio español. [...]

Así pues, para determinar la competencia territorial entre los juzgados de primera instancia es preciso acudir al último lugar en que el ausente, dentro del territorio español, hubiera residido durante un año o, en su defecto, el del último domicilio. En el supuesto de autos, según las alegaciones del instante y de lo que resulta de la documentación aportada con la solicitud, el último lugar conocido en que Dª Celia residió en España, así como su último domicilio en territorio español, fue Soria. Por lo que, en principio, los órganos judiciales competentes para conocer del asunto son los juzgados de primera instancia de la ciudad de Soria.

Tal conclusión presupone la competencia de los tribunales españoles para la declaración de ausencia. No obstante, conviene recordar que el art. 36.1º LEC de 2000 establece que “la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte y que el art. 22.3º LOPJ dispone que en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes “en materia de declaración de ausencia o fallecimiento, cuando el desaparecido hubiere tenido su último domicilio en territorio español”.

En el presente caso, Dª Celia tenía su último domicilio conocido en La Seca (Quintana Redonda), provincia de Soria, y puesto que se desconoce el domicilio concreto que pudiera tener en Argentina, en la fecha de sus últimas noticias en 1958, o incluso si posteriormente se marchó de tal país, resulta clara la competencia de los Juzgados españoles al respecto, al ser Quintana Redonda el último domicilio conocido de Dª Celia.

Una vez más, debemos recordar la existencia del principio pro actione que debe regir en estos casos, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional con reiteración. Citaremos a tal efecto la STC 21 de enero de 2008 [...].

El recurso, en consecuencia, debe ser estimado.

**CONFORMIDAD CON DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA LEY AUSTRIACA
SOBRE LA ABOLICIÓN DE LA NOBLEZA**

2010/84.— Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 22 de diciembre de 2010. Asunto C—208/09. Ponente: A. Rosas.

Ciudadanía de la Unión.— Libertad de circular y residir en los Estados miembros.— Ley de rango constitucional de un Estado miembro que abole la nobleza en dicho Estado.— Apellido de una persona mayor de edad, nacional del citado Estado, obtenido por adopción en otro Estado miembro, en el que reside.— Título nobiliario y partícula nobiliaria que forman parte del apellido.— Inscripción por las autoridades del primer Estado miembro en el registro civil.— Rectificación de oficio de la inscripción.— Eliminación del título nobiliario y de la partícula nobiliaria.

Normas aplicadas: Art. 21 TFUE.

[...] Sobre la existencia de una restricción a la libertad de circulación y de residencia de los ciudadanos de la Unión

[...] cada vez que la demandante en el litigio principal, provista de un pasaporte a nombre de Sayn-Wittgenstein, deba acreditar su identidad o su apellido en Alemania, su Estado de residencia, corre el riesgo de tener que disipar las sospechas de falsedad creadas por la divergencia entre el apellido, rectificado, que figura en sus documentos de identidad austriacos y el apellido que ha utilizado desde hace quince años en la vida cotidiana, que ha sido reconocido en Austria hasta la rectificación en cuestión y se indica en los documentos elaborados a su respecto en Alemania, como su permiso de conducción.

69. El TJ ya ha declarado que, cada vez que el apellido utilizado en una situación concreta no coincide con el que figura en el documento presentado como prueba de la identidad de una persona o cuando el apellido que figure en dos documentos presentados conjuntamente no sea el mismo, esa divergencia de apellidos puede generar dudas sobre la identidad de esa persona, así como sobre la autenticidad de los documentos presentados o la veracidad de los datos contenidos en éstos (sentencia Grunkin y Paul, antes citada, ap. 28).

70. Aun cuando dicho riesgo puede no ser tan grave como los serios inconvenientes que pueden temerse para el menor de que se trataba en el asunto que dio lugar a la sentencia Grunkin y Paul, antes citada, el riesgo concreto, en circunstancias como las del litigio principal, de tener, debido a la diversidad de apellidos, que disipar dudas sobre su identidad constituye una circunstancia que puede obstaculizar el ejercicio del derecho que se deriva del art. 21 TFUE.

71. Por consiguiente, la negativa, por las autoridades de un Estado miembro, a reconocer, en todos sus elementos, el apellido de un nacional de dicho Estado, tal como ha sido determinado en un segundo Estado miembro, en el que reside el citado nacional, e inscrito durante quince años en el registro civil del primer Estado miembro, constituye una restricción a las libertades reconocidas por el art. 21 TFUE a todo ciudadano de la Unión.

Sobre la existencia de una justificación para la restricción de la libertad de circulación y de residencia de los ciudadanos de la Unión

[...] 93. En el presente caso, debe señalarse que no parece desproporcionado que un Estado miembro pretenda garantizar la consecución del objetivo de preservar el principio de igualdad prohibiendo la adquisición, la posesión o el uso por sus ciudadanos de títulos nobiliarios o de elementos nobiliarios que pudieran hacer creer que la persona que los utiliza ostenta tal honor. Negándose a reconocer los elementos nobiliarios de un apellido como el de la demandante en el litigio principal, las autoridades austriacas competentes en materia del estado civil no parecen ir más allá de lo que es necesario para garantizar la consecución del objetivo constitucional fundamental que persiguen.

94. En estas condiciones, la negativa, por las autoridades de un Estado miembro, a reconocer, en todos sus elementos, el apellido de un nacional de dicho Estado, tal como ha sido determinado en un segundo Estado miembro, en el que reside el citado nacional, en el momento de su adopción en edad adulta por un nacional de ese segundo Estado miembro, porque dicho apellido incluye un título nobiliario no permitido en el primer Estado miembro con arreglo a su Derecho constitucional, no puede considerarse una medida que menoscaba de manera injustificada la libre circulación y la libre residencia de los ciudadanos de la Unión.

95. Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que el art. 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que las autoridades de un Estado miembro, en circunstancias como las del litigio principal puedan negarse a reconocer en todos sus elementos el apellido de un nacional de dicho Estado, tal como ha sido determinado en un segundo Estado miembro, en el que reside el citado nacional, en el momento de su adopción en edad adulta por un nacional de ese segundo Estado miembro, porque dicho apellido incluye un título nobiliario no permitido en el primer Estado miembro con arreglo a su Derecho constitucional, siempre que las medidas adoptadas por dichas autoridades en este contexto estén justificadas por motivos de orden público, es decir, que sean necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido.

[ILONKA SAYN-WITTGENSTEIN Y LANDESHAUPTMANN VON WIEN]

NOTA

1. Ya han sido diversas las ocasiones en las que el TJUE ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad de los Derechos de los Estados miembros sobre atribución o cambio de nombre y apellidos con el Derecho de la Unión (STJCE 30 de marzo de 1993, as. C-168/91: *Kostantinidis*; SSTJCE 2 de octubre de 2003, as. C-148/02: *García Avello*; y 14 de octubre de 2008, as. C-353/06: *Grunkin-Paul*). Esta jurisprudencia se mueve siempre entre el respeto a la competencia de los Estados miembros en esta materia y el necesario control del ejercicio de dicha competencia desde la perspectiva del Derecho de la Unión, particularmente en relación con el régimen de libre circulación de personas. Ésta también es la perspectiva presente en el asunto *Sayn-Wittgenstein*. La cuestión principal se plantea en este caso en los siguientes términos: la demandante en el litigio principal, nacional austriaca y residente en Alemania es adoptada en este país por un nacional alemán; en un auto complementario de 24 de enero de 1992, el *Kreisgericht Worbis* alemán precisó que, como consecuencia de la adopción, había adquirido el apellido de su padre adoptivo con la forma “Fürstin von Sayn-Wittgenstein”, resolución que sirvió de base a la inscripción realizada en registro civil austriaco. Posteriormente, el Tribunal Constitucional austriaco dictó una sentencia, sobre la base de la Ley de la abolición de la nobleza, según la cual ningún ciudadano austriaco podía tener incluido en su apellido ninguna referencia a títulos nobiliarios, aunque fueran de origen extranjero, lo que sirvió de base para entender, en un escrito comunicado a la interesada el 5 de abril de 2007, que la partida de nacimiento de la demandante era incorrecto y debía corregirse por el de “Sayn-Wittgenstein”. A ello se opone la interesada alegando, entre otras cuestiones, que ello generaría un obstáculo a la libre circulación. Éste es el aspecto objeto de la cuestión prejudicial. Planteada la cuestión sobre la compatibilidad de la decisión de las autoridades austriacas con el Derecho de la Unión, considera el TJUE que, si bien efectivamente la decisión sobre la modificación del apellido ha de entenderse contraria a los derechos de libre circulación y residencia recogidos en el art. 21 TFUE, cabe entender que en este caso tal obstáculo quedaría justificado por la aplicación del orden público austriaco. Sobre ambos aspectos versará este comentario.

2. A la luz de los precedentes del TJUE en materia de nombre y apellidos, puede constatar que las respuestas hasta ahora dadas están en el camino del reconocimiento mutuo del nombre “legalmente adquirido” en un Estado miembro en el resto de los Estados miembros, cuando su titular ha ejercido o es susceptible de ejercer su derecho a la libre circulación y residencia. Con ello, respetando la diversidad de concepciones y competencias propias de cada Derecho estatal en la materia, se obliga a las autoridades de los Estados miembros a admitir el régimen del nombre y apellidos “legalmente atribuidos” conforme

a la ley de otro Estado miembro. Así claramente ocurría en el caso *García Avello*, en el que el padre invocaba, frente a las autoridades belgas, un cambio en los apellidos de sus hijos para adaptarlos al régimen del Derecho español, correspondiente a la otra nacionalidad que éstos ostentaban. Del mismo modo ocurría en el asunto *Grunkin*, en el que se pretendía el reconocimiento por el encargado del Registro civil alemán de los apellidos conferidos, conforme al Derecho danés, a un niño alemán, nacido y residente en Dinamarca. En ambos casos, los niños estaban inscritos en los Registros civiles de dos Estados miembros con apellidos diferentes, determinados conforme a los respectivos ordenamientos jurídicos, y con el rechazo por parte de las autoridades de un Estado miembro (las belgas, en el caso *García Avello*, y las alemanas, en el caso *Grunkin*) a reconocer la forma de apellidos determinada conforme al Derecho de otro Estado miembro (la ley española, en el caso *García Avello*, y la ley danesa, en el caso *Grunkin*). Ante tales hechos, y dados los “graves inconvenientes” que semejante situación podría ocasionar para la vida profesional y personal de los interesados, consideró el Tribunal de Justicia que la denegación de reconocimiento de la forma de apellido “legalmente adquirido” en otro Estado miembro constituía un obstáculo a la libre circulación de personas. En todo caso, al margen de cuál haya sido en cada caso el Derecho aplicable, el presupuesto del que se parte es el de la efectiva adquisición en un Estado miembro de un nombre o apellidos que pretenden hacerse valer en otro Estado miembro. Sobre esta base se asientan, para el sistema español, las Instrucciones DGRN 23 de mayo de 2007, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español (BOE, 4-VII-2007) y de 24 de febrero de 2010, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros civiles de otros países miembros de la Unión (BOE, 10-III-2010).

De estos dos casos se deriva otro resultado que conviene resaltar. Aunque el objetivo de la referida doctrina jurisprudencial no ha sido el establecimiento de reglas, ni materiales ni conflictuales, sobre el régimen de los apellidos de los ciudadanos de la Unión lo cierto es que la consecuencia más clara a la que las dos Sentencias citadas nos conduce es a una libertad de elección por parte de los interesados del nombre y apellidos que desee llevar, pudiendo optar por aquella forma, admitida por alguno de los Estados miembros conectados, que les resulte más conveniente (*vid.* esta idea ya apuntada por S. Álvarez González, “Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho comunitario”, *Diario La Ley*, año XXIV, nº 5876, de 22 de octubre de 2003, p. 3). De este modo, las Sentencias *García Avello* y *Grunkin-Paul* obligan al “reconocimiento” de los apellidos adquiridos conforme a otro Derecho estatal pero dejan en manos del interesado fijar el sistema por el que opta, sin atender a criterios objetivos y predeterminados para identificar el Estado de origen (tales como el de la prioridad apuntado por A. Lara Aguado, “El impulso de la ciudadanía de la Unión Europea al reconocimiento intracomunitario de actos de estado civil”, *La Ley: Unión Europea*, nº 7104, de 30 de enero de 2009, www.laley.es, p. 11). Así, el Estado de origen puede corresponder al Estado de una de las nacionalidades del interesado, como ocurrió en el caso *García Avello*, o puede corresponder al Estado de su nacimiento y residencia, como ocurrió en el asunto *Grunkin*. Lo interesante es que en ambos supuestos el problema perfectamente podía haberse planteado a la inversa; esto es, que los padres hubieran solicitado la inscripción en el Registro español de los apellidos determinados conforme a la ley belga ó que se hubiera solicitado la inscripción en el Registro civil danés de los apellidos determinados conforme al Derecho alemán.

3. El asunto *Sayn-Wittgenstein* lleva esa autonomía de la voluntad de los interesados un paso más allá: lo que pretende la reclamante es legitimar, amparándose en la libre circulación de personas, lo que se ha considerado un error del *Kreisgericht Worbis* alemán en la determinación de los apellidos como consecuencia de la adopción. Varios datos permiten apreciar una diferencia de planteamiento en este caso respecto a la jurisprudencia anterior: el primero, es que la interesada no figuraba inscrita en ningún Registro civil alemán, sino que el apellido que pretende mantener constaba en una resolución que, con carácter complementario, había sido dictada por la autoridad que constituyó la adopción en Alemania; el segundo, es que, conforme a lo que el propio Gobierno alemán manifiesta ante el TJ, la determinación de los apellidos en un supuesto como el planteado debía hacerse conforme al Derecho austriaco (ap. 57 de la Sentencia); el tercero, que la resolución dictada por *Kreisgericht Worbis* fue reconocida, en su momento, en Austria y, de hecho, fue el título que sirvió de base para la inscripción en el Registro civil

austriaco del apellido “Fürstin von Sayn-Wittgenstein”. De todo ello se derivaría que sólo la inscripción registral austriaca constituye el verdadero medio de prueba de la identidad de la interesada. La resolución alemana asumiría un carácter meramente instrumental y habría agotado sus efectos con aquella inscripción, sin que pueda considerarse un medio probatorio equiparable a la inscripción registral. Por este motivo, la identificación de una interpretación y aplicación incorrectas del Derecho austriaco, tanto por las autoridades alemanas como por las austriacas, no es un aspecto menor a pesar de haber sido minimizado en las Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, y de la Sentencia. En este contexto, no quedaría acreditado que el cambio de apellidos realizado por la autoridad austriaca significara un obstáculo a la libre circulación de personas, dada la teórica identidad de soluciones entre los sistemas jurídicos en presencia para la determinación de los apellidos de un nacional austriaco adoptado por un nacional alemán. A partir de las propias pautas establecidas por el Gobierno alemán, lo cierto es que el DIPr de ambos Estados establecería la ley nacional como Derecho aplicable a los apellidos y, por tanto, la forma de apellidos debería ser determinada conforme a la ley austriaca y ninguna divergencia o conflicto de identidades debería suscitarse en el futuro, dado que toda la documentación oficial que se expidiera en Alemania se haría ya sobre la base de la identidad reflejada en el Registro del Estado de su nacionalidad (esto es, Austria).

Tampoco puede afirmarse que el ejercicio previo, por la interesada, de su derecho a la libre circulación sea la causa de la divergencia de apellidos y de la necesidad de su modificación. Si el origen del problema se sitúa en un error de interpretación de la ley nacional aplicable, el hecho de la residencia de la interesada en Alemania sería un aspecto circunstancial, y no relevante, dado que el mismo problema podría haberse planteado en el caso de la misma adopción por un nacional alemán constituida sobre una nacional austriaca, residente en Austria.

4. Lo anterior no supone obviar el hecho cierto de que la modificación de unos apellidos, utilizados durante quince años, puede ocasionar “graves inconvenientes” a la interesada en cuanto obliga a que tener adaptar su documentación oficial a la nueva identidad y a demostrar, en cada caso, la equivalencia entre la identidad anterior y la nueva. Incluso partiendo desde la propia perspectiva adoptada por el TJUE, es más que dudosa la conclusión de la rectificación instada por las autoridades austriacas suponga una restricción a la libertades reconocidas en el art. 21 TFUE, ya que supone establecer, en realidad, una regla sobre la inmutabilidad del nombre. Cualquier modificación de apellidos, impuesta tiempo después, constituiría un “grave inconveniente”. La regla sería, además, imprecisa, ya que sería necesario, fijar para cada caso el plazo de tiempo o el número y tipo de documentos a partir de los cuales cualquier cambio generaría un obstáculo a la libre circulación de personas. A ello debe añadirse que la configuración dada por la jurisprudencia a la regla de inmutabilidad dista de sustentarse sobre la base de criterios objetivos, configurándose como un instrumento adicional al servicio del interés privado del interesado. Así, se ha invocado la inmutabilidad para proteger al individuo como un límite a la imposición estatal de cambio de apellido, cuando existe oposición del interesado, considerándolo como una injerencia injustificada en su derecho a la vida privada y familiar en el sentido del art. 8 CEDH (STEDH 1 de julio de 2008, as. *Daroczy c. Hungría*) o como garantía de su derecho a la libre circulación (asunto *Sayn-Wittgenstein*). Sin embargo, la regla de la inmutabilidad se ha flexibilizado cuando es el propio interesado es que solicita el cambio (asunto *García Avello*, ap. 42).

El caso *Sayn-Wittgenstein* debe ser valorado en su adecuado contexto: primero, no es un inconveniente nuevo en la vida de la interesada, dado que los apellidos que ahora pretende mantener también resultaron de un cambio, consecuencia de su adopción como mayor de edad, respecto a los que venía utilizando hasta entonces; segundo, y más relevante para nuestro caso, los “graves inconvenientes” denunciados no son, como ya se ha dicho, consecuencia del ejercicio de la libre circulación de personas. Además, cabe presumir que el verdadero inconveniente que el cambio de apellidos produce para la interesada nada tiene que ver con los inconvenientes burocráticos alegados, sino con el valor profesional que para ella tiene la posibilidad de incluir en su apellido un título nobiliario dado el sector de la actividad en la que despliega sus servicios (la venta de castillos y casas solariegas). Este dato nos acercaría a la perspectiva de la Sentencia del TJ en el asunto *Kostantinidis*, pero, seguiría faltando, para apreciar un obstáculo a la libre circulación de personas o a la libertad de establecimiento, el presupuesto de la divergencia real

entre ordenamientos jurídicos en relación con el nombre y apellidos, subrayando nuevamente que el registro civil en el caso *Sayn-Wittgenstein* es único y no discutido.

5. No obstante, y siguiendo con la línea argumental del TJUE, calificado el cambio de apellidos impuesto como un obstáculo a la libre circulación de personas, procede determinar si tal obstáculo puede justificarse desde la perspectiva del orden público, posibilidad que ya había dejado abierta la Sentencia *Grunkin-Paul* (ap. 38) tal y como resalta M. Requejo Isidro en el comentario a la Sentencia, *REDI*, vol. LX, 20082, pp. 603 ss, esp. p. 605). Después de recordar que la concepción unilateralista del orden público no evita su control desde el Derecho de la Unión Europea, considera el TJUE que la finalidad de la Ley austriaca de abolición de la nobleza, en la medida en que su objetivo es garantizar la aplicación del principio de igualdad y que está vinculada a la identidad nacional del Estado, resulta plenamente compatible con el Derecho de la Unión. Evidentemente, no corresponde al Derecho de la Unión Europea pronunciarse sobre la pervivencia de la nobleza en el ámbito de los Estados miembros; su análisis resulta una cuestión meramente incidental cuando, como ocurre en el presente supuesto, se plantea en relación con el régimen de apellidos y, en esa medida, puede afectar a la libre circulación de personas. En esta clave, del Derecho de la Unión, sí cabría derivar una regla negativa de prohibición de discriminación en función del estatus social, considerando, por una parte, que la garantía de la igualdad constituye un principio general del Derecho europeo y, por otra parte, la prohibición expresa de discriminación establecida en el art. 20 Carta de los Derechos Fundamentales (*vid.* el ap. 89 de la Sentencia).

Sin embargo, no cabe derivar del Derecho de la Unión una regla positiva sobre el medio para garantizar dicha igualdad. Por ello, el TJUE tiene especial cuidado en no “universalizar” la solución austriaca y elevarla de orden público nacional a “orden público europeo” (*vid.* el ap. 91 de la Sentencia), porque ello significaría entender contrario al Derecho de la Unión el Derecho alemán que entiende el título nobiliario como elemento constitutivo del apellido con un valor meramente simbólico. De esta manera, el TJ puede afirmar la compatibilidad de la solución austriaca con el Derecho de la Unión sin condenar, al mismo tiempo, soluciones alternativas.

Esta perspectiva resulta especialmente interesante cuando se trata de valorar el sentido y alcance que los títulos nobiliarios pueden tener en el sistema jurídico actual de los Estados miembros. Siendo una cuestión claramente vinculada a la concepción jurídico-política de cada Estado, y partiendo en todo caso de la regla negativa de prohibición de discriminación, el Derecho de la Unión no tiene competencia para predeterminar una única solución en los Estados miembros en orden a suprimir o mantener dichos títulos en un régimen compatible con aquella prohibición. Recuérdese que precisamente fue el carácter simbólico el que sirvió de base a la STC 126/1997, de 3 de julio, en la que fue ponente J.D. González Campos, para afirmar la compatibilidad de la preferencia por el varón en la línea sucesoria de títulos nobiliarios con el art. 14 CE, aunque una reforma legislativa posterior (Ley 33/2006, de 30 de octubre, *BOE*, 31-X-2006) fijaría la igualdad entre sexos también en este ámbito.

Para el Derecho austriaco, la abolición de la nobleza tiene un carácter absoluto cuyo objetivo es eliminar, en relación con sus nacionales, cualquier vestigio, simbólico o no, de títulos nobiliarios austriacos o de origen extranjero. A ello debe añadirse que en este caso, como ya he indicado, cabe dudar del carácter meramente simbólico de mantener la referencia al título en el apellido, ya que, sin duda, el apellido defendido por la interesada le reporta una ventaja profesional en el sector en el que desarrolla sus actividades.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO

Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo

PROPIEDAD INTELECTUAL

RECIPROCIDAD REQUERIDA PARA LA EXPLOTACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

2010/85.— Juzgado de lo Mercantil nº 9, Sentencia de 8 marzo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Yáñez Evangelista. AC\2010\1314.

Propiedad intelectual: derechos de autor. – Derechos de explotación: procedencia. – AIE: única entidad de gestión en el ámbito de los artistas intérpretes o ejecutantes de piezas musicales. – Derecho irrenunciable y de gestión colectiva. – No es necesario acreditar y constatar que en el Estados Unidos se reconoce a los ciudadanos españoles este concreto derecho de remuneración. – Reciprocidad diplomática acreditada. – Ingresos netos de taquilla.

Normas aplicadas: Art.10.4º Cc; arts. 163, 164 y 165 LPI

[...] Pero es que en este caso el debate carece de sentido si tenemos en cuenta que AIE, es la única entidad de gestión en el ámbito de los artistas intérpretes o ejecutantes de piezas musicales, y que por otro lado el derecho ahora estudiado, es irrenunciable y de gestión colectiva, lo que implica que al menos en este caso el repertorio de la actora, está compuesto por todos los artistas protegidos en España por mor del art. 164 LPI, hayan o no suscrito contrato de gestión con AIE, pues sólo la entidad de gestión podría reclamar los derechos de los mismos a percibir la remuneración ahora tratada que además es irrenunciable.

Ello nos enlaza directamente con la segunda de las cuestiones suscitadas esto es el ámbito de aplicación del TRLPI en relación a los artistas extranjeros y más concretamente nacionales de Estados Unidos.

En relación al ámbito subjetivo de aplicación del TRLPI, hemos de estar respecto de los artistas intérpretes o ejecutantes que no sean españoles o procedentes de países integrantes de la Unión Europea a los criterios de conexión fijados en el art. 164.2º y 3º, debiendo en este caso centrarnos en el ap. 3 del citado precepto y más concretamente en el alcance que haya de dársele a la regla de reciprocidad. El régimen general de reciprocidad, regulado en los arts. 163.3º, in fine, en el 164.3º in fine, y en el 165.2º in fine LPI, operará, por tanto, respecto de aquellos supuestos en los que la protección se reclame por un extranjero que no quede amparado por el régimen convencional ni se pueda incluir en alguna de las restantes situaciones reguladas en el art. 164. La principal cuestión que se nos plantea es la referida a la clase de reciprocidad requerida, estos sí se trata de formal o material-. La primera implica que el test de reciprocidad será satisfecho simplemente con que en el país extranjero no se produjera una diferencia de trato entre sus nacionales y los españoles. Por el contrario, la reciprocidad material va más lejos y exige que en el país extranjero se reconozcan a los españoles derechos semejantes a los que nuestra legislación les reconoce. Siguiendo en este Punto a los profesores Heredia Cervantes y Amores Conradi en los Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual, coordinados por el profesor Bercovitz, hemos de decantarnos por una reciprocidad formal y ello en base a los siguientes argumentos: a) La redacción de la LPI, por cuanto existe una notable diferencia en el tenor literal de estos preceptos y aquellos que recogen supuestos especiales de reciprocidad material –los arts. 163.1º 1 b) y 165.1º b)– y los arts. 163.3º in fine, 164.3º in fine, y 165.2º in fine, teniendo en cuenta en este punto el tenor literal del art. 164.3º TRLPI que equipara a los extranjeros desvinculados con España a los españoles “cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo y no se hace depender esa equiparación de que la protección de los autores españoles en el otro país sea equivalente a la dada en España, b) El entendimiento formal o general de la reciprocidad que recogen los arts. 163.3º, 164.3º y 165.2º LPI nos parece el único coherente con la eventual función que la regla de reciprocidad puede cumplir en nuestro Derecho, incluso el único posible dado su carácter de regla restrictiva y del todo excepcional c) la justificación de las reglas de reciprocidad en Derecho privado no es otra que la de ser instrumento eventual para producir cooperación, en una lectura más bien angélica que encubre una

elemental función de retorsión: se penaliza a los particulares por el comportamiento de sus Estados, un particular ve frustrada o reducida la tutela de sus derechos por algo tan ajeno a su esfera de control como el comportamiento de su Estado. Pues bien, todo lo anterior tiene una consecuencia muy evidente: una técnica como la reciprocidad sólo tiene cabida en un Estado de Derecho si se utiliza como una herramienta destinada a “producir” cooperación internacional. La reciprocidad “no cooperativa”, aquélla en la que cada uno de los Estados aguarda a que el otro de “el primer paso”, de ningún modo legitima la restricción de los derechos que sufren los particulares d) Sólo una interpretación formal de la reciprocidad recogida en el art. 164, se muestra coherente con la regla general del art. 10.4º Cc. Pues la tesis material o especial de la reciprocidad viene a negar por completo la regla general del art. 10.4º pues viene a decir, en contra de la literalidad del precepto y de la totalidad de la doctrina existente, que los derechos de PI no se protegerán en y para España conforme a la Ley material española sino conforme al ordenamiento material del Estado de nacionalidad del extranjero.

[...] Es lo cierto que existen titulares de terceros países, que no quedarían protegidos en territorio español, siquiera por aplicación del principio de reciprocidad e igualmente es admisible a efectos hipotéticos que la ejecución musical dejase de estar protegida por aplicación del art. 112 TRLPI. Sea como fuere lo cierto es de forma apriorística y en términos absolutos, lo cierto es que las tarifas generales manejadas por la Entidad actora, puede pecar de falta de equidad al prever en todo y sin distinción o discriminación alguna un porcentaje de los ingresos netos de taquilla de toda obra audiovisual que se reproduzca en las salas de exhibición. Bien es cierto que se puede argumentar, que una vez solventado la cuestión relativa a la protección de los artistas americanos, la incidencia en la ‘determinación de la tarifa equitativa de los supuestos planteados es mínima y totalmente marginal, sin embargo es igualmente cierto que no por ser residual en términos económicos y cuantitativos, deja de resultar exponente de un enriquecimiento injusto para la entidad de gestión que atendiendo a la tarifa puede reclamar una renumeración equitativa por una obra no protegida en España. A lo anterior se debe añadir que a la vista del ámbito en que ahora debatimos, exhibición de obras audiovisuales en salas cinematográficas, no resulta en nada complejo atender a los extremos antes dichos, ni complica la gestión de los derechos, pues los títulos exhibidos en cada sala, normalmente inferiores a 30 o 35 son plenamente conocidos e identificables por la entidad de gestión y por los meros títulos de crédito se conoce las piezas musicales fijadas en el mismo, de modo tal que si bien en aras a una economía de gestión se puede partir de una presunción de obra protegida, se debería contemplar en la tarifa la posibilidad de excluir de la aplicación de la renumeración obras audiovisuales que no contengan fijaciones de obras musicales protegidas en España, lo que se podría hacer constar por la propia sala Exhibidora en la liquidación periódica que hubiera de practicar, de modo que si nada dice se aplicaría la liquidación sobre la totalidad de los ingresos netos de taquilla. [...]. Ello nos ha de llevar en primer término al examen de los parámetros fijados en las tarifas generales cuya aplicación se pretende por AIE y de estimar adecuados los mismos simplemente debería introducirse las salvedades derivadas del razonamiento expuesto en líneas anteriores.[...]

Conclusión de expuesto en los fundamentos anteriores es la necesidad de fijarse en este litigio una retribución que responda a la exigencia de los arts. 108.5º del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, remuneración que habrá de fijarse conforme a las tarifas generales de AIE, comunicadas al Ministerio de Cultura, si bien introduciendo en la misma el elemento corrector que resulta de lo expuesto en el fundamento tercero de esta sentencia. Esto es la renumeración a satisfacer a la entidad de gestión por el demandado, al amparo del art. 108.5º, se corresponderá con el 0,26% de los ingresos netos de taquilla, de cada una de las obras audiovisuales exhibidas por el demandado, siempre que en esa obra se incluya una ejecución o interpretación musical protegida en España de conformidad con el art. 164 y 112 LPL, si bien partiendo como situación normal que nos encontramos ante una interpretación musical protegida en España, correspondiendo al obligado al pago alegar lo contrario respecto de la concreta obra en el que aparezca una fijación de obra musical no protegida. Todo lo anterior se llevará a efecto en trámite de ejecución de sentencia, teniendo las presentes consideraciones el carácter de base a los efectos del art. 219 LEC.

**LEGISLACIÓN NACIONAL QUE MANTIENE EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN
DURANTE UN PERÍODO DE 70 AÑOS TRAS EL AÑO DEL FALLECIMIENTO
ÚNICAMENTE A FAVOR DE LOS HEREDEROS**

2010/86.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 15 de abril de 2010. Asunto C-518/08.
Ponente: J. Malenovský.

Propiedad intelectual.– Derechos de autor y derechos afines.– Derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.– Directiva 2001/84/CE.– Beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor de la obra.– Concepto de “causahabientes”.– Compatibilidad con la Directiva 2001/84.

Normas aplicadas: Arts. 6, ap. 1, y 8, aps. 2 y 3 Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

[...] a la luz de los objetivos perseguidos por la Directiva 2001/84, los Estados miembros disponen de libertad de elección legislativa para determinar las categorías de personas que pueden disfrutar del derecho de participación tras el fallecimiento del autor de una obra de arte.

34. No obstante, nada de lo dispuesto por la Directiva 2001/84 permite considerar que el legislador de la Unión haya querido excluir la aplicación de las reglas que rigen la coordinación entre los diferentes Derechos internos en materia sucesoria, en particular las que forman parte del Derecho internacional privado y están destinadas a resolver un conflicto de leyes como el planteado en el litigio principal.

35. De ello se sigue que, a los efectos de la aplicación de la disposición nacional que adapta el Derecho interno al art. 6, ap. 1, de la Directiva 2001/84, incumbe al tribunal remitente tener debidamente en cuenta todas las reglas pertinentes dirigidas a resolver los conflictos de leyes en materia de atribución sucesoria del derecho de participación.

36. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión planteada que el art. 6, ap. 1, de la Directiva 2001/84 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición de Derecho interno, como la controvertida en el litigio principal, que reserva el beneficio del derecho de participación únicamente a los herederos forzosos del artista, con exclusión de los legatarios testamentarios. No obstante, a los efectos de la aplicación de la disposición nacional que adapta el Derecho interno al art. 6, ap. 1, de la Directiva 2001/84, incumbe al tribunal remitente tener debidamente en cuenta todas las reglas pertinentes dirigidas a resolver los conflictos de leyes en materia de atribución sucesoria del derecho de participación. [...]

[FUNDACIÓN GALA–SALVADOR DALÍ, VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN DE ARTISTAS PLÁSTICOS (VEGAP) Y SOCIÉTÉ DES AUTEURS DANS LES ARTS GRAPHIQUES ET PLASTIQUES (ADAGP)]

**SOLICITUD POR EL PRIMITIVO TITULAR REGISTRAL DE LA MARCA HAVANA
CLUB DE LA NULIDAD DE LOS REGISTROS POSTERIORES A RAIZ DE SU APRO-
PIACIÓN POR EL ESTADO CUBANO**

2010/87.– Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 747/2010, de 30 de diciembre de 2010. Ponente: Excmo Sr. José ramón Ferrándiz Gabriel. JUR\2011\46320.

Propiedad industrial: marcas. – Acción de nulidad. – Marca a favor del Estado de Cuba. – Efectos de las nacionalizaciones. – Leyes extranjeras contrarias al orden público.

Normas aplicadas: Art.12. 3º Cc.

[...] Sostienen los demandantes que la mencionada mutación subjetiva tabular fue inválida en términos absolutos, al tener su causa en una confiscación, efectuada en Cuba, pero contraria al orden

público español, por no haberse seguido un procedimiento con garantías ni abonado indemnización alguna a las personas expropiadas.

El referido planteamiento exige acudir a las reglas de Derecho internacional privado y, en particular, a la que niega eficacia en España a una ley extranjera contraria al orden público –arts. 12, ap. 3 Cc– y, por ende, a los actos realizados en aplicación de la misma.

(2º) Por repercusión, la declaración de nulidad de los asientos causados por las transmisiones sucesivamente efectuadas, también de conformidad con la legislación cubana, por el Estado expropiante a favor de Empresa Exportadora de Alimentos y Productos Varios (Cubaexport) y, sucesivamente, de las demás demandadas –letras (a) y (b) del suplico de la demanda–.

No impugnan los demandantes, por tanto, un único asiento registral –el practicado, como consecuencia de la expropiación, a favor del Estado cubano– sino cuatro, de los cuales los tres últimos, a la vista de lo alegado, sólo pueden resultar carentes de validez por repercusión, esto es, en el caso de ser declarado nulo el primero.

Y (3º) el restablecimiento de la situación registral existente antes de la expropiación, si bien no en sus mismos términos, sino en otros modificados como consecuencia de los negocios jurídicos traslativos que efectuaron, sobre el mismo signo y fuera del registro, en el año mil novecientos noventa y siete, José Arechabala, SA y su primera causahabiente, José Arechabala International Limited [...].

Ello sentado, al sancionar el art. 12, ap. 3º, Cc el efecto negativo del orden público –dispone que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria a él–, no es de extrañar que el Tribunal Supremo haya aplicado dicha cláusula defensiva para negar eficacia en España a actos o normas por las que, por medio de expropiaciones, socializaciones o nacionalizaciones, otros Estados han llegado a la privación de la propiedad privada sin cumplir las garantías esenciales, exigibles según nuestro ordenamiento. Así, en la sentencia de 25 de septiembre 1992, declaró que [...]

Es, sin embargo, evidente que, al margen de las intencionalidades, esa fue la consecuencia directa de cómo se aplicó dicha Ley. Y no sólo en Cuba.

En efecto, el Estado cubano, entendiendo que, como consecuencia de la aplicación de la repetida Ley, había logrado que fuera su voluntad singular –no la suma de la de los socios– la de José Arechabala, S.A., decidió que esta sociedad transmitiera, en su país y conforme a la legislación en él aplicable, la marca española nº 99.789 a Empresa Cubana Exportadora de Alimentos y Productos Varios (Cubaexport), la cual consiguió, seguidamente, en España, que el registro de la propiedad industrial publicara ambas titularidades sucesivas, ahora en aplicación de la legislación española relativa a la transmisión de las marcas, a la forma de acreditarla y a la publicidad registral de los cambios de titularidad sobre aquellas.

Con la referida actuación, el Estado cubano consiguió, no sólo que José Arechabala, SA dejase de ser titular registral de una marca sometida a la legislación española, sino, también, que los socios, titulares de las acciones en que se dividía el capital social, fueran privados de la titularidad sobre las mismas y, al fin, de los derechos políticos y económicos que, como tales, les correspondían.

Y ello lo hizo desconociendo, de modo efectivo, el derecho que una y otros tenían, cuanto menos, al equivalente económico de los bienes y derechos legítimos de los que fueron privados, sólo reconocido en el plano de las afirmaciones formales, contenidas en las normas que se mencionan en el quinto fundamento de derecho, o en convenios con otros Estados, en todo caso, sin constancia –que hay que poner procesalmente a cargo de las demandadas– de una repercusión de esas normas que fuera favorable, en medida razonable, a los titulares de los derechos expropiados.[...].

La excepción de orden público –art. 12, ap. 3 Cc– nos impone extraer consecuencias, negativas, de la incompatibilidad del acto causante de la mutación subjetiva producida en el registro español con los valores sustanciales de nuestro sistema jurídico, imperantes en la materia, a los que nos hemos referido. Del mismo modo que la naturaleza no abstracta que, según el ordenamiento español, hay que atribuir a los cambios de titularidad operados sobre los bienes, justifica que la mencionada ilicitud de la causa repercuta en la invalidez absoluta del primero de los asientos registrales causados.

Conforme a ello, la adquisición de la marca nº 99.789 por el Estado de Cuba, pese a estar regulada por el ordenamiento de dicho país, no pudo constituir causa lícita apta para provocar, en el registro de

la propiedad industrial español, la válida cancelación del asiento que proclamaba la titularidad sobre dicho bien inmaterial a favor de José Arechabala, SA o, con otras palabras, el correlativo cambio de titularidad registral impugnado en la demanda.

Además, el vicio absoluto y originario de dicho asiento se propagó a los sucesivamente practicados a favor de las causahabientes demandadas, por cuanto, no obstante ser todos ellos consecuencia de actos jurídicos también sujetos al Derecho cubano, resultaron inválidos por la interrupción del tracto sucesivo que impera en nuestro sistema registral –pues los respectivos enajenantes no habrían transmitido el dominio registrado–, como repercusión de la nulidad del primero de los asientos impugnados.

[JOSÉ ARECHABALA, S.A./ REPÚBLICA DE CUBA, EMPRESA EXPORTADORA DE ALIMENTOS Y PRODUCTOS VARIOS (CUBAEXPORT), HAVANA RUM & LIQUORS, S.A. Y HAVANA CLUB HOLDING, S.A.]

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EXTRANJERAS

RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL CONTRA AUTO RECAÍDO EN PROCEDIMIENTO DE EXECUÁTUR

2010/88. – Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Auto de 16 de febrero de 2010.
Ponente: Excm. Sra. Encarnación Roca Trías. JUR\2010\66629.

Execuátur.– Recurso de casación por interés casacional.– Inadmisión por fundamentar la interposición en infracciones legales diferentes a las indicadas en la preparación .– Inexistencia de interés casacional.

Normas aplicadas: Arts. 34, 35, 53, 54, y 55 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...]El escrito de interposición se articula en un dos motivos: como primer motivo aduce la vulneración de los arts. 53, 54 y 55 del Reglamento nº 44/01, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; como segundo motivo alegaba la infracción del art. 34 del Reglamento 44/01, entendiendo que existe vulneración del derecho interno y más concretamente del “principio pars conditio creditorum”, ya que en el presente supuesto ante unas deudas contraídas en una misma fecha, unas quedan sujetas al procedimiento concursal español (suspensión de pagos), y otras deudas, las afectadas por la resolución dictada por el Tribunal Grande de Instancia de Estrasburgo, –objeto del presente procedimiento de ejecución de resolución extranjera–, quedan completamente al margen de dicho procedimiento.

2. En cuanto al primer motivo, el recurso de casación interpuesto incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2, en relación con los arts. 481.1º y 479.2º de la LEC 2000, por cuanto dicho motivo del escrito de interposición del recurso de casación, se fundamenta en unas infracciones legales diferentes a las indicadas en la preparación, habida cuenta que en el escrito de preparación se alegaba únicamente la infracción de los arts. 34 y 35 del Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, sin que ninguna mención se hiciera a los arts. 53, 54 y 55 del Reglamento nº 44/01, habiendo recaído ya numerosos Autos de esta Sala sobre la necesidad de indicar en el escrito de preparación la infracción legal a que se refiere el art. 479 LEC/2000, exigencia que resulta asimismo precisa para conocer la exacta pretensión impugnatoria, que debe quedar delimitada en la fase inicial del recurso, de modo que en la interposición del mismo se argumentará

sobre las vulneraciones normativas que se dejaron especificadas en el escrito preparatorio (o parte de ellas, pero no sobre otras), según se desprende del propio art. 481.1º LEC/2000, cuando se refiere a que “se expondrán ... sus fundamentos”, precepto que necesariamente ha de ponerse en relación con el reiterado art. 479, aps. 2, 3 y 4 LEC/2000 y que, en correcta técnica casacional, implica plantear al Tribunal Supremo cuestiones jurídicas sustantivas, de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos, pero siempre con referencia a las infracciones previamente invocadas en el escrito de preparación (nunca distintas), sin que la omisión de la cita de norma infringida en la preparación sea subsanable a través del escrito de interposición del recurso de casación, siendo ya un criterio reiterado de esta Sala que la constancia de los presupuestos de recurribilidad la debe ofrecer el recurrente al preparar el recurso, permitiendo al tribunal encargado de velar por su observancia comprobar su efectivo cumplimiento y decidir, en consecuencia, sobre la procedencia de la preparación; y como tales presupuestos que son no sólo deben concurrir, sino también se debe acreditar su concurrencia dentro del término que el legislador establece para ese trámite procesal, sin que, por lo tanto, su falta pueda ser subsanada con posterioridad, pues no se está ante un cumplimiento incompleto respecto del que la parte haya manifestado su voluntad —expresa o tácita— de cumplir los requisitos exigidos por la ley, sino ante la falta total de cumplimiento del presupuesto de expresar la infracción de normas sustantivas que abre la vía de recurso. Y si la doctrina constitucional enseña que los requisitos y presupuestos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino simples instrumentos para conseguir una finalidad legítima, de tal modo que es preciso ponderar la entidad real de los defectos apreciados en relación con la sanción que acarrea (cf. SSTC 172/95, 108/2000, 193/2000 y 79/2001, entre otras), también enseña que la subsanación no es incompatible con la obligación de cumplir con tales requisitos y presupuestos procesales, ni con la improrrogabilidad de los plazos procesales y el deber de cumplirlos (cf. SSTC 1/89, 311/85, 16/92, y 41/92, entre otras).

3. En relación con el segundo motivo, el recurso de casación interpuesto, incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2, 3º, inciso segundo, de la LEC/2000, de inexistencia de interés casacional.

A tales efectos cabe señalar que el “interés casacional”, debe ser objetivable, es decir, susceptible de ser constatado utilizando parámetros predominantemente objetivos que revelen con racional suficiencia la existencia de un conflicto jurídico real, al margen, claro está, de que la resolución que se pretende combatir por la vía casacional resulte desfavorable para el recurrente. Tales criterios o parámetros no son otros que aquellos que emplean los arts. 477.3º y 479.4º LEC/2000. [...].

En el presente supuesto la parte recurrente, reproduciendo nuevamente la cuestión objeto del proceso, y bajo el prisma de no aceptar los hechos debidamente acreditados por la Sentencia impugnada, incide en que existe vulneración del Derecho interno y más concretamente del principio *pars conditio creditorum*, ya que en el presente supuesto ante unas deudas contraídas en una misma fecha, unas quedan sujetas al procedimiento concursal español (suspensión de pagos), y otras deudas, las afectadas por la resolución dictada por el Tribunal Grande de Instancia de Estrasburgo, —objeto del presente procedimiento de ejecución de resolución extranjera—, quedan completamente al margen de dicho procedimiento.

Pues bien, partiendo de lo anterior, las distintas Sentencias citadas mantienen “la inaplicación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en materia de quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos”. Por lo que respecta al objeto litigioso en el presente procedimiento, lo planteado por la parte recurrente, no deja de constituir una cuestión estrictamente probatoria, ya que la Sentencia recurrida, en su FD IV, concluye sobre “la falta de acreditación en relación con la simultaneidad del procedimiento ante el Tribunal Grande Instance de Estrasburgo y del procedimiento de suspensión de pagos en España, que comportara el quebrantamiento de los principios configuradores orden público interno”. [...].

CONTRARIEDAD CON EL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL DE UN PRONUNCIAMIENTO QUE IMPONE UNA MEDIDA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN EL ORDEN CIVIL

2010/89.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, Auto nº 32/2010, de 15 de marzo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espá. AC\2010\1203.

Ejecución resolución tribunal alemán en procedimiento de medidas cautelares: denegación. – Violación de derechos de propiedad intelectual en página web. – Pronunciamiento subsidiario y alternativo de arresto. – Defectos del poder alprocurador: improcedencia. – incompetencia internacional del tribunal alemán para decidir sobre las medidas cautelares solicitadas, por desconocer el fuero general del domicilio del demandado: improcedencia. – Vulneración del orden público español al acordarse el arresto de la persona física demandada como medida de privación de libertad: procedencia.

Normas aplicadas: Arts. 2, 34, 35, 40, 43, 44 y 45.1º 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] La parte ejecutada formuló recurso de apelación, de acuerdo con la posibilidad impugnatoria que prevé el art. 43 del citado Reglamento comunitario, aduciendo los siguientes motivos.

Alega en primer lugar ciertos defectos en el poder a Procuradores según resulta de la copia de escritura de apoderamiento aportada con la demanda (por no constar en ella fecha, firma, nombre del Notario ni dación de fe de la capacidad del otorgante).

Se trata de una cuestión afectante a la representación procesal que, aparte de ser subsanable, no tiene cabida en el recurso a que se refiere el art. 43 del citado Reglamento y por ello no impide el reconocimiento o el otorgamiento de ejecutividad a la sentencia dictada por el tribunal de un Estado miembro. Debe recordarse que conforme al art. 45.1º del Reglamento, el tribunal que conociere del recurso previsto en los arts. 43 o 44 (que es el recurso interpuesto por la parte ejecutada y el que ahora se resuelve) sólo podrá desestimar o revocar el otorgamiento de la ejecución por uno de los motivos previstos en los arts. 34 y 35. No cabe, por tanto, invocar en este recurso para impedir el otorgamiento de la ejecución del título extranjero cuestiones como la alegada, que no afectan propiamente al reconocimiento de la ejecutividad del título, sino al procedimiento de ejecución propiamente dicho, que se rige por la ley nacional (art. 40 del Reglamento), sin perjuicio de que los defectos de apoderamiento puedan ser alegados en el curso de la ejecución.

En segundo término, se alega la incompetencia internacional del tribunal alemán para decidir sobre las medidas cautelares solicitadas, por desconocer el fuero general del domicilio del demandado que establece el art. 2 del Reglamento.

Conforme al art. 35 del Reglamento no se reconocerán las resoluciones si se hubiesen desconocido las disposiciones de las Secciones 3, 4 y 6 del Capítulo II. En este caso esas disposiciones especiales, establecidas en los arts. 8 a 14 (Sección 3, referidas a la competencia en materia de seguros), arts. 15 a 17 (Sección 4, competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores) y art. 22 (Sección 6, competencias exclusivas), no se han desconocido en el sentido de haberse vulnerado, ya que la materia objeto de la controversia no pertenece a esos ámbitos objetivos definidos en dichas Secciones del Capítulo II. Constatado esto no cabe una mayor fiscalización de la competencia del tribunal del Estado miembro de origen, de conformidad con lo que dispone el art. 35.3º del Reglamento.

Por último, alega el recurso que la resolución del tribunal alemán vulnera el orden público español ya que acuerda el arresto de la persona física demandada como medida de privación de libertad.

Las decisiones no se reconocerán, dice el 34.1º del Reglamento, “si el reconocimiento fuese manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido”. Hemos de aceptar en este extremo el motivo de oposición pues el ordenamiento jurídico español no tolera la imposición de una medida de privación de libertad en el orden jurisdiccional civil, ni siquiera por razón del

incumplimiento de una sentencia o resolución judicial que contiene una orden de hacer o de no hacer, sino, en su caso, las pertinentes indemnizaciones y multas coercitivas (arts. 706, 709 y 710), así como el apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. En este sentido, el otorgamiento de ejecutividad a un pronunciamiento que impone una medida de privación de libertad en el orden civil ha de estimarse que contraría el orden público español. Mas no por ello procede denegar la ejecutividad de la integridad del título ya que dicha medida no constituye el pronunciamiento principal de la resolución judicial alemana sino una medida correctiva subsidiaria (y alternativa a la multa económica) para el caso de incumplimiento de la orden de cesación, además de que la ejecución de la medida de arresto no ha sido instada por el solicitante. Bastará por tanto con dejar sin efecto el apercibimiento de arresto que contiene el auto apelado.

[SELLABAND AG / VEINTEGENARIOS S.L.]

DUPLICACIÓN DEL PROCESO DE EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA PRONUNCIADA EN FRANCIA

2010/90.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoprimer, Auto nº 62/2010, de 26 marzo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Félix Almazán Lafuente. JUR/2010/195040.

Sentencia francesa de condena de cantidad.– Ejecución en España.– Requisitos del art. 53 RB I.– Falta de indicación del carácter de ejecución provisional de la sentencia.– Solicitud de ejecución provisional ante el tribunal sentenciador.– Diferencia del alcance y requisitos de la ejecución provisional, según se llevara a cabo en el país de origen o en España.– Inadmisión.

Normas aplicadas: Arts. 38, 43 y 53 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] El Reglamento CEE 44/2001, relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en vigor desde el 1 de marzo de 2002, y que ha sustituido al Convenio de Bruselas y a los tratados bilaterales entre los Estados miembros Reglamento 44/2001, tiene como objetivo la “libre circulación de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” en el espacio europeo, y para ello considera indispensable la simplificación de los trámites “para un reconocimiento y una ejecución rápidos y simples de las resoluciones judiciales de los Estados miembros obligados” por dicho Reglamento. [...] Es pues patente que, conforme a todo ello hay que concluir que la ejecución requiere un previo examen de los requisitos del art. 53, lo que, necesariamente ha de comportar, que el solicitante de ejecución aporte todos los datos concurrentes en el proceso cuya ejecución se pide, entre ellos si nos hallamos ante una ejecución provisional o definitiva, esto es si la resolución es firme o ha sido recurrida.

En el supuesto enjuiciado concurren dos circunstancias que, a juicio de este Tribunal, son vitales para su resolución:

La primera, que en la demanda de ejecución no se hace mención alguna a que la sentencia dictada por el Tribunal de Comercio de Burdeos (Francia), el 17 de febrero de 2006 (...) recurrida por los demandados con anterioridad a dicho escrito, no indicándose que la ejecución es provisional, pese a que en el FD IV.2, se señala la obligación, conforme a la legislación francesa, de prestar aval, aportando como documento nº 9, referido aval que, además de recoger que se emite en garantía de la ejecución provisional de la sentencia, lo es por la cuantía señalada en el fallo de la propia sentencia, en el que textualmente se dice: “Ordena la ejecución provisional de la presente sentencia, sin perjuicio de la obligación de la sociedad Dal’Alu, S.A.S., con excepción de la suma indicada en el art. 700 del Nuevo Código de Procedimiento Civil, de constituir fianza válida por importe de 2.150.000 € (...)”.

La segunda, que Dal’Alu, S.A.S. no solo ha solicitado la ejecución ante el Tribunal español, sino

que, al propio tiempo, instó la ejecución provisional ante el Tribunal sentenciador, trámite en el que se limitó el alcance de dicha ejecución provisional, abonando la ejecutada, la cantidad al efecto establecida.

Siendo cierto que el Reglamento (CE) nº 44/2001, traslada el debate fundamental sobre la procedencia de la ejecución al recurso establecido en su art. 43, es evidente que el Tribunal ante el que se solicita la ejecución, debe llevar a cabo un previo examen de los requisitos del art. 53, lo que, necesariamente ha de comportar que el solicitante de ejecución aporte todos los datos concurrentes en el proceso cuya ejecución se pide, lo que no ha ocurrido en el presente caso, en el que, consciente o inconscientemente, se ha omitido en el escrito inicial cualquier dato referente a la ejecución provisional, omisión que a nuestro juicio es relevante pues, cuando menos, es una cuestión discutible la procedencia de la ejecución provisional de las sentencias extranjeras, a la vista de lo dispuesto en el art. 525.2º LEC, precepto que sienta, como regla general, la inejecución provisional de estas sentencias, salvo que “expresamente” se disponga lo contrario en los tratados internacionales vigentes en España, declaración expresa que no consta en el Reglamento (CE) nº 44/2001, a no ser que se considere como tal la falta de referencia a la firmeza de las resoluciones cuya ejecución se regula, falta de firmeza que, en cualquier caso, conforme establece el art. 46, puede condicionar definitivamente la ejecución, cuando el recurso contra la resolución ejecutada, puede dar lugar a la suspensión de dicha ejecución.

También es significativa la diferencia, en el presente caso, del alcance y requisitos de la ejecución provisional, según se llevara a cabo en el país de origen o en España, siendo relevante que, a la postre, lo acordado en Francia, ha sido la ejecución provisional parcial de la sentencia, tras prestarse la correspondiente fianza, solución imposible en España, de haberse instado la ejecución únicamente aquí.

Esta situación de doble ejecución, aparte de poner de manifiesto la peculiar situación reseñada, aporta un dato fundamental para desestimar el presente recurso y confirmar la resolución de instancia, pues en todo caso, es inaceptable que, al amparo del Reglamento (CE) nº 44/2001, se inste simultáneamente la doble ejecución provisional de una resolución. La parte ejecutante puede instar la ejecución en el país de origen o aquel otro que el citado Tratado le permita, pero lo que no puede hacer es iniciar un doble proceso de ejecución, duplicidad que una vez constatada, ha de dar lugar al archivo de uno de los procedimientos con la subsiguiente condena, a la ejecutante, en cuanto a las costas causadas en el mismo. [...].

PROCESO DE EXECUÁTUR QUE NO RESPONDE A LA EXIGENCIA DE UN PLAZO RAZONABLE

2010/91.– Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Tercera, Sentencia de 27 de mayo de 2010. TEDH/2010/72.

Proceso de execuátur: duración que no responde a la exigencia de plazo razonable.– Proceso equitativo y dilaciones–plazo razonable.– Lapso de tiempo de más de quince años desde la fecha de entrada en vigor del Convenio.– Retrasos atribuibles a los tribunales nacionales de primera instancia y de apelación: duración que no responde a la exigencia de plazo razonable: violación existente.– Violación del art. 6.1º CEDH: existencia.– Estimación parcial de la demanda

Normas aplicadas: Art. 6.1º CEDH.

[...] 35.El Tribunal señala que ya ha aplicado el art. 6.1º del Convenio a procesos de exequátur (ver Pellegrini contra Italia, nº 30882/1996, ap. 40, Ern Marina Sanayi ve Ticaret A.S. contra Turquía, demanda nº 70830/2001, 3 de mayo de 2007). [...].

40. El Tribunal juzga que un proceso de execuátur que ha durado más de quince años y que no ha concluido todavía es particularmente largo y no respeta el art. 6.1º del Convenio. Consta que las jurisdicciones nacionales no fueron suficientemente diligentes para que la causa de los

demandantes pudiera ser tratada con celeridad. En particular, hay que constatar que el asunto continuó pendiente ante el Tribunal de apelación de Bucarest durante tres años y cerca de seis meses, hasta el 1 de abril de 1999.

41. *En vista de lo que antecede, el Tribunal considera que en este caso la duración del proceso en litigio, en lo que concierne al primer demandante, no responde a la exigencia del “plazo razonable”.*

42. *Ha habido, por tanto, violación del art. 6.1º del Convenio.*

[HOHENZOLLERN CONTRA RUMANÍA]

INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS CAUSALES DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

2010/92. – Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, Auto nº 105/2010, de 17 de junio de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Marta Rallo Ayezuren. JUR\2011\83811.

Sentencia francesa de condena de cantidad. – Sentencias firmes dictadas en litigios entre las mismas partes. – Sentencia del Estado requerido dictada mucho antes que la sentencia extranjera cuya ejecución se solicita. – Falta de apreciación de inconciabilidad. – Vulneración del orden público del Estado requerido. – Improcedencia. – Interpretación restrictiva de las causales de denegación del reconocimiento.

Normas aplicadas: Arts. 34.3º, 36 y 45.2º 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, de 22 de diciembre de 2000.

En el caso de autos, nos hallamos, como prevé el Reglamento 44/2001, ante resoluciones jurisdiccionales en sentido estricto, concretamente, sentencias, que han adquirido firmeza –aun cuando este requisito no viene exigido por el Reglamento. Han sido las dos dictadas en litigios entre las mismas partes, Look Cycle y Cidesport. La resolución del Estado requerido, sentencia del Juzgado 5 de l’Hospitalet de Llobregat, ha sido dictada en 25 de junio de 2003, mucho antes que la sentencia del Tribunal de Commerce de Bourges, de 14 de marzo de 2006, cuya ejecución se solicita. De la lectura de una y otra sentencia no puede establecerse con exactitud, la fecha de inicio de los respectivos procedimientos.

Conforme al precepto invocado por la recurrente, art. 34.3º Reglamento 44/2001, si el tribunal del Estado requerido constata el carácter inconciliable de la resolución del tribunal de otro Estado contratante con la resolución dictada en un litigio entre las mismas partes por un tribunal del Estado requerido, está obligado a denegar la ejecución de la resolución extranjera.

Ante la ausencia de definición, en el Reglamento 44/2001, de lo que ha de entenderse por “resoluciones inconciliables”, debemos acudir a la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Concretamente, la STJCE 6 de junio de 2002 (Italian Leather), en relación – por razones temporales– con el art. 27.3º Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales, establece que, para determinar si son inconciliables, ha de examinarse si las resoluciones de que se trata implican consecuencias jurídicas que se excluyan recíprocamente (S 4 de febrero de 1988, Hoffmann).

En el caso de autos no se aprecia la inconciliabilidad de las sentencias en el sentido del art. 34.3º Reglamento (CE) nº 44/2001. Las pretensiones formuladas inicialmente por Cidesport ante el juzgado español –indemnización por resolución unilateral del contrato por Look Cycle– y las que constituyeron causa de pedir de Look Cycle ante el tribunal francés –condena al pago de los productos suministrados a Cidesport– son compatibles, es decir, implican consecuencias jurídicas que no se excluyen entre sí. Cabría, sin contradicción alguna, la coexistencia y la ejecución de los dos pronunciamientos estimatorios.

Puede ser ilustrativo traer a colación el ejemplo que el Informe Jenard, sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968, facilita sobre el término de inconciliabilidad de decisiones judiciales, a los efectos del art. 27.3º de aquel Convenio : “el tribunal francés ante el que se invoca el reconocimiento de una resolución judicial belga que establece daños y perjuicios por incumplimiento de un contrato podrá rechazar el reconocimiento si un tribunal francés ya hubiera dictado, en un litigio entre las mismas partes, una resolución que declara la nulidad del mismo contrato”.

En el caso de autos se añade un nuevo elemento. Según resulta de la sentencia francesa, *Cidesport*, al contestar la demanda de *Look Cycle*, no se limitó a solicitar la absolución, sino que admitió su deuda –con un importe inferior al reclamado por *Look Cycle*– y pidió la compensación con el crédito reconocido por la sentencia española. Y el Tribunal de Commerce de Bourges desestimó la petición de *Cidesport*. Por tanto, si la sentencia que ahora se pretende ejecutar produjo algún efecto sobre la efectividad del crédito reconocido que el Juzgado de Hospitalet había reconocido a la recurrente, lo fue, en todo caso, por la propia iniciativa de *Cidesport*, que decidió introducir el tema de la compensación en el segundo juicio y someterlo a la decisión del Tribunal de Comercio de Bourges. Que el fallo fuera contrario a las pretensiones de la parte no le autoriza a desconocerlo. Ello, sin perjuicio de que la parte plantee, en su caso, la compensación, ante el juez español que conoce de la ejecución. [...]

Aunque la parte recurrente centra sus alegaciones en el carácter inconciliable de las sentencias, alega también que la ejecución pretendida vulneraría el orden público del Estado requerido, por infringir principios fundamentales del ordenamiento jurídico español. Se refiere al derecho a la ejecución de las sentencias como parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

El art. 34.1º del Reglamento establece que las decisiones no se reconocerán si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido. El TJ ha precisado que esta denegación únicamente debe aplicarse en casos excepcionales (SSTJCE de 4 de febrero de 1988, *Hoffmann*, y de 10 de octubre de 1996, *Hendrikman y Feyen*). Es decir, cuando la ejecución de la resolución dictada en otro Estado contratante choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento (*Krombach*).

No cabe la revisión de fondo de la resolución judicial extranjera, prohibida por el art. 36, en sede de reconocimiento de resoluciones –“La resolución extranjera en ningún caso podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo”– y por el art. 45.2º que, en materia de ejecución establece que “La resolución del Estado miembro de origen en ningún caso podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo”.

La STJCE de 11 de mayo de 2000 (*Renault*) recuerda que el Reglamento, “al prohibir la revisión de la resolución extranjera en cuanto al fondo” prohíbe al Tribunal del Estado requerido “denegar el reconocimiento o la ejecución de esta resolución debido únicamente a la existencia de una divergencia entre la norma jurídica aplicada por el Tribunal del Estado de origen y la que habría aplicado el Tribunal del Estado requerido si se le hubiera sometido a él el litigio. Asimismo, el Tribunal del Estado requerido no puede controlar la exactitud de las apreciaciones de hecho o de Derecho que realizó el Tribunal del Estado de origen” (STJCE 28 marzo 2000, *Krombach*). Por el contrario, en tales casos hay que pensar que el sistema de recursos establecido en cada Estado contratante, completado por el mecanismo de remisión prejudicial previsto en el art. 177 del Tratado, proporciona a los justiciables una garantía suficiente.

Por otra parte, “las causas de denegación del reconocimiento y del *executur* de decisiones extranjeras previstas en el art. 34 Reglamento (CE) nº 44/2001 han de considerarse como una excepción al principio general de reconocimiento automático de las decisiones extranjeras y, en cuanto tales, han de ser objeto de una interpretación restrictiva” (STJCE *Krombach* y STJCE 2 de junio de 1994, *Kleinmotoren*), a fin de no perjudicar la “libre circulación de decisiones” en el denominado “territorio 44”.

En el caso de autos no se aprecia la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que alega la recurrente. Desde luego, no constituye esa violación la condena de *Cidesport* a pagar

198.634,81 euros, por impago de facturas pendientes. Por lo expuesto, debe desestimarse el recurso de apelación.

[S.A. LOOK CYCLE / COMERCIAL IBÉRICA DE EXCLUSIVAS DEPORTIVAS S.L.]

RESPONSABILIDAD

ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN ACAECIDO EN SUIZA Y ACREDITACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

2010/93.— Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 722/2009, de 23 de marzo de 2010. Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana. RJ/2010/2417.

Accidente de circulación acaecido en Suiza.— Intervención de un único vehículo, matriculado en un Estado distinto de España. —Residencia del tomador en Suiza.— Derecho extranjero: aplicación en España.— Derecho suizo: prueba en segunda instancia dirigida a su acreditación.— Prueba obtenida a instancia exclusivamente de la parte demandada mediante la formulación de distintas preguntas a las que dieron respuesta la Oficina Federal de Seguridad Social y el Departamento Federal de Justicia y Policía, a través de la Oficina Federal del Seguro.— Acreditación del Derecho suizo en la medida que resulta preciso para resolver el conflicto.— Resolución conforme al Derecho suizo una vez determinada la norma de conflicto.— Carácter imperativo de la norma de conflicto.

Normas aplicadas: Art. 12.6º Cc (versión de 1974); art. 281.2º LEC; art. 4 Convenio de la Haya sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, de 4 de mayo de 1971; Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968.

[...] Una solución coherente a los recursos planteados exige comenzar por el análisis del recurso de casación, y en particular, por el motivo tercero en el que se cita el art. 12.6º Cc, referido a la aplicación al caso de las normas de conflicto del Derecho español, en la redacción vigente al tiempo del accidente, de la demanda y del recurso de apelación, puesto que su determinación va a condicionar lo que es objeto del recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la prueba del Derecho suizo. En particular su párrafo 2º que reproduce casi literalmente el actual art. 261 Cc, sobre la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero, y que desapareció de la norma por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Disposición Derogatoria Única 2ª.1ª). Y aunque cumple con la exigencia formal de invocar como infringido un precepto sustantivo aplicable a la controversia, es evidente que lo que se está planteando a través del motivo no es la infracción de la norma de conflicto aplicable a la relación controvertida, sino a aquellos aspectos atinentes a la prueba del Derecho extranjero los cuales se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, vigente en el momento de formularse, y no en el de casación. Una cosa es la alegación y prueba del Derecho que entiende aplicable, y otra distinta la aplicación de la norma de conflicto. El Derecho extranjero porque viene designado en la norma de conflicto y se aplica no porque lo haya alegado una parte, sino “porque lo exige la norma de conflicto”, como precisa la STS 4 de julio 2006, con independencia de la prueba posterior de su contenido a instancia de parte.

La norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio (art. 12.6º Cc). Como consecuencia el Derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto, por más que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda. Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de esta norma. Basta con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el derecho extranjero en

la misma designado (STS 10 de junio de 2005).

En el caso, el Derecho aplicable al accidente y a la responsabilidad civil derivada del mismo, es el derecho suizo. Así resulta del art. 4 Convenio de la Haya de 4 de mayo de 1971, del que son parte España y Suiza, teniendo en cuenta que en el accidente interviene un único vehículo, matriculado en un Estado distinto de España, en donde tiene lugar, como es Suiza, país en el que también reside el tomador. Igualmente, la responsabilidad del asegurador bajo el contrato de seguro se rige por el Derecho suizo, conforme a los arts. 107 a 109, se apliquen en la redacción vigente en el momento del siniestro o tras la entrada en vigor de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; artículos que fueron introducidos por Ley 21/90 de 19 de diciembre para adaptación del derecho español a la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos del de vida y de actualización de la legislación de seguros privados, según redacción vigente a fecha del siniestro.

El art. 107 (en redacción vigente a fecha del siniestro) no determina la aplicabilidad de la ley española porque el tomador no reside en España –107.1º.a) el contrato no es consecuencia de obligación impuesta por ley española 107.1 b)–, y tampoco las partes eligieron la ley española –107.2º–, ni cabe estar a lo dispuesto en el 107.4º que se decanta por la ley del Estado con el que exista relación más estrecha –que podía ser España por ser donde se sitúa el riesgo–, ya que la norma parece regir para conflictos entre Estados miembros de la Comunidad Económica Europea y Suiza no lo es. Por tanto, se debe estar al art. 109 LCS, norma supletoria que se remite a las reglas generales de Derecho Internacional Privado en materia de obligaciones y contratos que se contienen en el Cc. Por lo demás, el art. 10, regla 5ª Cc, permite considerar acertada la decisión de la Audiencia de aplicar el derecho suizo por ser el de la residencia habitual común (ya que los dos fueros preferentes establecidos en dicha regla 5ª –ley elegida, ley nacional común– no son aplicables).[...]

Recurso extraordinario por infracción procesal

[...] Lo que se cuestiona realmente a partir de una serie de alegaciones, en las que se mezclan cuestiones de diversa naturaleza, como es la aplicación retroactiva de normas que no estaban en vigor al tiempo del accidente, el Convenio multilateral de garantías, suscrito entre España y Suiza, el Convenio de Londres de 7 de junio de 1968, sobre información del Derecho extranjero, así como diversas Directivas, que nada o casi nada tienen que ver con los preceptos invocados en el motivo, es una cuestión fáctica, como es la prueba del Derecho extranjero, cuya revisión, aun en el recurso extraordinario, está muy limitada.

No se infringe el art. 216 sobre justicia rogada puesto que la sentencia resuelve conforme al Derecho suizo una vez determinada la norma de conflicto, de carácter imperativo, conforme a nuestro derecho.

Tampoco el art. 217, sobre la carga de la prueba, de aplicación cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso. Para que el Derecho extranjero pueda ser aplicado en el proceso, su vigencia y contenido han de quedar probados (SSTS 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 23 de marzo de 1994, 25 de enero de 1999, 27 diciembre 2006, 4 julio 2007, entre otras muchas). Los hechos están regidos por la regla de aportación de parte (*quod non est in actis non est in mundo*), mientras que, en nuestro ordenamiento, el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del derecho extranjero (art. 12.6º.II Cc, redacción anterior a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que era la vigente al interponerse la demanda, y art. 281.2º de esta última Ley) –STS 10 de junio de 2005–.

Dado que se trata de aplicar en un proceso civil español este derecho, de conformidad con el art. 281.2º LEC, se practicó prueba en segunda instancia dirigida a su acreditación, a través de los mecanismos convencionales, como es el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968 (BOE, 7 –X –1974), suscrito por los países miembros del Consejo de Europa, entre los que se encuentra Suiza, y ratificado por España el 1 de junio de 1982 (BOE, 28 –VIII), sobre supresión de la legalización de documentos expedidos por agentes diplomáticos o consulares.

La prueba se obtuvo a instancia exclusivamente de la parte la demandada, mediante la formulación

de distintas preguntas a las que dieron respuesta la Oficina Federal de Seguridad Social y el Departamento Federal de Justicia y Policía, a través de la Oficina Federal del Seguros, conforme a las cuales la sentencia considera acreditado el Derecho suizo en la medida que resulta preciso para resolver el conflicto. [...].

Es cierto que la sentencia recurrida realiza, en algún fundamento, referencias al Derecho español de forma complementaria pero ello no es óbice para afirmar que está aplicando el Derecho suizo a la relación jurídica controvertida. Sin duda –STS 4 de julio 2006–, “la ley aplicable puede ser infringida, inaplicada, etc. y no debe hacerse diferencia entre derecho extranjero y derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la ley (art. 24 CE), además de infringir la norma conflictual española. Sin embargo, la doctrina formulada en un recurso de casación por infracción del Derecho extranjero no deba ser tenida como doctrina legal a los efectos del art. 6.1º Cc, sin perjuicio de que pueda servir de pauta en posteriores conflictos ante los Tribunales españoles producidos en problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas”.

Ahora bien, nada de esto tiene que ver con las reglas sobre la carga de la prueba, sino con la aplicación e interpretación que el Tribunal hizo del Derecho suizo. La parte actora no ha fundado su demanda en este Derecho, ni tampoco se ha esforzado en señalar que perjuicio tiene la aplicación de su normativa, esto es, si con el Derecho español las pretensiones formuladas hubiesen sido satisfechas, tratando exclusivamente de excluir su aplicación a favor del Derecho nacional, mediante la imputación a la entidad de seguros de haber manipulado el derecho en su propio interés cuando estuvo a su alcance evitarlo mediante una participación más activa en la alegación y prueba del mismo.

La sentencia declara probado que existe póliza de seguro de responsabilidad civil que ampara la acción directa de los perjudicados (hijos) para el resarcimiento de los daños sufridos por los menores, y aunque no aclara si se incluyen también con cargo a dicho seguro los morales, como daños indirectos o reflejos por el fallecimiento de ambos padres, que también reclaman en la demanda, en el Derecho español la jurisprudencia de esta Sala excluye de la cobertura del Seguro de Responsabilidad Civil cuando se trata del fallecimiento del conductor (SSTS 3 de noviembre de 2008 y 1 de abril de 2009), y también el art. 3 Directiva 84/5/CEE que atribuye a los familiares, entre otros de conductor, un derecho a la cobertura de los “daños corporales por ellos sufridos”, expresión que alude indiscutiblemente al concepto de víctima, y no de simple perjudicado reflejo; y el art. 1 Directiva 90/232/CEE que contempla igualmente la cobertura de la responsabilidad sobre los “daños corporales de todos los ocupantes”, centrando una vez más la cobertura en las “víctimas” (no aparece el concepto de perjudicado) del siniestro por haber sufrido “daños corporales”, a las cuales no se pueden equiparar las personas que sufren daños o perjuicios derivados del fallecimiento del conductor, que no son daños corporales, sino daños o perjuicios derivados del daño corporal (SSTS de 3 de noviembre 2008).

Por tanto la Audiencia no se pronuncia sobre esta cuestión, a pesar de que en su contestación la aseguradora suiza afirmó que de conformidad con el Derecho suizo, la Compañía de seguros quedaba liberada cuando los perjudicados son parientes en línea recta, ascendente, descendiente o cónyuge. Lo cierto es que sólo concede indemnización a las menores por sus propios daños personales (lesiones y secuelas), descartando las demás –principalmente el daño moral derivado del fallecimiento de los progenitores, que, nuestro derecho no permite respecto del conductor– en atención a que se trata de pretensiones cubiertas o compatibles con las pensiones de orfandad o sufragio de gastos de traslado de cadáveres y sepelio. En este sentido, no se toma en cuenta la existencia de un seguro de accidentes que podría cubrir esos riesgos, pero que, según la propia póliza no tiene carácter autónomo cuando el hecho causante da lugar a una reclamación de responsabilidad civil.

Finalmente, la falta de congruencia se sostiene en el motivo porque la sentencia razona de forma equivocada sobre la compatibilidad de las indemnizaciones percibidas por los menores y asimismo cuando señala que las indemnizaciones deben imputarse al seguro de responsabilidad civil, sin que el Tribunal haya dado motivación jurídica alguna para excluir del cálculo de daños el importe por el fallecimiento de sus padres; afirmaciones que no comportan la infracción del art. 218, puesto que la sentencia está suficientemente motivada conforme al derecho que aplica. El hecho de que no se haya

pronunciado en sentido favorable a los intereses de quien recurre, no significa que no haya dado respuesta a las cuestiones planteadas o que sea esta inmotivada o incongruente. La decisión judicial adoptada expresa de forma suficientemente motivada las razones de hecho y de Derecho que integran el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión (SSTS 16 de abril y 28 de febrero de 2007; 15 de junio de 2009) y responde a una concreta interpretación y aplicación del derecho suizo, que nada tiene que ver con los preceptos citados en el motivo, por lo que no puede derivarse una vulneración del art. 24 CE.

El motivo segundo denuncia infracción de los arts. 225.3º, sobre nulidad de actuaciones judiciales o cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión, en relación con los arts. 281 y 282 LEC, preceptos que hacen referencia a cuál debe ser el objeto de la prueba y que regula también la prueba de la costumbre, del Derecho extranjero y la no necesidad de prueba en los hechos conformes y en los notorios, y que regulan la atribución a la parte de la iniciativa de la actividad probatoria.

El motivo tiene que ver con la prueba del Derecho suizo y la posición en rebeldía de la aseguradora, que invoca sesgadamente.

Se desestima. Al regular el art. 461 LEC el contenido del escrito de interposición a la parte apelada, la oposición al recurso e impugnación de la sentencia, en su nº 3 ofrece al apelado la posibilidad de acompañar a su escrito los documentos y solicitar las pruebas que considere necesarias, así como formular las alegaciones que estime oportunas sobre la admisibilidad de los documentos aportados y de las pruebas propuestas por el apelante. Nada de eso hizo quien recurre que estaba obligado a probar el Derecho suizo y que no alegó indefensión con origen en la postura procesal de la recurrente, limitándose a negar su pertinencia, por no ser la interesada suficiente para hacer prueba del derecho extranjero, sin que tampoco tuviera nada que decir a la solicitud de información jurídica que hizo la Audiencia Provincial de Navarra a la Oficina Federal de Justicia Suiza en fecha 20 de julio de 2002, a la que como anexo se unía la demanda, la póliza de seguro y la petición de prueba. Del mismo modo resultó firme la providencia de fecha 26 de marzo de 2003 por la que quedaba unida al rollo de apelación la documentación jurídica recibida y era puesta de manifiesto a las partes y solo reacciona cuando el Tribunal dispone de los dictámenes y documentación jurídica solicitados y funda sus conclusiones en los mismos; todo ello con independencia de que el art. 12.6º Cc no es una norma de prueba rígida, antes al contrario, faculta al Juzgador para valerse de cuantos medios considere oportunos.

VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HONOR Y FORUM DELICTI COMISSI

2010/94.- Audiencia Provincial de Madrid, Sección Octava, Sentencia nº 432/2010, de 18 de octubre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Mª Victoria Salcedo Ruiz. JUR\2011\17417.

Vulneración al derecho al honor. – Competencia de los tribunales en el orden civil. – Competencia de los tribunales españoles: estimación. – Competencia de Juzgados de Primera Instancia donde se consume el efecto dañoso de vulneración: lugar de domicilio del afectado: principio del *forum delicti comissi*. – Derechos fundamentales y libertades públicas: derecho al honor. – Derecho al honor y libertad de información. – Publicación en diario francés poniendo en relación a club de fútbol español con trama de dopaje. – Descrédito del club y de equipo médico: violación al honor. – Falta de acreditación de veracidad de hechos publicados: simples rumores.

Normas aplicadas: Art. 5.3º 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, de 22 de diciembre de 2000.

[...] No cabe duda que el lugar donde ha sobrevenido el perjuicio inicial a los reclamantes ha sido Madrid, lugar donde tienen su domicilio los reclamantes y donde pueden verse desprestigiados en su consideración social y ello por cuanto al tratarse de un periódico tanto en su versión digital como

impresa, la noticia que puede ocasionar el daño se publica a la vez en Francia y en España. En este sentido se pronunció la S Sección 3ª AP Las Palmas 20 de enero de 2004, al señalar "... Tratándose la vulneración del derecho al honor de un delito civil, se rige la competencia por la regla del forum delicti commissi (STS 2 de junio de 1999), de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, corresponde la competencia territorial para el conocimiento y decisión de las acciones de Protección Jurisdiccional Civil de los Derechos al Honor, a los Juzgados de Primera Instancia donde se hubiera producido el hecho y es claro que en este caso ha sido en Madrid donde se divulgó y propagó la noticia, al emitir la cadena Cope desde esta ciudad, con independencia de que el entrevistado estuviera presente o no en los estudios de la emisora y el contacto oral con el mismo hubiera tenido lugar por vía telefónica u otro medio apto. Las SS 16 de marzo y 30 de abril de 1990 declaran que la transgresión del derecho al honor está catalogada dentro de los llamados delitos civiles y de ahí que para determinar la competencia territorial se atiende al principio del forum delicti commissi. Por tanto, lugar de comisión del hecho es tanto aquel en que se emite como aquel en el que principalmente se difunde y produce sus efectos, que es donde se consuma el efecto dañoso de vulneración del derecho fundamental. En el caso de publicaciones en medios de difusión masiva, como los contenidos audiovisuales emitidos por la red informática internet, el lugar de difusión y de producción del daño puede ser mundial, pero principalmente acaecerá, en el caso de lesiones del derecho al honor, allí donde el afectado tiene su domicilio y desarrolla su vida de relación social, que es donde la sociedad le atribuye su reputación o fama", y también lo ha hecho la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª), en fecha 27 de octubre de 2009, aportada al presente rollo por los propios demandados con el escrito por ellos presentado en fecha 6 de noviembre de 2.009 y, posteriormente, con el presentado en fecha 25 de noviembre de 2.009, ya traducida, dictada en el recurso de apelación interpuesto contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Barcelona, con motivo de la demanda interpuesta por el Futbol Club Barcelona frente a los también demandados en esta litis, con motivo de la misma publicación y, por tanto, por la vinculación del referido Club con el Doctor José Pablo y una red de dopaje. Resulta curioso que la parte que aporta la sentencia considere que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona pueda resultar condicionante en el presente pleito a los efectos de fijar una cuantía indemnizatoria; si fuera así deberíamos concluir que el primer efecto condicionante sería el de mantener en esta alzada el pronunciamiento relativo al rechazo de la alegada incompetencia de jurisdicción de los Tribunales Españoles. [...]

[REAL MADRID CLUB DE FUTBOL / SOCIETE EDITRICE DU MONDE, S.A.]

RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

2010/95.— Audiencia Provincial de Girona, Sección Primera, Sentencia nº 178/2010 de 10 de mayo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Lacaba Sánchez. JUR\2010\298866.

Transporte aéreo internacional.— Transporte de personas.— Reclamación de daños morales por pérdida de equipaje: estimación.— Viaje de negocios con la consiguiente aflicción sufrida.— Ámbito de aplicación del Convenio de Montreal de 1999.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente; art. 17.2º Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 18 de mayo de 1999.

[...] El art. 17.2º del Convenio de Montreal de 1999, estipula un régimen de responsabilidad civil cuasi-objetiva por daños causados en caso de destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado, al decir: "El transportista es responsable del daño causado en caso de destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado por la sola razón de que el hecho que causó la destrucción pérdida o avería se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquier período en que el equipaje facturado se hallase

bajo la custodia del transportista. Sin embargo, el transportista no será responsable en la medida en que el daño se deba a la naturaleza, a un defecto o a un vicio propios del equipaje”

Lo anterior tiene un límite indemnizatorio, tanto para el caso de equipaje facturado como de equipaje no facturado, de 1.000 DEG por pasajero “a menos que el pasajero haya hecho al transportista, al entregarle el equipaje facturado, una declaración especial del valor de la entrega de éste en el lugar de destino, y haya pagado una suma suplementaria, si hay lugar a ello” (art. 22.2º Convenio de Montreal).

El ámbito de aplicación del meritado Convenio de Montreal, se halla definido en su art. 1, donde se dice que, se aplica al transporte internacional, esto es, a todo transporte en que el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o trasbordo, están situados bien en el territorio de dos Estados Partes, bien en el territorio de un solo Estado Parte si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque éste no sea un Estado Parte.

Además del indicado Convenio, debe tenerse en cuenta, que el Reglamento (CE) nº 2027/1997, modificado por el Reglamento (CE) nº 889/2002, extiende el régimen de responsabilidad civil por daños respecto al transporte de pasajeros y su equipaje configurado en el Convenio de Montreal a todos los transportes aéreos de personas, nacionales o internacionales, explotados por compañías aéreas comunitarias, entendiéndose por tales, toda empresa de transporte aéreo que posea una licencia de explotación válida con arreglo al Reglamento (CE) nº 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad. El art. 3.1º del Reglamento (CE) tiene el siguiente tenor literal: “La responsabilidad de una compañía aérea comunitaria en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje se regirá por todas las disposiciones del Convenio de Montreal relativas a dicha responsabilidad”.

En materia de daños morales, cierto es que el Convenio no hace referencia a los daños morales, pero resulta incuestionable que, el daño moral de que ahora tratamos queda fuera del ámbito de aplicación de la regulación especial de la responsabilidad del transportista aéreo por –el “daño o perjuicio durante el transporte” a que alude con carácter general el art. 116 Ley sobre Navegación Aérea y que aparece desarrollada en el capítulo XIII de la misma, ya que el art. 117 de la misma sólo prevé indemnizaciones a favor del viajero por “muerte o incapacidad”, en tanto que las recogidas en el art. 118 lo son “respecto a la carga o equipaje facturado o de mano”; y en este sentido, no puede dejarse de tener en cuenta aquí la STS 31 de mayo de 2000, que vino a confirmar la condena de una transportista aérea al pago de una cierta cantidad fijada discrecionalmente al margen de las indemnizaciones previstas en la Ley sobre Navegación Aérea por “las molestias, incomodidades y tensiones soportadas, conceptuadas como daños morales”, que tuvieron lugar por consecuencia de un retraso de ocho horas sufrido por el vuelo que debía trasladar al actor desde el aeropuerto de Nueva York al de Barcelona, y que en tal medida ha venido a reconocer la resarcibilidad al amparo de la normativa común de los daños morales dimanantes de los retrasos en el transporte aéreo y la correlativa exclusión de los mismos del ámbito de aquella ley especial.

Al margen de lo expuesto, y reiterando argumentos ya expuestos precedentemente, tampoco plantea duda alguna (máxima de experiencia) el hecho de que la pérdida del equipaje facturado ha implicado un propio daño moral para la demandante, al no haber podido disponer debidamente del mismo, a cuyo efecto conviene volver a traer a colación aquí la ya citada sentencia de 31 de mayo de 2000 del TS en la que se viene a señalar que en el concepto de daños morales “resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad... como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestias producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna”, y ello sin poder omitir la compañía no ha justificado la pérdida del equipaje en la entrega a su destino, sin olvidar las múltiples gestiones infructuosas llevadas a cabo tras el regreso del viaje, sin resultado ninguno.[...].

2010/96.– Audiencia Provincial de Valencia; Sección Novena, Sentencia nº 277/2010, de 7 octubre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Dª Purificación Martorell Zulueta. JUR\2011\43382.

Transporte aéreo internacional.– Transporte de personas.– Responsabilidad: existencia.– Pérdida de maleta: aplicación de limitación del art. 22 del Convenio de Montreal.

Normas aplicadas: Art. 22 Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 18 de mayo de 1999.

[...] Argumenta la representación del apelante (...) que la entidad demandada no impugnó los documentos por que sustentan el importe de la cuantía reclamada, quedando acreditados los daños patrimoniales, e interesada la práctica de la prueba documental a que se refiere en su escrito mediante requerimiento a quien tenía la facilidad probatoria, la misma fue denegada por lo que el vacío probatorio no puede perjudicar a la parte que interesó la prueba por razón de la negligente actuación de la adversa, debiendo por ello aplicarse la responsabilidad ilimitada (más allá del art. 22 del Convenio de Montreal) como han apreciado en otras ocasiones los Tribunales al no poder ofrecer la compañía aérea demandada la menor explicación acerca del extravío de la maleta. Por ello interesa la íntegra estimación de la demanda dado que los daños sufridos y detallados en el hecho tercero de la demanda han sido probados mediante la aportación de la factura de adquisición del traje de luces y trastos de torear, estando asimismo acreditada la pérdida del capote y otros elementos que detalla.

Se opone al recurso de apelación la representación de la entidad aérea demandada (...) con remisión al Convenio de Montreal y las resoluciones judiciales que invoca en sustento de su posición procesal, al no ser suficiente la alegación de dolo ni de negligencia grave equiparable al mismo, sino que ésta debe ser acreditada, por lo que, no mediando tampoco declaración de valor por parte del demandante, solicita la desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia y la imposición al recurrente de las costas procesales causadas. [...].

La cuestión que se plantea por las partes en el procedimiento y que se reproduce con ocasión de la presente apelación es si es de aplicación al supuesto enjuiciado el límite de responsabilidad establecido legalmente en el art. 22 del Convenio de Montreal (límite equivalente a 1100 euros que es lo que se contiene en la sentencia apelada) o si por el contrario es posible indemnizar al demandante en el valor real de los bienes extraviados más el daño moral que igualmente reclama, y que supone un total por ambos conceptos de 9000 euros de los cuales 5.369, 99 euros se corresponden a los daños materiales (reposición de traje de luces y trastos de matar) y el resto al daño moral producido por la angustia e incomodidad derivada de que no apareciera el equipaje que necesitaba para la actuación en Valencia, en un festejo tan importante como la Feria de Julio.

Y con respecto al debate litigioso, procede la cita de la reciente S TJCE (Sala Tercera) 6 de mayo de 2010 (as. C-63/09: Axel Walz y Clickair), en la que en referencia a los transportes aéreos se pronuncia sobre el alcance del contenido del ap. 2 del art. 22 del Convenio de Montreal respecto de los límites de responsabilidad en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso del equipaje, y más concretamente se pronuncia sobre el concepto de “daño” para declarar que dicho término incluye tanto el daño material como el moral. El Tribunal sustenta su decisión en los siguientes fundamentos: [...].

Teniendo presente el contenido de la citada resolución, es de ver que el supuesto sometido a nuestra consideración no puede enmarcarse en el ámbito de los viajes combinados (dado que no concurren los requisitos necesarios para la calificación como tal de la relación contractual entre las partes), pese a que se refiere a ella la representación de la parte actora en la Fundamentación Jurídica de su demanda –lo que hace inaplicables las citas de la normativa en materia de protección a los consumidores y usuarios y las resoluciones judiciales que se reseñan en aplicación de la misma– sino que por tratarse de un contrato de transporte aéreo la normativa aplicable es el art. 22.2º del Convenio de Montreal.

Siendo así, de la documental aportada con el escrito de demanda, no consta que el ahora demandante efectuase la declaración de valor a que se refiere el ap. 2 del art. 22 del Convenio, y consecuentemente, ha de estarse a la interpretación que de la norma hace el TJCE, por lo que no cabe

acoger la pretensión del actor en orden a la obtención de una mayor indemnización a la prevista por la normativa aplicable.

2010/97.— Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, Sentencia nº 524/2010 de 22 de noviembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez. AC\2011\70.

Transporte aéreo internacional.— Transporte de personas.— Responsabilidad: procedencia.— Accidente aéreo.— Graves errores en el pilotaje por parte de la tripulación.— Concurrencia del estricto dolo prevenido en el sistema “Varsovia–La Haya”: ausencia de una política de seguridad de la compañía aérea eficaz y ajustada a la normativa internacional.— Incumplimiento por la compañía de su deuda de seguridad con los pasajeros.— Naturaleza del vuelo: civil y no militar.— Actuaciones realizadas por las Fuerzas Armadas: misión en Afganistán.— Régimen jurídico: sistema “Varsovia–La Haya”.

Normas aplicadas: Art. 10.9º Cc; Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, de 12 de octubre de 1929.

[...] El Derecho convencional no tiene una autonomía jurídica: será aplicable allí donde haya entrado a formar parte del ordenamiento jurídico de un Estado y sea este el aplicable. Un Convenio internacional es aplicable por conexión al de un Estado, de manera que sólo cuando sea aplicable el de un Estado adherido a ese Convenio, será aplicable este último.

La primera cuestión que debe afrontarse es qué ordenamiento jurídico debe regular el siniestro con el fallecimiento de los 62 militares, si ese sistema Varsovia–La Haya, o queda sometido al Derecho Español y dentro del mismo identificado con la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues con ese traslado de pasajeros, según el criterio de la recurrente, se estaba ejerciendo por el Estado potestades irrenunciables propias de la Defensa Nacional. Chapman identifica así su responsabilidad con la del Ministerio de Defensa, con la que se fungibiliza. Desde esta consideración resultaría absolutamente inaplicable el sistema Varsovia–La Haya.

A lo que hay que contestar que el vuelo era civil y que aunque fuera militar, al menos como cuando es como en el caso de autos, en el que se utilizan instrumentalmente medios civiles de transporte, no queda excluida la aplicación del Convenio de Varsovia. [...]

Pero es que, aunque se entienda que el vuelo civil, por alguna de las razones defendidas por el broker apelante, quedaba militarizado no por ello quedaría excluida la aplicación del convenio de Varsovia: si en su protocolo adicional se permitía que los Estados se reservaran el derecho de declarar en el momento de su ratificación o adhesión que el art. 2.1º no se aplicaría a los transportes internacionales aéreos efectuados directamente por el Estado, cuando el mencionado art. 2.1º expresamente incluía a tales transportes efectuados por el Estado, mientras que en el Protocolo de la Haya de 1955, manteniendo el mencionado art. 2.1º, luego en su art. 26, añadió que “el presente Protocolo no podrá ser objeto de reservas, pero todo Estado podrá declarar en cualquier momento, por notificación dirigida al Gobierno de la República Popular de Polonia, que el Convenio, en la forma modificada por el presente Protocolo, no se aplicará al transporte de personas, mercancías y equipaje por sus autoridades militares, en las aeronaves matriculadas en tal Estado y cuya capacidad total haya sido reservada por tales autoridades o por cuenta de las mismas”.

No existiendo esas reservas ni por España ni por Ucrania, aunque se acepte una militarización jurídica de un vuelo civil en razón al carácter instrumental de su uso, no por ello se inaplica el sistema Varsovia–La Haya. Reservas que, por cierto, también eran necesarias para excluir la aplicación del convenio de Montreal de 1999, y así lo hicieron algunos países, ya inicialmente al ratificarlo (Canadá para el transporte de carga efectuado para sus autoridades militares, Estados Unidos (BOE, 2–V–04), bien con posterioridad, como Japón, España y Alemania; precisamente la mayoría para excluir de ese Convenio el transporte de tropas militares.

Y no en vano la Ley 48/1960, de 21 de julio sobre navegación aérea, tan invocada en el su art.14 por Chapman, precepto que excluye de su regulación sustantiva a las aeronaves militares, previamente

advertirá en su art. 5 que la regulación aérea está previa y preferentemente sometida (“sin perjuicio”) a lo estipulado en Tratados y Convenios Internacionales. Dejando de lado, aparte, que dicha Ley no regula los vuelos internacionales (el mismo ar.5).

Ya en fin no es atendible la argumentación que excluye la aplicación del Convenio por cuanto se trataría de una aeronave de Estado y que el viaje resultó gratuito. Afirmación esta última inasumible por cuanto transportista aéreo y contractual percibieron por su labor un precio, configuraron para el traslado un vuelo charter y admitieron contractualmente una relación jurídica directa con los pasajeros.

Eso en cuanto a la aplicación del régimen jurídico del transporte aéreo representado por ese sistema jurídico internacional. Porque en cuanto a la praxis profesional, a las reglas que regulan las pautas técnicas y operativas que deben cumplir las aeronaves y respetar la tripulación, Chapman se sometió contractualmente a las prevenidas en los anexos de la OACI, que pasaban a ser así, convencionalmente, unos parámetros de seguridad mínimos que debían respetar las aeronaves civiles que instrumentalmente se debían utilizar para el transporte de militares, que nunca perderían su condición de pasajeros en un transporte civil internacional.[...]

En efecto si se considera la naturaleza de la responsabilidad extracontractual, la norma de conflicto está contenida en el art. 10.º Cc a cuyo tenor “las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven”.

Tal norma de conflicto llevaría a la aplicación del Derecho de Turquía.

La doctrina criticó no sin razón esta norma que puede llevar a aplicación de ordenamientos jurídicos carentes de cualquier conexión con las partes implicadas, como responsables o perjudicados con el daño.

Y este reproche a la norma de conflicto es particularmente intenso en relación al contrato de transporte en el que, por su naturaleza, al ser una característica esencial del mismo el desplazamiento, puede desarrollarse en una multiplicidad de territorios que pueden estar sometidos a ordenamientos jurídicos diversos y aun a culturas jurídicas muy dispersas. Problema que se ha querido solucionar con el Reglamento de Roma II.

De la norma de conflicto vigente al tiempo del siniestro resulta aplicable el sistema Varsovia–La Haya. Lo es porque aunque no se ha practicado prueba sobre el contenido del Derecho de Turquía, sí que consta que suscribió los Convenios de Varsovia de 1929 y el de La Haya de 1955.

Lo es también porque ese sistema jurídico es de aplicación, al tiempo del siniestro, en todos los demás ordenamientos jurídicos de los elementos personales y contenidos contractuales: de la Compañía aérea, Ucrania, de Alemania, nacionalidad del broker (incluido este país el Convenio de Guadalajara), de España, y de Francia (incluido para este país también el Convenio de Guadalajara). Relevante el contenido del Derecho Francés porque ya hemos explicado que, aunque extracontractual, el régimen jurídico del contrato no es irrelevante, sino antes al contrario referente del régimen jurídico de las obligaciones del causante del daño.

Derecho el de Francia que sería el aplicable desde el punto de vista contractual por resultar así del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, pues las partes en el contrato se sometieron al mismo: en el art. 31.1I del mencionado Convenio de Roma, para la determinación de la Ley del contrato, se remite a la ley elegida por las partes, consagrando la autonomía de la voluntad conflictual. Vigente, como hemos dicho, en dicho Derecho el sistema “Varsovia–La Haya”, todos los ordenamientos jurídicos con puntos de conexión con el conflicto, sea desde su consideración contractual sea desde la óptica extracontractual, llevan a la vigencia y aplicación del sistema “Varsovia–La Haya”.

Conclusión que debe servir ya de inicio a desestimar la excepción de prescripción por cuanto el Convenio de Varsovia establece un plazo de dos años para el ejercicio de la acción (art. 29 C.V.), y las demandas contra Chapman se interpusieron en diciembre e 2004. [...].

SOCIEDADES

FALTA DE ACREDITACIÓN DE LA TITULARIDAD FIDUCIARIA DE LA SOCIEDAD
EXTRANJERA SOBRE LAS FINCAS RADICANTES EN ESPAÑA

2010/98.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, Sentencia nº 423/2010, de 15 de septiembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Angel Moreno García. AC\2010\1526.

Competencia de los tribunales españoles en el orden civil.– Competencia de los tribunales españoles: estimación.– Acción declarativa de dominio: procedencia.– Acciones de sociedad uruguaya *off shore*: improcedencia.– Falta de acreditación de la titularidad fiduciaria de la sociedad extranjera sobre las fincas radicantes en España.

Normas aplicadas: Art. 21 LOPJ; art. 5 Convenio de cooperación jurídica entre el Reino de España y la Republica oriental del Uruguay ,de 4 de noviembre de 1987.

[...] El art. 9 LOPJ establece que los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley. Por su parte el art. 21 de dicha Ley establece que los juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

Por su parte el art. 51 LEC establece que las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio, pero se permite que puedan ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad.

Dichas normas de Derecho interno han de ponerse en conexión con el convenio de Cooperación jurídica entre el reino de España y la Republica oriental del Uruguay de 4 de noviembre de 1987, y con las pretensiones formuladas en la demanda, a fin de determinar si los juzgados y tribunales españoles son o no competentes, es decir si tienen o no jurisdicción en el presente caso.

El art. 5 del Convenio viene a establecer distintos fueros en función de las acciones ejercitadas para determinar qué tribunal es competente, en materia de obligaciones contractuales se atribuye la competencia a los tribunales a que se hubieran sometido expresamente las partes, o en su defecto a los tribunales del país del domicilio del demandado; en materia de obligaciones extracontractuales se atribuye la competencia a los tribunales del país donde se haya producido el hecho generador de la obligación. Cuando se ejerciten acciones relativas a bienes los tribunales del país en que se encuentren.

Dicho precepto también establece en materia de obligaciones de forma subsidiaria la competencia a favor de los tribunales del país donde la persona jurídica tenga su sede o establecimiento principal, pero se permite que pueda ser demandado en el lugar donde tenga establecimiento, sucursal, agencia con organización propia, y el litigio se refiera a la actividad desenvolvida en dicho establecimiento, sucursal o agencia.

En el presente caso dado que los únicos bienes de los que es titular, al menos formalmente, la entidad Duanal Investment, son las acciones de las sociedades Alpes Ingenieros, Andes Ingenieros, y las fincas registrales (...) del registro de la propiedad de Altea, (...) del Registro de la propiedad de Alicante nº 6 y (...) del Registro de la Propiedad de Alcira, se encuentran en España, que las pretensiones esenciales tienen como finalidad la titularidad real o propiedad de tales bienes, el hecho que el Sr. José Ignacio ha sido el apoderado de dicha sociedad con domicilio en España, y que todos los actos de disposición que se discuten fueron realizados por él a través de su organización en España, que según la declaración tanto del testigo que compareció en el acto del juicio, como del testigo que ha declarado en esta alzada, era el único gestor de la sociedad Duanal Investment, tanto en virtud de las normas internas sobre la competencia de los juzgados y tribunales españoles, especialmente el art. 22.1º LOPJ, art. 51.1º párrafo segundo LEC, y el art. 5 del Convenio de 4 de noviembre de 1987 debe

estimarse que los juzgados y tribunales españoles son competentes para conocer del presente litigio.

Debe partirse, para resolver el resto de los recursos y motivos de apelación, de los hechos que se declaran probados en el fundamento de Derecho segundo de la resolución apelada y que no han sido discutidos en esta alzada, tanto respecto a las relaciones y hechos personales que afectan a D^a. Estrella y D. José Ignacio, como a la constitución de Duanal Investment, constitución y titularidad de las sociedades Alpes y Andes Ingenieros, S.A., así como del hecho que la sociedad Duanal Investment se constituyera durante la vigencia del régimen legal de gananciales, y en todo lo referente a la forma de constitución de la entidad Duanal Investment y la naturaleza y característica de dicha sociedad como una sociedad de las denominadas off shores, que se caracterizan por estar constituidas al amparo de la ley uruguaya 11.073, una de cuyas características fundamentales es que permite que permanezca oculto el verdadero propietario de la sociedad.

Partiendo de tales hechos y dado que el recurso de apelación permite valorar de nuevo el resultado de la prueba practicada en primera instancia, que debe completarse con el resultado de la prueba practicada en esta alzada, debe examinarse la primera de las pretensiones planteadas en la demanda, si la sociedad Duanal Investment, que se constituyó cuando estaba vigente la sociedad legal de gananciales entre Estrella y D. José Ignacio, formaba parte o no de dicho patrimonio ganancial, por haber sido constituida por éste último en virtud de lo establecido en el art. 1347.5º Cc. [...].

Partiendo por lo tanto de tales hechos, así como de la valoración de la declaración de los testigos que han declarado tanto en primera instancia como en esta alzada, ha de llegarse a la conclusión que la titularidad real de las acciones de la sociedad Duanal Investment cuando se constituyó dicha sociedad formaban parte de la sociedad legal de gananciales constituida por el Sr. D. José Ignacio y D^a. Estrella, teniendo en cuenta que en virtud del poder general formalmente otorgado a favor del Sr. José Ignacio éste actuaba como el verdadero propietario de dicha sociedad, sin llevar a cabo ningún tipo de rendición de cuentas a los presuntos accionistas durante el largo periodo que administró la sociedad; sin que el hecho de que los demandados personados a los autos hayan aportado unas actas notariales a las que se acompañan unas copias de unos títulos valores de dichas acciones puedan desvirtuar dicha conclusión, teniendo en cuenta por un lado que tales actas notariales, aún admitiendo que puedan tener la misma eficacia probatoria que se atribuye a dichas actas en España, al haber sido otorgadas en Uruguay y Argentina, en modo alguno puede desvirtuar dicha conclusión, toda vez que tales documentos, los títulos de las acciones, no han sido aportados originales a los autos, por lo que han impedido a este tribunal su examen, y en segundo lugar porque tampoco se acredita que dichos títulos sean los que fueron emitidos al constituirse la sociedad [...]

SUCESIONES

EFFECTOS EN ESPAÑA DE UN TRUST MORTIS CAUSA E OTORGADO EN EE UU

2010/99.— Audiencia Provincial de Jaén, Sección Segunda, Sentencia nº 72/20, 10 de 25 de marzo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Morales Ortega. JUR\2010\195070.

Sucesión testamentaria.— *Trust mortis causa.*— **Declaración de la validez del testamento ante el notario de EE UU.**— **Derecho aplicable a los efectos de determinar la condición de herederos de los beneficiarios de un trust,**

Normas aplicadas: Arts. 9.8º y 12.6º Cc.

[...] partiendo pues de la validez formal del testamento, habrá que otorgar la razón a los apelantes en orden a la flagrante contradicción en que se incurre en el FD 5º de la resolución recurrida, toda vez que si como se expone en el mismo y de conformidad con lo establecido en el art. 9.8 Cc, “La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento” y

consta y se razona además en dicha resolución que D^a Consuelo tenía la nacionalidad española, que nunca abandonó, falleciendo en Jaén el 25 de julio de 2006, serán las disposiciones sucesorias contenidas en el Cc las que resultarán de aplicación, de modo que no se entiende como pese a ello, finalmente desestima las pretensiones de los actores por falta de acreditación del “contenido del Derecho americano por los medios de prueba admitidos en la ley española, a efectos de poder comprobar si en el citado Derecho tienen esa consideración” –si los beneficiarios del trust tienen la consideración de herederos conforme a aquella–.

El error y contradicción viene como apuntábamos al inicio de la transcripción de la doctrina contenida en la STS 30 de abril de 2008 [AEDIPr 2008/110], que desde luego no es aplicable al supuesto de autos en el sentido que se expone, pues lo enjuiciado en aquel supuesto era la pretensión de nulidad de escritura de adjudicación de herencia de la mitad indivisa de un chalet que había sido legado junto con otros bienes a la demandada por su difunto esposo en testamento, ambos con nacionalidad norteamericana, solicitando que se declarase que dicha mitad indivisa pertenecía a los herederos del marido en base a un trust, que ni tan siquiera fue constituido para regular la administración y adjudicación de su patrimonio en vida –living trust– sino para el caso de su muerte, esto es, para regular su sucesión tratándose de un trust mortis causa a modo de negocio sucesorio. De modo que habiéndose otorgado en aquel caso testamento válido conforme a las normas del Estado de Arizona, a la fecha de fallecimiento del causante se encontraba en vigor aquella declaración de trust formulada en la misma fecha del testamento al igual que aquí acontece y es así, que nuestro más Alto Tribunal precisamente ratifica la validez otorgada al testamento cuya invalidez se pretendía frente a dicho trust, al aplicar la legislación española por falta de acreditación del contenido y vigencia del derecho extranjero por los medios de prueba admitidos por nuestra legislación como permitía el ya derogado art. 12.6º. II Cc y ante la necesidad de resolver la cuestión planteada conforme le imponía el art. 1.7º Cc, limitándose a decir que dicho trust era un negocio sucesorio ampliamente utilizado en los países de la common law, pero no previsto en el Derecho español, ni tener España suscrito del Convenio de La Haya de 1 julio 1985 sobre ley aplicable al trust y su reconocimiento. Y es por ello, por tratarse de un trust constituido mortis causa, por lo que ante la inexistencia de norma específica de conflicto en Derecho español determinante de cuál sería el Derecho material aplicable a la figura, por lo que entendió que tal laguna había de suplirse acudiendo a la norma de conflicto propia de la sucesión mortis causa que, contenida en el art. 9.8º Cc, en aquel caso, la propia del estado de Arizona, por no acreditarse, determinó la aplicación supletoria de la legislación española, de modo que no se puede decir como se concluye en la instancia y pretende el recurrente al alegar que el trust carece de validez en España, que la referida sentencia concluye sin más esa invalidez con carácter general del trust anglosajón, pues lo se extrae de la misma es la falta de validez en el supuesto concreto enjuiciado por falta de acreditación del Derecho aplicable al contenido del mismo al tratarse de un negocio sucesorio, que no es el caso de autos, no reconocido en nuestras normas de derecho sucesorio, ni compatible con el mismo, frente al testamento otorgado en esa misma fecha por el mismo causante, que sí reunía tal condición, pero nada más.

Por ello y aun partiendo de que efectivamente el tan referido trust anglosajón no se puede equiparar a la fiducia, pues se trata de una relación jurídica mucho más compleja en la que se enmarcan según la doctrina, relaciones atinentes al mandato, albaceazgo, depósito, tutela etc., correspondiéndose más bien con las que en nuestro Derecho se califican de intuitu personae, y esa es la razón por la que en los sistemas de origen latino, los denominados por el Derecho anglosajón de la civil law, su funcionamiento puede resultar excesivo al abarcar más posibilidades de las requeridas, creando aparente duplicidad de figurar –al coincidir la figura del fiduciante con la del fiduciario– e introduciendo serias dificultades en su estudio y aplicación, pero sin que ello signifique que acreditado el contenido de la legislación que lo regula, no se pueda determinar su aplicabilidad, de hecho y como resalta la SAP Tarragona 17 de febrero de 2005, los fondos de inversión colectiva de carácter financiero o los de inversión inmobiliaria, entre otros existentes en nuestro derecho, no son más que fiducias inspiradas en el trust anglosajón, pero adaptadas a nuestro Derecho civil, deficientemente en la mayoría de ocasiones.

En todo caso, no es la validez del living trust aportado a los autos el quid de la cuestión de fondo a resolver en el presente supuesto, sino en realidad como exponen los apelados, la validez material del testamento otorgado simultáneamente a aquel y más concretamente, si el mismo se ha de entender como se alega, no contiene la institución de heredero. Al respecto, como exponen los apelantes, habida cuenta de la redacción del art. 675 Cc, la interpretación subjetiva en materia de disposiciones de última voluntad, además de ser la preferente en tesis general, es también la que debe juzgarse consagrada en el Derecho positivo español, de modo que poniendo en relación tal precepto con el art. 773 Cc según el cual, la institución de heredero no queda viciada siempre y “cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cual es la persona nombrada”, habrá que entender que lo que la ley manda es, atender ampliamente a la voluntad del testador para fijar las disposiciones más importantes del testamento (institución de heredero o designación de legatario) y según reiterada jurisprudencia, el juez deberá enfocar todas las circunstancias del caso para dar a las palabras el sentido que sea más conforme a la situación, ideas y hábitos del testador, de conformidad con la supremacía que, especialmente en la interpretación del negocio jurídico unilateral (mortis causa), ha de concederse a la voluntad del disponente” (STS 5 y 18 de junio de 1979, 10 de febrero de 1986 y 9 de octubre de 2003), debiendo primar el sentido literal de los términos empleados por el testador (STS de 18-7-05) y atendiendo incluso a la llamada prueba extrínseca, de modo que la voluntad del de cuius tendrá eficacia interpretativa con tal que haya encontrado en el documento una expresión reconocible desde el punto de vista del testador.

En consecuencia, y de conformidad con la doctrina dicha, en el supuesto de autos habremos de concluir que del contenido de la cláusula testamentaria segunda ap. 2 antes expuesta, se deriva la clara voluntad de D^a Consuelo, de instituir herederos a los actores, porque en ella quedan claramente identificados, ya que con certeza establecía la alternativa de que para el caso de que al momento de su fallecimiento el fideicomiso revocable en vida no estuviese vigente y los propios demandados reconocen que no lo estaba, instituía herederos universales a aquellos al establecer que “la disposición de mis bienes se hará conforme a los términos de mi fideicomiso revocable en vida como si éste estuviera en plena vigencia y efectos en la fecha de mi fallecimiento”, esto es, dejaba todos sus bienes a los beneficiarios del trust constituido simultáneamente aportado como doc. n° 5 –traducido, el n° 6–, documento público con eficacia probatoria como antes expusimos, y así, independientemente de la validez o no de esa relación jurídica compleja, lo que no puede ofrecer duda alguna es que en su cláusula duodécima se designaban como beneficiarios de los bienes que quedasen a la extinción del fideicomiso a Torcuato y Soga Gakkai International U.S.A. en 1 de octubre de 2010 partes respectivamente, luego no existe contravención de orden público alguno como alegan los demandados apelados. [...].

Finalmente, la duda que pretenden introducir los apelados sobre dicha validez por no poder tener la certeza jurídica de que dicho testamento fuese el último otorgado, no puede tener acogida en esta instancia, pues dicha duda realmente se disipa si tenemos en cuenta que en España donde falleció la causante, es claro que no se otorgó, pues así debió constar en la certificación que los demandados debieron aportar a la declaración de herederos instada, y aun siendo cierto que EE UU no suscribió el Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972, sobre el Registro de Actos de Última Voluntad, en nada empece a que esta Sala esté convencida de ser dicho testamento también el último otorgado en dicho país, pues así se ha de entender según resulta del documento apostillado aportado como n° 7, consistente en la Orden del Tribunal Estatal del Condado de Cook por la que se acepta el referido testamento para su validación y se nombra apoderado, de modo que en definitiva y asistiendo la razón a los recurrentes habrá de estimarse el recurso de apelación interpuesto y en su consecuencia estimar las pretensiones por ellos esgrimidas, incluida la condena en costas para los demandados en base al principio del vencimiento objetivo del art. 394 LEC, al resultar estimada la demanda en su integridad.

ÁMBITO DEL REENVÍO DE RETORNO EN EL DERECHO SUCESORIO

2010/100.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décimosexta, Auto nº 52/2010, de 31 de marzo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas. JUR\2010\175085.

Sucesión de bienes inmuebles situados en España.— Declaración del derecho a suceder en los bienes inmuebles radicados en España.— Sucesión por causa de muerte.— Aplicación de los criterios de unidad y universalidad.— Denegación del reenvío.

Normas aplicadas: Art.s 8.1º, 9.8º, 10.1º y 12.2º y 6º Cc.

[...] La pretensión de la recurrente no puede ser acogida por diversas razones.

En primer lugar, porque no cabe la desmembración de la sucesión a través del reconocimiento de herederos distintos en función del lugar en que radiquen los bienes integrantes del caudal relicto, ya que la característica más acusada de la institución de heredero consiste en que el favorecido por ella se convierte en sucesor universal del causante, “cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”, como cuida de precisar el art. 9º.8 Cc .

En segundo lugar, porque la norma de Derecho internacional privado francés invocada en el recurso (art. 3 II CF) alude, como es manifiesto, a la ley que debe resolver toda controversia que rodee al desenvolvimiento de la propiedad de un bien inmueble situado en territorio francés, mas no atiende todo lo relativo al destino de ese bien tras el fallecimiento de su titular, cuestión a dilucidar con arreglo a la preferencial norma sucesoria correspondiente. Así resulta de la propia norma de conflicto francesa invocada, de otra parte muy similar a las que regulan idéntica cuestión en Derecho español (arts. 8º.1, 9.1º y 10.1º Cc), por lo que de ningún modo puede considerarse norma de reenvío a los efectos que nos ocupan.

En tercer lugar, porque los tribunales españoles han de aplicar de oficio las normas de conflicto del derecho español y calificarlas con arreglo al Derecho español (art. 12, aps. 1 y 6, Cc), y en el caso enjuiciado esas normas remiten sin duda a la ley nacional de la causante como rectora de la sucesión por causa de muerte (art. 9º, aps. 1 y 8, Cc), cualquiera que sea el lugar en que radiquen los bienes relictos, lo que excluye toda operatividad de la norma de conflicto destinada a regular una cuestión distinta, cual es “la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles” (art. 10.1º Cc).

En cuarto lugar, porque la resolución impugnada no vulnera la doctrina legal contenida en la STS 23 de septiembre de 2002 y las que allí se citan, toda vez que dicha sentencia recuerda que la sucesión por causa de muerte se rige básicamente por los criterios de unidad y universalidad, lo que cierra el paso al reenvío de retorno (art. 12.2º Cc) que haga un Derecho extranjero a la ley española respecto de los bienes situados en territorio español. Con todo, si la mencionada STS de septiembre de 2002 aceptó el reenvío de la ley inglesa, ley personal del causante, a la ley sucesoria española fue porque la totalidad del caudal relicto dejado por el ciudadano británico de cuya sucesión se trataba estaba compuesto por fincas sitas en España.

2010/101.— Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, Sentencia nº 304/2010, de 5 de octubre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Prieto Lozano. JUR\2011\66355.

Determinación de la ley nacional de la causante a los efectos de la aplicación del Derecho sucesorio.- Aplicación de la ley española.- Convenio de la Haya sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte de fecha 1 de agosto de 1989.- Posibilidad de aplicar el reenvío de retorno.

Normas aplicadas: arts. 9.1º, 8º y 12.6º Cc; art. 281 LEC; art. 1 y 3.2º Convenio de la Haya sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, de 1 de agosto de 1989.

[...] las alegaciones, aducidas por el recurrente se centran en esencia en mantener que fue errónea la apreciación, la final conclusión, que el Juzgado a quo estableció en la sentencia apelada y de la que

parte a modo de premisa a los fines de aplicar el Derecho sucesorio español para determinar los llamados suceder a D^a Santiago y adquirir por tal título su haber hereditario, en cuanto determina que, cual alegaba el actor en su demanda y como primera alternativa o primero de sus argumentos para sustentar sus pedimentos, la nacionalidad de tal causante en el momento de su fallecimiento acaecido el día 7 de julio de 2002 era la venezolana, dado que aunque su padres fueran de nacionalidad holandesa, ella había nacido en Venezuela, en concreto en la ciudad de Caracas, el día 24 de mayo de 1954, por lo que de conformidad y amparo del art. 22.1º de Constitución de 1953 de tal país, Venezuela, había adquirido, es claro que por ius soli, la nacionalidad venezolana, manteniendo sin embargo el apelante que la nacionalidad de la fallecida, su esposa, la Sra. Santiago, y en el momento de su óbito era la holandesa al igual que la de su padre D. Felipe, que le sobrevivió y D^a Sagrario que le había premuerto.

Con base a tal circunstancia el recurrente mantiene que, a los fines determinar el orden sucesorio abintestato de tal causante, su esposa, con quien había contraído matrimonio el día 17 de junio de 1998, y fallecida sin haber otorgado testamento, no había sido ni era procedente acudir, cual había decidido erróneamente el Juzgado de instancia en la sentencia apelada y al amparo y dando cumplimiento a lo prevenido en el art. 9 aps. 1º y 8º Cc Español, a lo establecido en la legislación venezolana, en este caso la Ley de Derecho internacional privado publicada en la Gaceta Oficial nº 36.511 de 6 de agosto de 1998, cuya existencia y vigencia estimaba la sentencia apelada se hallaba acreditada con base a la documental presentada con su demanda por el actor, (en este caso certificación obrante a los folios 36 a 39 emitida por el Consulado en España de la República Bolivariana de Venezuela y de acuerdo con lo exigido en el art. 12.6º Cc y art. 281 LEC) y en concreto a lo establecido en el art. 34 del referido texto legal en cuanto dispone que “Las sucesiones se rigen por el Derecho del domicilio del causante”, sino que debió y debía tenerse en cuenta y por el contrario, y al amparo de lo previsto en el art. 9.1º ya citado del Cc español, lo establecido en el ordenamiento holandés.

Las alegaciones del recurrente pueden ser admitidas, pero ello no debe de implicar en este caso la modificación de los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia apelada, ni la alteración de la motivación final, o ratio decidendi última, en base a la cual el Juzgado de instancia estimó los pedimentos de la demanda, la aplicación del Derecho español a los fines de determinar la sucesión intestada de la causante D^a Santiago.

Y ello así debe de estimarse por cuanto si bien es cierto que con base en la documental, entre otros los documentos nº 1 (certificado de defunción) o nº 10 (certificado de residencia), que obra en esta causa, documental presentada exclusivamente por el actor, dado que el demandado no ha aportado prueba alguna a los genéricos fines que establece el art. 217 LEC, ni en su caso los concretos efectos que previenen los arts. 12.6º Cc y 281 LEC, debe entenderse que existen en autos elementos de juicio bastante que permiten concluir que la causante y en la fecha de su fallecimiento ostentaba la nacionalidad holandesa por ius sanguinis y no por ello la venezolana cual erróneamente y al entender de esta Sala estimó el Juzgado de instancia, también lo es que a la vista de tal documental (...) y en lo necesario en los datos que aporsto la testifical practicada, pruebas no desvirtuados por ningún otro medio probatorio no ofrecido y en su caso por el demandado, que la citada causante y en el momento de su fallecimiento, residía en España, y que asimismo que en España había venido residiendo de forma continuada y habitual desde 1983, esto es antes y después de haber contraído matrimonio con el demandado Sr. Cornelio, ello sin perjuicio de que pudiera haber realizado esporádicos viajes a Holanda.

En consecuencia, y a los fines que previenen los aps. 1º y 8º del art. 9 de nuestro Cc Español, para regular la sucesión de la fallecida Sra. Santiago devenía y devendría en aplicable el ordenamiento jurídico privado holandés.

Sin embargo y cual se estima razonadamente en los dos informes jurídicos obrantes en autos, elaborados cada uno de ellos por un jurisconsulto, una la Sra. Elisabeth de nacionalidad holandesa, otro, el Sr. Hilario, español, ambos suficientemente razonados, y aportados por el actor a los efectos que viene exigiendo la doctrina jurisprudencial (SSTC entre otras 10/2000, 155/2001, 33/2002 y SSTS

entre otras de fechas 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 16 de julio de 1991, 23 de octubre de 1992, 31 de diciembre de 1994, 9 de febrero de 1999) que como es sabido ha precisado que debiendo ser tratado el derecho extranjero como un hecho ello implica debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, “de modo que en el caso que ello no se produzca, deberá aplicarse el Derecho español” (STS entre otras de fecha 4 de julio de 2006) debe de concluirse que cual se estableció en la sentencia apelada, en definitiva y última instancia es el Derecho español, arts. 912 ss CC, en concreto los arts. 935, 937, y 943 siguientes y concordantes, los que devienen aplicables y operativos a fin de determinar quien debía de ser reputado y declarado heredero único de la citada causante, en el presente supuesto su padre que la sobrevivió ello sin perjuicio de los derechos que nuestro sistema sucesorio otorga al cónyuge viudo, en este caso el Sr. Cornelio.

Y todo ello por cuanto consta documental y suficientemente acreditado que deviene aplicable el Convenio de la Haya sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte de fecha 1 de agosto de 1989, que adquirió fuerza vinculante en Holanda al haber sido incorporado al ordenamiento jurídico de tal país por la Ley de 4 de agosto de 1996, Ley de “Derecho conflictivo de sucesión” y según se establece en su art. 1º (...) al establecer que “el Derecho aplicable a la sucesión hereditaria será determinado por las disposiciones del Convenio celebrado el 1 de agosto de 1989 en la Haya sobre Derecho aplicable a la sucesión hereditaria”, el cual en su art. 3.2º (...) dispone que “la sucesión se regirá igualmente por la Ley del Estado en el cual el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento si hubiera residido en dicho Estado, por lo menos durante un periodo de tiempo de cinco años inmediatamente anteriores a su fallecimiento”.

Por ello debe estimarse, y en consecuencia, que acreditado el presupuesto de hecho antes mencionado, la efectiva residencia en España de la Sra. Santiago en el momento de su óbito y durante un periodo de tiempo superior al establecido y exigido por tal precepto, es como se indicó, el Derecho sucesorio español, arts. 912 ss, en concreto los arts. 935, 937, y 943 ss, el que deviene aplicable y operativos a fin de determinar quien debe de ser declarado heredero único de la citada causante, siendo además posible, procedente y pertinente el reenvío, en este caso el denominado reenvío de retorno, que el Derecho holandés realiza al Derecho español, a tenor de lo que previene y dispone el art. 12.2º Cc, y doctrina jurisprudencial que lo ha interpretado (SSTS. entre otras de fechas 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999, 23 de octubre de 2002).

CUESTIONES SOBRE PRUEBA DE DERECHO EXTRANJERO

2010/102.— Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoprimera, Sentencia nº 204/2010, de 20 de abril de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Rosa María Carrasco López. JUR/2010/233210.

Sucesion hereditaria.- Reclamación a herederos de padre de parte no recibida de herencia de madre: estimación.- Derecho a entrega de herencia de madre como segundos herederos.- Valoración pericial practicada: aplicación Derecho alemán.

Normas aplicadas: Arts. 9.8º y 12.6º Cc; art. 281.2º LEC.

[...] El ordenamiento jurídico conforme al que se debe resolver, y se debía haber llevado a efecto la partición de la herencia de D. Manuel y no se hizo, es Derecho alemán de conformidad con las normas de Derecho internacional privado, art. 9.8º Cc, norma según la cual 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 encuentre”, Derecho que según dispone el art. 281.2º ha de ser probado “en lo que respecta a su contenido y vigencia”, si bien añade la norma que podrá el tribunal valerse “de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”.

El Derecho extranjero es tratado como un hecho y por ello debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente sino su alcance y autorizada interpretación de modo que en el caso que ello no se produzca, tenía declarado el TS y TC

interpretando el art. 12.6º párrafo segundo Cc, derogado al entrar en vigor la LEC vigente de 7 de enero de 2000; interpretación que continúa siendo válida porque la dicción del art. 281.2º LEC su esencia en nada difiere con la anterior contenida en el Cc (STS 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, y 9 de febrero de 1999; y STC 10/2000, 155/2001).

Y quien tiene que probar el Derecho extranjero era la parte actora, por lo que debe comenzarse examinando los recursos por los motivos referidos a la infracción de normas procesal en relación precisamente con la prueba practicada.

El recurso de los Sres. Gabriel Carlos Manuel está fundado en considerar que no debió darse por probado el Derecho alemán primero porque en el informe pericial aportado por los actores no estaba incluida la traducción del art. 2112 Cc alemán, y segundo, porque dicho informe no podía ser valorado al no haber cumplido los peritos la exigencia dispuesta en el art. 335.2LEC, considerando que al dar por vigente y probado el contenido del precepto antes referido y del resto de normas de Derecho alemán reguladoras de la sucesión habría infringido no solo el art. 335.2LEC sino el art. 217.2 y a su vez el 218.2º –falta de motivación– ambos LEC.

Las sentencias deben estar motivadas, no debiéndose confundir lo que es la motivación con el error en la valoración de la prueba, o falta de prueba en su caso; en la sentencia se expone cuál es la razón o razones por las que llega a la conclusión de no haberse respetado los derechos hereditarios de los actores en relación con la herencia de su madre, de la que eran “segundos herederos” –herederos fideicomisarios–; y ese motivo es el resultado de la pericial y el resto de prueba testifical y documental.

La falta de motivación que alega la parte en ningún caso es tal, y basta con leer la sentencia, pero es más, si hubiera falta de motivación en ningún caso ello sería razón para revocar aquella y menos por falta de prueba o error al valorar la practicada, al ser dos conceptos distintos, jurídica y gramaticalmente, pero además porque de tal defecto no se deriva la revocación de la sentencia solicitada por la parte, lo que se comprueba leyendo el art. 218.2º LEC, norma que no contempla como efecto a la falta de motivación ni la revocación ni la desestimación de la demanda como pudiera entenderse pretenden los referidos recurrentes.

Pero no solo no hay falta de motivación, sino que ese “vacío jurídico”, al que se refiere la parte, folio 556, derivado de no haberse probado “la vigencia del art. 2112” no es tal porque sí está probada aunque en el informe pericial no se transcribiera y por tanto no esté traducido, porque lo acreditó la codemandada, quien aportó prueba documental (...) denominada “extracto de Cc alemán” en el que se tradujeron en forma las normas de Derecho alemán “vigentes” y en ese listado está dicho artículo que es de remisión a otros preceptos en concreto al 2113 BGB debidamente referido en el informe pericial, por tanto dicha norma sí está acreditada, sin que se pueda negar su vigencia y contenido porque quien hubiera practicado esa prueba fuera la demandada porque se ha de resolver valorando la prueba practicada, y si no hay prueba atendiendo a la regla sobre la carga de la prueba –onus probandi–, art. 217 LEC, pero en este caso no se puede pretender que se haya resuelto sin prueba, y por tanto que hubiera debido el tribunal de dictar sentencia sin dar por vigente dicha norma y su contenido, porque todo ello está en los autos, es un hecho probado, siendo indiferente quién acreditara la norma referida (STS 9 de abril de 1997).

Todos los apelantes han cuestionado el informe pericial [...]

La relación profesional de los peritos con los actores, admitida a preguntas del apelante, Sres. Gabriel Carlos Manuel Maximo Victoriano, no implica primero que hubiera tacha de peritos por su parte, con la consiguiente prueba tendente a acreditar la imparcialidad al emitir el informe y en concreto respecto de la vigencia del Derecho alemán y su interpretación, y segundo, tampoco supone falta de imparcialidad, ni se pone en entredicho la corrección de lo informado, en definitiva las respuestas dadas a las preguntas que se les hicieron; menos aún cuando las normas de Derecho alemán están aportados por la codemandada/apelante, y puede ser interpretadas en su caso, como afirman los recurrentes, sin que proceda su tesis, de que deberían aplicarse las normas de Derecho español. [...]

Partiendo de lo referido y de conformidad con la prueba practicada, tanto la testifical del albacea en el sentido antes reseñado y la pericial practicada, y valorada conforme a lo dispuesto en el art.

343LEC, estimó la demanda tras concretar los siguientes extremos: a). Que el padre recibió la herencia de la madre con la obligación de transmitirla a los herederos fideicomisarios; b). Que el padre fue instituido heredero fiduciario, primer heredero, sin poder de disposición, únicamente con las facultades de disposición otorgadas por la Ley, art. 2112 y 2130 del BGB alemán; c). Que como primer heredero no estaba obligado a liquidar el régimen económico matrimonial porque recibía todos los bienes de la herencia de la fallecida, su esposas; d) Que formaba parte de la herencia de la madre, íntegramente: el apartamento sito en Kassel, del que era única propietaria y el dinero que había en sus cuentas, y el cincuenta por ciento de los bienes sitos en España, al ser gananciales; y ello porque la conclusión única a la que se podía llegar atendiendo a la prueba habida es que no se les entregó toda la herencia de su madre a los herederos fideicomisarios, en concreto el dinero que había en sus cuentas y el cincuenta por ciento de los bienes de los que había dispuesto su padre, previa adjudicación.

Una vez examinada la prueba practicada, entiende este tribunal, que lo resuelto es conforme a la misma, sin que sea de recibo el pretendido error en la valoración de la pericial y documental practicada, de la que se deriva que el padre de los actores fue instituido como heredero fiduciario sin poder de disposición en los términos pretendidos por los recurrentes. Porque así se ha de entender de la lectura del testamento, informe pericial aportado, y los preceptos del Código alemán vigentes. [...]

CUESTIONES DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

2010/103.– Audiencia Provincial de Burgos, Sección Segunda, Auto nº 352/2010, de 29 de julio de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Arabela García Espina. JUR\2010\302087.

Actos de jurisdicción voluntaria.– Competencia de los tribunales españoles en el orden civil.– Competencia de los tribunales españoles: estimación.– Sucesiones.– Nombramiento de un defensor judicial para que represente a los menores en la partición de la herencia de su madre fallecida.– Competencia de los Tribunales Españoles atendiendo a la residencia habitual del padre de los menores y a su residencia habitual.

Normas aplicadas: Arts. 1 y 8 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de 27 de noviembre de 2003.

[...] En el caso de autos, la familia, que residía en España, pasó a residir temporalmente a Viena, al ser destinado el padre del menor (funcionario de Carrera del Consejo de Seguridad Nuclear con sede de trabajo en Madrid), a la Representación Permanente ante las Organizaciones Internacionales con sede en Viena, por una Comisión de Servicios de seis meses, de fecha 1 de noviembre de 2008, prorrogada, sucesivamente, por otros seis meses, con terminación definitiva el día 31 de Marzo de 2010.

Dado que la estancia del Sr. Juan Pablo, que ha arrastrado a la familia, en Viena (Austria) es meramente temporal, por motivos laborales de carácter también temporal (la comisión de servicios tiene ese carácter, según resulta del art. 64 RD 364/1995 de 10 de marzo); teniendo en cuenta que el elemento fundamental del concepto de residencia habitual no es la permanencia más o menos larga a ininterrumpida en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse la persona de forma más o menos indefinida; dado el carácter meramente coyuntural de la estancia de la familia en Viena, por razón de una Comisión de Servicios por seis meses, que ha venido prorrogándose, habiendo terminado ya definitivamente con fecha 31 de Marzo de 2010, según resulta de la certificación del Consejo de Seguridad Nuclear, no existiendo lazo familiar o afectivo de la familia con Viena, siendo la mera vinculación con el país el trabajo temporal del progenitor Sr. Juan Pablo, que ha hecho expresa manifestación de su intención de regresar a España donde se encuentra la mayor parte de su patrimonio, (aun cuando también tenga bienes raíces en Austria); procede considerar como residencia habitual del progenitor que ostenta la guarda y custodia, la que tuvo con anterioridad a su coyuntural traslado a Viena, y correspondiendo esta a una localidad de España, país del que tanto los progenitores

como los menores son nacionales, donde tienen toda la familia, tienen sus relaciones familiares y sociales, los Tribunales españoles gozan de Jurisdicción para conocer de la solicitud de nombramiento de defensor judicial para que represente a los menores en la partición de la herencia de su madre fallecida.

Habiéndose declarado el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Burgos (Juzgado de Familia) incompetente para conocer de la solicitud de nombramiento de defensor judicial de los menores, por considerar que los Tribunales Españoles carecían de Jurisdicción; gozando los Tribunales Españoles de Jurisdicción para conocer del presente expediente de Jurisdicción Voluntaria, procede la devolución de los Autos al Tribunal de procedencia, para que de a la solicitud formulada la tramitación oportuna.

En el curso de la tramitación del recurso de apelación, se ha producido el fallecimiento de la menor Zaida, el día 15 de abril de 2010 según resulta del certificado de defunción de la menor, aportado con el escrito presentado por la parte recurrida ante este Tribunal con fecha 24 de mayo de 2010. Fallecido uno de los menores respecto de los que se solicitaba nombramiento de defensor judicial, procederá seguir el expediente de Jurisdicción Voluntaria únicamente respecto del menor Hernan.

2010/104.– Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Cuarta, Sentencia nº 106/2010, de 22 de septiembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas. JUR/2010/362252.

Competencia de los tribunales españoles: estimación.– Declaración de herederos abintestato a favor de parientes colaterales residentes en España.– Causante español, residente y fallecido en Londres, domiciliado anteriormente en localidad española, soltero, sin otros familiares conocidos más próximos.– Único bien: cuenta de ahorro en una sucursal bancaria en España

Normas aplicadas: Art. 22.3º LOPJ.

[...] El Tribunal entiende que, en las circunstancias del caso examinado, no resulta clara la ausencia de jurisdicción de los tribunales españoles, habida cuenta en general de las razones esgrimidas por la apelante al existir suficientes vínculos o conexión y una proximidad razonable del asunto. Con el Estado español, ante cuyos tribunales se ha instado el presente procedimiento, con las personas interesadas y con los bienes o intereses materiales objeto de la sucesión mortis causa en cuestión, tratándose de un tema de competencia internacional no imperativa, debiendo de interpretarse o aplicarse la normativa al respecto de manera amplia o flexible para una mejor tutela judicial y acceso a la justicia, evitando gravámenes excesivos o desproporcionados a los intereses en juego y hasta el riesgo de denegación de protección, máxime a la vista de la regla de competencia internacional incluida en los arts. 979 LEC/1981 y 209 –bis del Reglamento Notarial, invocados por la recurrente, no resultando entonces coherente que, dependiendo del tipo de herederos legales, más o menos cercanos al causante, resulten competentes las autoridades españolas o las extranjeras, pudiendo también interpretarse el art. 980 LEC/1981 (“los demás herederos abintestato podrán obtener la declaración en vía judicial justificando”...) en relación con el 979 (declaración abintestato a favor de parientes en línea recta o cónyuge, mediante acta de notariad ante notario del “lugar en que hubiese tenido el causante su último domicilio en España”) y el 209–bis RN (último domicilio del causante en España y, de no haberlo tenido nunca en España, el del lugar de fallecimiento, y caso de haber ocurrido en el extranjero, el lugar donde estuviese una parte considerable de sus bienes o de las cuentas bancarias). Tema distinto serán las justificaciones requeridas al fin en cuestión (declaración de herederos abintestato) y en particular si el Juzgado, en su caso, considera necesario posteriormente la acreditación de los actos de última voluntad que consten en los archivos del Reino Unido, si existiese un Registro al respecto.

**LA REVOCABILIDAD O IRREVOCABILIDAD DEL TESTAMENTO NO FORMA
PARTE DEL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL**

2010/105.— Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 602/2010 de 8 de octubre de 2010. Excmo Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz. RJ\2010\8009.

Sucesión hereditaria.- Ley aplicable.- Lor ley nacional del causante.- Orden público como límite a la aplicación del Derecho extranjero.- Revocabilidad o irrevocabilidad del testamento: no forma parte del orden público español.- Sucesión hereditaria: testamento mancomunado en el Derecho alemán.- Nulidad del testamento otorgado en España que contravine el anterior testamento mancomunado otorgado por ciudadano alemán.- Testamento mancomunado recíproco entre cónyuges: carácter irrevocable a la muerte de uno de ellos de conformidad con el BGB.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º y 12.3º Cc.

[...] Ante todo, hay que partir de la norma de Derecho internacional sita en el art. 9.1º Cc que dispone que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad y que dicha ley rige, entre otros extremos, la sucesión por causa de muerte, norma a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 2004. En consecuencia, al presente caso es aplicable el Derecho alemán, ya que de tal nacionalidad es el causante de la herencia cuyos testamentos se discuten y deben aplicarse al BGB (Bürgerliches Gesetzbuch=Cc) que contempla el testamento mancomunado en los § 2265 a 2273, el primero de los cuales dispone que un testamento mancomunados 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. Y el § 2271 se refiere a la revocación del mismo, disponiendo, entre otros extremos, que no interesan aquí, que el derecho a revocar se extingue con la muerte del otro cónyuge.

El testamento mancomunado, no admitido en el Cc español (art. 669: no podrán testar dos o más personas mancomunadamente...) aunque sí en derechos propios de algunas Comunidades Autónomas (Cataluña, Aragón y Navarra) se produce cuando las personas, necesariamente cónyuges en el BGB testan en común, en un solo documento público o en un documento privado, como testamento ológrafo. Muy discutida su conveniencia, ha sido admitido en el derecho alemán desde la época medieval y se ha mantenido en el BGB.

En éste, es trascendente el efecto vincular del testamento mancomunado en las disposiciones recíprocas, que excluye la revocación unilateral y, tras la muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente sólo puede revocarlo si renuncia a lo que le había atribuido el premuerto. En el caso presente, consta que el esposo aceptó expresamente la herencia causada por su cónyuge premuerto, la señora Margrit. Por tanto, el cónyuge supérstite quedó limitado en su libertad de testar, ya que no son válidas las disposiciones que hubiera adoptado en contra del testamento mancomunado anterior. Y si contraviene o traspasa tal limitación el § 134 dispone que un negocio jurídico contrario a una prohibición legal es nulo. [...].

El recurso de casación que ha formulado la parte actora (...), alega la infracción del art. 12.3º Cc que dispone que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público, en relación con los arts. 737 y 739 del mismo código que proclama la revocabilidad del testamento, en Derecho español naturalmente. A lo largo del desarrollo del motivo insiste una y otra vez en que la revocabilidad del testamento es un principio de orden público que impide la aplicación de una norma de Derecho extranjero que imponga la irrevocabilidad, aunque sea de un testamento mancomunado.

El concepto de orden público en el Derecho internacional privado es un aspecto particular más, entre otros, de la noción general en el ordenamiento español. Cuando el art. 12.3º Cc impone la

excepción del orden público en la remisión al Derecho extranjero, constituye un límite, formulado con carácter absoluto a la aplicación del mismo. Sin embargo, es un concepto indeterminado que engloba el conjunto de valores o principios que inspiran y presiden el ordenamiento nacional, funcionando como pauta para su funcionamiento correcto. Puede considerarse que 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 Cc.

Y no es el supuesto de la especialísima norma que impone la irrevocabilidad, cuando se pretende hacer unilateralmente en el testamento mancomunado. Siendo así 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 insita en su mismo concepto, no es posible que forme parte del orden público. Todo el concepto, por más que sea difuso, del mismo 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.

Por ello, se rechaza el motivo, sin que puedan apreciarse unas alegaciones sobre determinados documentos ni la extraña alegación sobre la acreditación del Derecho alemán, que esta Sala bien conoce y que no constan como tal motivo en su preparación, planteamiento y cita de norma supuestamente infringida. [...].

El segundo de los motivos del recurso de casación mantiene que se ha producido infracción del art. 9.3º CE en cuanto proclama el principio de seguridad jurídica. [...].

No ha infringido esta norma la sentencia de instancia. En el desarrollo del motivo se explican unas supuestas anomalías o deficiencias en el Derecho alemán, pero ello no implica que la sentencia recurrida atente el principio constitucional de seguridad jurídica ni mucho menos atenta a tal principio, de proyección universal, el Derecho alemán. En el desarrollo del motivo se mezclan conceptos, como el de la reserva viudal en Derecho español, o el certificado judicial de heredero en el Derecho alemán, que queda fuera de la cuestión que se plantea en el recurso, ya que nada de ello alcanza al principio constitucional de seguridad jurídica. [...].

REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO POR SEPARACIÓN DE HECHO CON RUPTURA DE LA UNIDAD FAMILIAR POR ALGUNA DE LAS CAUSAS QUE PERMITEN LA SEPARACIÓN JUDICIAL O EL DIVORCIO

2010/106.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosexta, Sentencia nº 660/2010, de 22 de diciembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaino. JUR/2011/87871.

Sucesión hereditaria.- Ley aplicable.- Revocación de la institución de heredero: procedencia.- Disposición a favor del cónyuge separado de hecho del testador más de los tres años.- Aplicación del Derecho español.- Última residencia común en España: basta la separación de hecho para la revocación del testamento, con ruptura de la unidad familiar por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º, 14.6º y 107 Cc.

[...] El fallecido, D. Luis Angel, era de nacionalidad española. Por tanto, su sucesión se rige por el Derecho español, conforme a lo dispuesto en el art. 9.1º Cc. Es general el principio de que la herencia de las personas físicas se rige por su ley nacional y así se establece en la legislación española. Por

tanto, era irrelevante en este caso conocer el derecho de Irlanda, ya que no es aplicable a la herencia del señor Luis Angel, que no era irlandés.

La legislación irlandesa habría sido importante si se tratase de saber si el testamento aquí cuestionado, que se hizo en Irlanda, se formalizó correctamente. Pero no se trata de eso en este litigio, sino de si puede subsistir un testamento que se otorgó en 1997 a favor de la demandada, esposa del testador, cuando después se produjo la separación del matrimonio.

En consecuencia no se aceptará la petición de que se anule el proceso.

El señor Luis Angel era de vecindad civil catalana. Ello no se discute. Nació en Vilafranca del Penedès y, aunque viajó mucho durante toda su vida, no hay constancia de que perdiese su vecindad civil originaria. Además, en caso de duda prevalece la vecindad correspondiente al lugar de nacimiento, conforme a lo dispuesto en el art. 14.6º Cc.

Como el señor Luis Angel era catalán, ha de aplicarse a su herencia el derecho propio de Cataluña, lo cual tampoco puede discutirse. En concreto rige el Código de Sucesiones de 1991, pues cuando falleció el señor Luis Angel era esa la ley que estaba en vigor. Tampoco esto es discutible.

El art. 132 del Código de Sucesiones determinaba que las disposiciones hechas en testamento a favor del cónyuge del testador se presumían revocadas en los casos de nulidad, separación o divorcio posteriores al otorgamiento del testamento, así como en los supuestos de separación de hecho con ruptura de la unidad familiar por alguna de las causas que permiten la separación o el divorcio, o por consentimiento mutuo expresado formalmente.

En este caso el testamento fue otorgado a favor de la demandada, Dña. Josefina, el 3 de enero de 1997. Lo que sostienen los demandantes es que después de formalizarse el testamento se produjo la separación de hecho de dicha señora y del causante, durante tiempo suficiente como para constituir una causa de separación legal.

Ha de aclararse que los demandantes son los hijos menores del causante, Braulio y Casiano, aunque haya actuado en su representación su madre. Los auténticos demandantes son los hijos y así se consigna en el encabezamiento de la demanda, aunque luego se haya hecho constar en las actuaciones del proceso que la actora es su madre, Dña. Gloria.

Se alegó en la demanda que, al fallecer el señor Luis Angel, estaba separado de hecho de la señora Josefina, con ruptura de la unidad familiar, por una causa que permitía la separación legal. Se alegaban en la demanda las causas primera y quinta del art. 82 Cc por lo que se refiere a la separación y el art. 86.4º por lo que se refiere al divorcio. El Juzgado aceptó la demanda, pues consideró probado que el causante y la demandada llevaban separados de hecho desde el año 1999, de manera que declaró revocada la institución de heredera ordenada por el causante y anuló por consiguiente la escritura de aceptación y manifestación de herencia. [...]

La cuestión de fondo es clara. Es evidente que, cuando falleció el señor Luis Angel, llevaba varios años, desde luego más de tres, separado de la señora Josefina. Cuando se produjo el fallecimiento había por tanto motivo legal para la separación judicial de dichos cónyuges: el cese efectivo de la convivencia conyugal durante más de tres años, establecido en el art. 82.6º Cc, en la redacción entonces vigente. La causa primera del art. 82, invocada por los demandantes, no es admisible, pues se refiere a causas como el abandono de hogar o la infidelidad o cualquier conducta injuriosa o vejatoria. No se han alegado tales conductas y evidentemente no deben ser consideradas aquí. La causa del ap. 5 del art. 82, también invocada en la demanda, no es aplicable tampoco pues se refería a la separación de hecho durante más de 6 meses cuando tal separación había sido libremente consentida; consentimiento que en este caso no consta. Sí concurría, como hemos dicho, la del apartado sexto del art. 82, pues sin la menor duda cuando el señor Luis Angel falleció llevaba separado de hecho de su esposa más de tres años.

La juez de primera instancia llegó a la conclusión de que esa separación de hecho existió desde 1999. Este tribunal de apelación tiene la misma convicción de que el matrimonio se rompió y, cuando falleció el marido, en febrero de 2005, llevaba separado bastante más de los tres años que exigía la ley para que existiese causa de separación legal. La prueba al respecto es abundante y la sala no va a descender a detallarla, tan clara es la cuestión. No sólo hay varios testigos que lo confirman y en los que no se aprecia enemistad alguna con la señora Josefina. En concreto en los familiares del señor Luis

Angel no se aprecia dicha enemistad. La madre y la hermana nos han parecido sinceras y convincentes en sus respectivas declaraciones en el juicio. Pero es que, tanto en primera instancia como en la apelación, ha habido otras declaraciones en el mismo sentido, de personas que ningún vínculo de parentesco tenían con el señor Luis Angel.

A ello ha de añadirse la realidad de que el señor Luis Angel tuvo un hijo con Dña. Gloria en el año 2000 y otro en el 2004. Hay distintos documentos que sitúan a dichos dos señores residiendo en el mismo domicilio y proyectaban construir una vivienda para residir ellos y sus hijos, como declaró el arquitecto D. Jesús en el acto del juicio.

En el juicio prestó declaración Maximiliano, hijo del señor Braulio y de la demandada, de 25 años de edad cuando declaró. Dicho testigo confirmó que sus padres vivían separados, aunque afirmó que ello era por causa de la guerra de Liberia. No le constaba que sus padres estuviesen separados ni que la relación entre ellos fuese mala. Se le preguntó si la última vez que vio a su padre fue en 1.998, cuando él, con 15 años entonces, vino a la boda de su tía Montserrat, hermana de su padre. Manifestó el joven que no estaba seguro de ello, que alguna vez lo veía en Navidad, pero no podía asegurar en qué año, ni si a partir de 1999 había dejado de verlo. Se insistió en preguntar al testigo sobre la última vez que había visto a su padre y no lo recordaba. Maximiliano nació el 11 de abril de 1983. Cuando murió su padre tenía casi 22 años, edad que creemos suficiente para que hubiese recordado, al menos aproximadamente, de cuándo databan sus últimos encuentros con su padre, si es que la relación entre sus progenitores no hubiese estado interrumpida desde hacía mucho tiempo. El cese en la relación de sus padres explica que el testigo no recordase cuándo había visto a su padre por última vez. De haberse mantenido la relación entre los esposos con toda probabilidad su hijo mayor habría recordado, al menos aproximadamente, cuándo había visto a su padre por última vez.

Hemos considerado aplicable el Derecho español para decidir si existía causa legal de separación al producirse el fallecimiento de D. Braulio. La parte demandada ha insistido en la aplicación del Derecho sucesorio irlandés, pero respecto a la apreciación de si concurría causa legal de separación o de divorcio, no se ha discutido la aplicabilidad del Derecho español. Es sabido que los tribunales españoles deben aplicar las reglas de Derecho internacional privado españolas, como la propia parte demandada pone de relieve en su recurso. De acuerdo con el art. 107 Cc sería aplicable la legislación española a la separación y divorcio del matrimonio del señor Braulio y la señora Josefina, pues su última residencia común fue en España, según se alega en la contestación a la demanda, en la que se dice que el matrimonio regresó de Liberia a consecuencia de la guerra civil de dicho país, alternando períodos de estancia en España e Irlanda, pero teniendo su residencia principal en Vilafranca del Penedès. Como el señor Maximiliano no encontraba trabajo en España, marchó de nuevo a Liberia y la señora Josefina, con los hijos, a Irlanda. La última residencia común del matrimonio fue, según ese relato de hechos, en nuestro país, con lo que es aplicable el Derecho español a la cuestión que nos ocupa. Aunque el señor Maximiliano residía en Ghana, donde falleció, no se aprecia que sea aplicable ninguna otra legislación distinta de la española, llamada así también a ser aplicada en virtud de lo establecido en la letra a) del repetido art. 107. Pero insistimos en que la demandada no ha pretendido la aplicación del Derecho irlandés a esta materia de la existencia de causa legal de separación, ni se ha suscitado cuestión alguna al respecto.

Se dice en el recurso que se vulnera en la sentencia recurrida el principio del favor matrimonii, conforme al cual se presume válido cualquier matrimonio válidamente contraído, sin que en este caso el matrimonio estuviese disuelto por resolución judicial y sin que hubiese acuerdo entre los cónyuges sobre su separación ni petición al efecto de ninguno de ellos.

No hay tal vulneración. No se ha puesto en duda en ningún momento el matrimonio del señor Maximiliano y la demandada. Pero para entender revocado un testamento otorgado a favor del cónyuge del testador la ley no exige que haya separación judicial o divorcio. Basta que haya separación de hecho, con ruptura de la unidad familiar por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio. Como era causa de separación legal la separación de hecho durante más de tres años, es patente que concurría el supuesto contemplado por la ley, porque el señor Maximiliano y la demandada llevaban sin convivir bastante más de tres años cuando se produjo el fallecimiento del

primero. Es verdad que D. Braulio estuvo proporcionando dinero a su esposa e hijos durante la separación de hecho, habiéndose aportado justificantes de transferencias. Pero eso no significa que no hubiese separación de hecho y ruptura de la relación familiar. El señor Maximiliano no se relacionaba con su esposa y mantenía una relación afectiva y en todo semejante a la matrimonial con Dña. Gloria. Esa separación y ruptura de hecho del matrimonio durante varios años es suficiente.

Decía el art. 132 que el testamento a favor del cónyuge era eficaz, no obstante la separación, si del contexto del mismo testamento se desprendía que la institución la habría ordenado el testador igual, no obstante la situación de separación. Pero no hay nada en el testamento a que se refiere este proceso que haga suponer tal cosa. Por el contrario el testamento se refiere a la señora Josefina como “mi esposa”, a secas, sin mencionarla por su nombre.

También es irrelevante el deseo de proteger al hijo Cayetano, afecto de síndrome de Down. En el testamento se contienen disposiciones sobre su tutela futura, pero nada más. No se le designaba heredero a él sino a su madre, esposa del testador. En cualquier caso, la revocación de ese testamento de 1997 lo único que producirá será que dicho hijo será heredero de su padre, junto con los otros tres hijos del señor Maximiliano.

En definitiva, el matrimonio no estaba separado por circunstancias transitorias, sino definitivamente roto, porque, como hemos repetido, el señor Maximiliano había iniciado una nueva relación de pareja con la señora Gloria desde años antes de su muerte. Ese largo cese en la convivencia conyugal constituía causa de separación conforme a la legislación española y, por tanto, el testamento quedó revocado conforme a la normativa aplicable.

TRANSPORTE

LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR

2010/107.— Audiencia Provincial de Madrid, Vigésimoctava, Sentencia nº 137/2010, de 21 de mayo de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Zarzuelo Descalzo. JUR\2010\305582.

Contratos mercantiles.— Responsabilidad contractual.— Transporte por carretera.— Pérdida de la mercancía.— Incoterm EXW.—

Normas aplicadas: art. 43 Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, arts. 17, 18 y 30 CMR.

[...] Este Tribunal no puede compartir las conclusiones que se contienen en la sentencia recurrida en orden a la falta de legitimación de la entidad demandante para formular la oportuna reclamación, en los términos que se consignan en su fundamento jurídico primero, pues, si bien estamos ante una compraventa internacional que se rige por unos usos y fórmulas codificados por la Cámara de comercio internacional —incoterms— que son obligatorios y constituyen la regulación aplicable al contrato de compraventa si ambas partes los han consentido y mediante la cláusula incoterms ex Works la vendedora se obliga a entregar la mercancía en su fábrica o almacén, transmitiendo el riesgo desde el momento de su puesta a disposición en ese lugar, ha de estarse a las circunstancias del caso en concreto para determinar quién es el perjudicado por los daños sufridos en las mercancías y, en consecuencia, quién resulta legitimado para reclamar al transportista por los daños.

Y en el presente caso se muestra de forma diáfana, a pesar de la consignación en la factura de compraventa que obra en el documento nº 5 de la demanda de la condición EXW (incoterms 2000) y las condiciones de suministro franco-fábrica, que la verdadera perjudicada por los daños ocasionados a la maquinaria era la vendedora Carl Zeiss en tanto que contrató con la transitaria demandada el transporte de la máquina y pagó por el mismo, tenía suscrito el contrato de seguro para dicho transporte con la entidad aseguradora que ahora reclama en repetición por la indemnización abonada a dicha vende-

dora y, en definitiva, fue la que se hizo cargo de los gastos de reparación de la máquina como se constata por lo consignado en el documento nº 5 de los de la demanda sin que la entidad compradora Aes Moldes sufriera perjuicio alguno derivado del siniestro ni conste que haya efectuado reclamación al respecto.

Así pues, en principio, concertado el transporte entre vendedora y porteadora, ésta ha de responder frente a aquélla por los incumplimientos contractuales que le sean imputables y no es quién la transportista para interpretar y aplicar un contrato que le es ajeno, cual el de la compraventa entre remitente y destinataria, por más que con la inclusión de la expresión EXW (incoterms 2000) nos encontremos ante una modalidad especial de compraventa, en la que los riesgos serían a cargo de la compradora desde la puesta a disposición de la mercancía en los almacenes de la vendedora, cuando en la realidad tal modalidad se encuentra contradicha por la conducta seguida por las propias contratantes, al constar en lo actuado que la vendedora, sin coste alguno para la compradora, procedió a asumir la reparación de los daños causados en la máquina.

Consecuentemente, nada habría que objetar a la indemnización satisfecha a la vendedora por su aseguradora, ni, en su virtud, a la ulterior subrogación de ésta frente a la transportista demandada por lo que ha de entenderse que la demandante se encontraba plenamente legitimada para efectuar la reclamación al haber indemnizado a la verdadera perjudicada que era la vendedora asegurada.

En este sentido no resulta adecuada la invocación jurisprudencial que realiza la resolución recurrida a la STS 7 de marzo de 2007, referida a la compraventa CIF y extensible a la modalidad del presente caso, cuando precisamente en la misma ya se advierte que la regla que impide la subrogación de la aseguradora del vendedor cuando se ha transmitido el riesgo al comprador no es absoluta, sino que admite matices, como indica la STS que cita de 30 de marzo de 2.006, rechazando en ese concreto caso la legitimación porque ninguno de los datos que permitirían exceptuarla había resultado probado en las actuaciones y adoptando en cambio la última citada la solución contraria indicando. Es también cierto que en decisiones anteriores (como las que dieron lugar a las Sentencia de 31 de marzo y de 3 de octubre de 1997, e incluso, a ciertos efectos, dada la especificidad del supuesto, la de 21 de noviembre de 2001) esta Sala ha considerado que el pago efectuado al vendedor por la compañía aseguradora, a pesar de haber recibido la reclamación del comprador por el daño que había sufrido la mercadería durante el transporte, no era liberatorio y no daba causa a la subrogación, como pretenden ahora las recurrentes, pero tal solución, sin duda ajustada a las circunstancias del concreto conflicto que resolvió, ni es unánime, ni, en todo caso, puede aplicarse al supuesto que se contempla.

No lo primero, puesto que se encuentran decisiones en las que la legitimación del vendedor frente a la aseguradora se reconoce en virtud de un pago legítimo (SS 21 de julio de 1989, y en cierto modo la de 15 de junio de 1988, citadas por la de 31 de marzo de 1997). Pero, sobre todo, han de ser valoradas, en el caso, circunstancias distintas. Como se ha indicado, en el presente caso y en atención a las circunstancias expresadas, la verdadera perjudicada por los daños acaecidos como consecuencia del transporte únicamente fue la vendedora. [...]

Se ha de advertir en primer lugar que la aseguradora abonó la indemnización a su asegurada Ibérica en cumplimiento de un contrato de seguro de transporte que cubre trayecto terrestre y marítimo, por lo que, de conformidad con el art. 780 Ccom y art. 43 LCS, se subroga ex lege en las acciones que asisten a la asegurada frente a los causantes del daño.

Y, seguidamente, que los pactos internos entre comprador y vendedor en las operaciones de venta con expedición de mercancías, con la finalidad de dejar zanjada, en el acto de la perfección, la atribución del periculum rei y determinar el momento de la transmisión de la propiedad, no afectan a la legitimación del cargador para reclamar al porteador la indemnización de los daños por la deficiente ejecución de su prestación, pérdidas, averías o retrasos, pues la acción ejercitada nace del contrato de transporte y no del de compraventa, y no depende de que el actor o el cargador tenga la condición de dueño de la carga (no acciona en defensa del dominio), ni de quién deba soportar los riesgos de la pérdida fortuita de ésta (pues no se dan los presupuestos para aplicar la doctrina del periculum).

Por lo demás, pese a los términos de la venta (CIF), está probado en autos que la exportadora Ibérica en momento alguno perdió el poder de disposición de la mercancía y el dominio y gestión del trans-

porte (ordenó su reexpedición tras conocer el daño en el puerto de Norfolk, reclamó inmediatamente a quienes consideró responsables, dio orden de no entrega al destinatario (...), asumió la reparación de la máquina), todo ello con la aquiescencia del importador norteamericano, que no pagó precio alguno, de donde deriva que las partes del contrato de compraventa (cuyos pactos, pese a ser *res inter alia*, opone la naviera) se desentendieron del régimen propio de la modalidad CIF (lo que no ha de extrañar si la aceptación definitiva de la máquina y consiguiente obligación de pago se dilataba hasta seis meses después de su instalación...), padeciendo el quebranto la exportadora, que por ello aparece legitimada para reclamar de los responsables.

Debe por tanto entenderse que la demandante gozaba de legitimación en base a la subrogación por el pago efectuado a la vendedora perjudicada.

Entrando por tanto en el análisis del resto de los motivos de oposición en su día formulados por la demandada debe indicarse que resulta de aplicación al caso el Convenio de Ginebra relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR), aprobado en fecha 19 de mayo de 1956, al que se adhirió España por instrumento de 12 de septiembre de 1973, así como el Protocolo de 5 de julio de 1978, al que igualmente se adhirió nuestro país el 23 de septiembre de 1982, en cuyo art. 1 se dispone que la normativa del Convenio “se aplicará a todo contrato de transporte de mercancías por carretera realizado a título oneroso por medio de vehículos, siempre que el lugar de la toma de la carga de la mercancía y el lugar previsto para la entrega indicados en el contrato, estén situados en dos países diferentes, uno de los cuales al menos sea un país contratante, independientemente del domicilio y nacionalidad de las partes del contrato”. El citado Convenio prevalece sobre la legislación española, como ha venido afirmando la Sala 1ª del TS en Sentencias de 10 de junio y 20 de diciembre de 1985, 18 de junio de 1991 y 15 de noviembre de 1993, entre otras.

En base a tal normativa de aplicación y por lo que respecta a la caducidad de la acción, en su día invocada por la entidad demandada, resulta claro que la caducidad no puede sustentarse únicamente en la ausencia de reservas consignadas al momento de la entrega en la carta de porte CMR por cuanto supone desconocer la correcta aplicación al caso que nos ocupa de lo establecido en el art. 30 del Convenio CMR. Este precepto señala que “Si el destinatario recibe la mercancía sin verificar su estado y manifestar su protesta, o si en el mismo momento de entrega en caso de pérdidas o averías manifestadas, o dentro de los 7 días desde la fecha de entrega en caso de averías o pérdidas no manifestadas, descontando domingos y festivos, no expresa sus reservas al transportista indicando la naturaleza general de la pérdida o avería, se presumirá, salvo prueba en contrario, que ha recibido las mercancías en el estado descrito en la carta de porte. Estas reservas deberán ser hechas por escrito en el caso de tratarse de averías o pérdidas no manifestadas”. A la luz de este precepto, que sólo establece una presunción destruible por prueba en contra de que las mercancías se reciben de conformidad con el estado que refleja la carta de porte, ha de descartarse la pretendida caducidad de la reclamación puesto que consta en las actuaciones que la protesta poniendo de relieve los daños se realiza por escrito dirigido a la demandada –documento nº 1– al día siguiente de la entrega de la máquina transportada –el 26 de abril de 2005– cursándose por la demandada la protesta al transportista efectivo y por tanto dentro del plazo que establece la norma, teniendo en cuenta que se trata de daños no manifestados al estar envuelta la máquina con papel de aluminio plastificado como consta por lo consignado en el documento nº 2, cumpliendo por tanto la reserva que se efectuó en las presentes actuaciones con los requisitos normativos establecidos.

Respecto a la responsabilidad del porteador, que es la cuestión aquí debatida, como manifestaciones del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento de la prestación a la que el transportista viene específicamente obligado, que no es otra que la de trasladar de un lugar a otro la mercancía objeto del transporte y depositarla sin daño alguno en el lugar de destino dentro del plazo pactado, se establecen como las causas de responsabilidad más importantes, que no únicas, en las que aquél puede incurrir, la avería o pérdida de la mercancía porteada y la demora en la entrega de la misma.

Esta responsabilidad por hecho ajeno ante el cargador se concreta en el art. 17, de acuerdo con el cual, es el transportista el responsable de que la mercancía no se entregue o se entregue deteriorada en todo o en parte o fuera del plazo expresamente estipulado o, en su defecto, del razonable y adecuado a

las circunstancias particulares de la expedición.

No obstante, el sistema de responsabilidad no es absoluto pues se establecen expresamente causas de exoneración, y así el sistema que diseña el Convenio CMR en sus arts. 17 y 18 si bien parte de la culpa del porteador e invierte la carga de la prueba en relación a las causas de exoneración, la excluye en supuestos de culpa del usuario, vicio propio de la mercancía y por fuerza mayor, pero es el transportista quien debe demostrar su concurrencia y además, junto a las anteriores, el Convenio recoge en el art. 17.4º otras causas de exoneración, que sólo atañen a las pérdidas o a las averías, no a los retrasos en la entrega, y que la doctrina ha dado en llamar privilegiadas, pues cuentan con un régimen probatorio menos exigente: mientras en los supuestos del art. 17.2 el porteador debe probar la realidad de los eventos extraordinarios que han incidido en la relación causal con el siniestro que se le imputa, en los casos del 17.4º la carga de la prueba sigue incumbiendo al porteador que alega su exoneración, pero basta con que acredite, según el art. 18, que “habida la relación con las circunstancias del hecho, la pérdida o avería han podido resultar de uno o varios riesgos particulares” que describe el art. 17.4º, para que entonces se presuma que aquéllas fueron consecuencia de éstos, pudiendo probar por contra el que tiene derecho sobre la mercancía que el daño no ha tenido por causa total o parcial algunos de dichos riesgos, y entre estos hechos el art. 17.4 en su letra c) incluye la “manipulación, carga o descarga de la mercancía realizadas por el remitente o el destinatario o personas que obren por cuenta de uno u otro” lo que aplicado al presente caso supone que, no existiendo controversia acerca de lo declarado por el transportista efectivo sobre la descarga ejecutada por la destinataria, en las condiciones que describe mediante una grúa y el traslado de la máquina suspendida a través de un descampado, corresponde a la demandante la carga de probar que el daño no ha tenido como causa ese riesgo excluyente de la responsabilidad y de ahí que, al no aportarse a los autos la más mínima prueba al efecto de acreditar que los daños no se originaron en esa descarga, no pueda en definitiva declararse la responsabilidad de la demandada lo que necesariamente ha de determinar la desestimación de la demanda y en consecuencia la desestimación del recurso para ratificar el fallo de la resolución recurrida.

[ZURICH ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. / JOSÉ SALVAT, S.A.]

NOTA *

1. La sentencia objeto de este comentario resuelve la reclamación de cantidad presentada por una entidad aseguradora contra el porteador supuestamente causante de la pérdida de una mercancía. La pretensión de la actora se fundamenta en los derechos adquiridos tras subrogarse en la posición jurídica del asegurado y el ejercicio de las acciones que corresponden a éste por razón del siniestro, una vez satisfecha la indemnización. La entidad Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros ejercitó las acciones que le correspondían como cargador en el contrato de transporte, dirigiéndose contra el porteador por considerarlo responsable de los daños experimentados por la máquina asegurada, cuyo transporte se encargó a la demandada para su entrega a la entidad portuguesa Aes Moldes, Lda., reclamándole el importe de la indemnización pagada a su asegurado Carl Zeiss, más los intereses devengados desde la reclamación dirigida al transportista.

Por su parte, el porteador contestó a la demanda oponiendo la excepción de falta de legitimación activa, por considerar que la cláusula “Ex Works” puesta en la factura implica que la perjudicada por el daño no es Carl Zeiss, sino la empresa compradora. Se defendió asimismo alegando el correcto cumplimiento de la prestación de transporte y argumentando que los daños de la máquina se produjeron durante la fase final de descarga, que estuvo a cargo de Aes Moldes, Lda., habiéndose por tanto cumplido correctamente el contrato de transporte y no siendo realizada protesta por la receptora al momento de la entrega, señalando que los daños en la máquina se producirían en la descarga puesto que la compradora contrató una grúa para realizar tal operación, transportándose así por un descampado para su introducción en el edificio, habiéndose puesto como transitaria en contacto con el transportista que manifestó la

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Renovación del Derecho español de la contratación en el ámbito del seguro y del transporte” (Ref. DER 2008-05900), financiado por el MCI.

inexistencia de daños a la entrega y que la carta de porte CMR no tenía reservas y, además, por no formularse ninguna reserva en la carta de porte la acción estaría caducada.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil absolvió a la demandada por entender que la aseguradora carecía de legitimación activa, aceptando la argumentación según la cual conforme a la cláusula “Ex Works” el riesgo habría sido asumido por la parte compradora y la vendedora no habría sufrido ningún daño. La aseguradora demandante formuló recurso de apelación aduciendo que, aunque en la factura figurase la cláusula “Ex Works”, en realidad, quien había asumido los gastos de la contratación del transporte y del seguro, así como los perjuicios ocasionados en la máquina fue la parte vendedora, es decir, su asegurada Carl Zeiss, por lo que también habría sido ella quien sufrió realmente los daños y es precisamente en sus derechos y acciones en los que se subroga para repetir contra el causante del daño. Considera además que, en todo caso, el demandado no es parte en la relación de compraventa, con lo cual de acuerdo con el principio de relatividad de los contratos no se le pueden aplicar sus términos, sino los del contrato de transporte en el que ocupa la posición de porteador contractual. La Audiencia Provincial de Madrid dicta sentencia desestimando nuevamente las peticiones de la demandante, pero no por falta de legitimación activa, sino por entender que los daños se produjeron presumiblemente durante las operaciones de descarga, que no fueron ejecutadas por el porteador sino por el destinatario.

La sentencia de apelación comienza analizando la legitimación activa, y rechaza las conclusiones del juzgador de instancia. Para la Audiencia sí hay legitimación activa, por considerar que no basta con la inclusión de una cláusula en el contrato, sino que “ha de estarse a las circunstancias del caso en concreto para determinar quién es el perjudicado por los daños sufridos en las mercancías y, en consecuencia, quién resulta legitimado para reclamar al transportista por los daños”. Y en este caso, las pruebas han determinado que, efectivamente, la verdadera perjudicada por los daños ocasionados a la maquinaria fue la vendedora Carl Zeiss en tanto que contrató con la transitaria demandada el transporte de la máquina y pagó por el mismo, tenía suscrito el contrato de seguro para dicho transporte con la entidad aseguradora que ahora reclama en repetición por la indemnización abonada a dicha vendedora y, en definitiva, fue la que se hizo cargo de los gastos de reparación de la máquina, sin que la entidad compradora Aes Moldes sufriera perjuicio alguno derivado del siniestro ni conste que haya efectuado reclamación al respecto. Por todo ello la aseguradora pagó la correspondiente indemnización, subrogándose entonces en la posición de su asegurada. Por tanto, en virtud de los derechos que le atribuye el contrato de transporte se halla legitimada para dirigirse frente al porteador por falta de cumplimiento de dicho contrato [...]

[...] El siguiente motivo de oposición analizado es la posible caducidad de la acción. Conforme a la Convención CMR, si no se formulan reservas en el momento de la entrega, cuando los defectos sean aparentes, o en los siete días siguientes cuando no lo sean, se presumirá que las mercancías se hallaban en el estado descrito en la carta de porte (art. 30 CMR). No obstante, se trata de una presunción *iuris tantum*, contra la cual cabe prueba en contrario. Pero en el caso que nos ocupa la protesta poniendo de relieve los daños se realiza por escrito dirigido a la demandada al día siguiente de la entrega de la máquina transportada, cursándose por la demandada la protesta al transportista efectivo y por tanto dentro del plazo que establece la norma, teniendo en cuenta que se trata de daños no manifiestos al estar envuelta la máquina con papel de aluminio plastificado, cumpliendo por tanto la reserva que se efectuó en las presentes actuaciones con los requisitos normativos establecidos.

Finalmente, la sentencia se ocupa de las causas de responsabilidad del porteador y de las de exoneración. Como es sabido, el CMR (y ahora también nuestra vigente Ley de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías) establece una serie de presunciones de exoneración, entre las que se encuentra el que los daños puedan ser atribuidos, entre otras causas, a la manipulación, carga o descarga de las mercancías cuando estas labores no estuvieran encomendadas al porteador (art. 17.4.c CMR), lo que sirve a la Audiencia para desestimar el recurso. Y ello aun cuando la única prueba en relación al momento en que se produjo el daño a las mercancías es la declaración del porteador efectivo, según el cual ocurrió mientras se trasladaba la máquina con una grúa, a través de un descampado, hasta el edificio del destinatario. Pero al no haber presentado oposición al respecto la demandante, se admite la declaración y se aplica la presunción de exoneración del CMR, entendiendo que los daños fueron ocasionados durante la fase de descarga, y exonerando por eso mismo de responsabilidad al porteador.

2. En el caso se entrelazan tres tipos de relaciones contractuales, derivadas de los contratos de compraventa, transporte y seguro de transporte celebrados con ocasión de la operación comercial que sirve de marco a la resolución judicial. La concurrencia de derechos y obligaciones con origen en negocios jurídicos diversos es frecuente en este tipo de relaciones empresariales. Pues como saben muy bien los juristas prácticos, los tipos contractuales puros sólo existen en el mundo de la teoría y el texto sesgado de algunas normas. Así las cosas, el primer paso debe ser delimitar adecuadamente el marco general en el que se desarrollan los hechos.

En el origen de la controversia se halla el contrato de compraventa de una máquina. Se trata de una compraventa internacional concertada en condiciones “Ex Works” (Incoterms 2000). De acuerdo con esta cláusula, el riesgo de pérdida o avería de las mercancías objeto de la compraventa se transmite al comprador desde que son puestas a su disposición en el almacén del vendedor. Esto supone que, a partir de ese momento, el comprador asumirá los daños que puedan sufrir las mercancías por cualquier causa culpable o fortuita. En el caso de autos, tanto el transporte como el seguro fueron contratados y pagados por el vendedor. El propio vendedor fue también quien se hizo cargo del daño sufrido por la mercancía con posterioridad a la entrega al comprador en condiciones “franco fábrica”. Y ello con independencia del contenido y alcance de la cláusula “Ex Works” estipulada por las partes en el contrato de compraventa.

En la práctica, el contrato de compraventa mercantil de plaza a plaza suele venir acompañado de una operación de transporte. En el presente caso, la vendedora (Carl Zeiss, S.A.) contrató el transporte de la máquina con la empresa José Salvat, S.A., desde sus almacenes en España hasta las instalaciones de la compradora (Aes Moldes, Lda.) en Portugal. Dadas sus características, esta relación de transporte internacional está sometida a la Convención CMR, aplicable (art. 1) a “todo contrato de transporte de mercancías por carretera realizado a título oneroso por medio de vehículos, siempre que la toma de carga de la mercancía y el lugar previsto para la entrega, previstos en el contrato, estén situados en países diferentes, uno de los cuales al menos sea un país contratante”.

Por su parte, la porteadora José Salvat, S.A., en su condición de transitaria (cf. art. 126 Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. En general, sobre la figura del transitario y sus diversas funciones *vid.* A.M. Tobío Rivas, *Los transitarios en el transporte nacional e internacional: régimen jurídico privado*, Granada, 2007), subcontrató con un porteador efectivo la ejecución del transporte. En su virtud José Salvat, S.A. asumió frente a Carl Zeiss, S.A. la ejecución del transporte aun cuando para ello haya recurrido a un porteador efectivo, que fue quien entregó las mercancías al destinatario. La sentencia considera asimismo que la recepción en destino de la mercancía tuvo lugar a bordo del vehículo, y que la descarga correspondió al destinatario, que contrató para ello el uso de una grúa.

Al propio tiempo, para la cobertura de los daños de la mercancía durante su transporte, la empresa vendedora concertó con Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. un seguro de transporte, en cuya póliza Carl Zeiss, S.A. ocupaba tanto la posición de tomador como la de asegurado, lo que la convertía en titular de un hipotético interés sobre la máquina asegurada.

En este escenario contractual, la máquina fue entregada al porteador en el almacén de la vendedora. El transporte discurrió sin ningún contratiempo aparente hasta el almacén de Aes Moldes, Lda., en Portugal. El propio destinatario se encargó de realizar la descarga, sirviéndose de una grúa para atravesar el descampado que separaba el camión de sus instalaciones. La entrega de la mercancía se llevó a cabo por el porteador efectivo sin ningún tipo de protesta por parte del destinatario, por lo que la carta de porte CMR no presenta reservas. Ello no obstante, al día siguiente de la entrega, tras desembalar la máquina que viajaba envuelta en “papel de aluminio plastificado” Aes Moldes, Lda. apreció la existencia de daños y cursó la consiguiente protesta escrita frente a José Salvat, que dio traslado de la misma al porteador efectivo. De acuerdo con lo declarado en la sentencia, Carl Zeiss asumió los gastos de reparación de la máquina, en su condición de vendedor; y, al propio tiempo, obtuvo de la aseguradora la correspondiente indemnización, en tanto que asegurada.

Al confluir estos tres tipos de contratos distintos, es preciso distinguir claramente los derechos y las obligaciones que se derivan de cada uno de ellos, con sus diversos sujetos tanto activos como pasivos y sus correlativos efectos. La resolución del caso debe hacerse tomando como base el contrato de transporte, pues es la relación jurídica en la que se fundamenta la reclamación por los daños ocasionados a la

máquina. Ello no obstante, deben tenerse en cuenta algunos derechos derivados de las otras relaciones que inciden indirectamente en el transporte.

En virtud del contrato de transporte el porteador asume la obligación de trasladar las mercancías a su destino y hacer entrega de las mismas al destinatario, sin que sufran ningún daño, frente al cargador o remitente, que no tiene que ser propietario de las mercancías transportadas. Esto da lugar a una relación jurídica propia y distinta entre el remitente y el porteador obligado a realizar el transporte, en la que tercia el destinatario. Tratándose de un tercero, el destinatario carece inicialmente de derechos contractuales que sólo asumirá (junto con las correspondientes obligaciones) cuando surge para él el derecho a la entrega de las mercancías, esto es cuando lleguen a destino o cuando transcurrido el plazo convenido no lo hubiesen hecho o se conociera su pérdida (art. 13.1º CMR) y las acepte.

El contrato de compraventa constituye la relación jurídica subyacente entre Carl Zeiss (vendedor) y Aes Moldes, Lda. (comprador), que aparecen asimismo como cargador y destinatario en el contrato de transporte. Conforme al mismo se dilucida la transmisión del riesgo sobre las mercancías, pero no determina el contenido del contrato de transporte.

El seguro de transporte de mercancías tiene como finalidad reparar el perjuicio sufrido en el objeto asegurado (la máquina) por el titular del interés sobre el mismo, pero con independencia de las responsabilidades que puedan derivarse del incumplimiento de las obligaciones de los contratos de compraventa y transporte, salvando la posibilidad de repetir contra el causante del daño.

3. En el contrato de transporte, el incumplimiento por parte del porteador de las obligaciones de traslado y custodia de las mercancías le constituye en incumplimiento. La responsabilidad puede venir motivada por múltiples causas tanto contractuales como extracontractuales, pero las más específicas del contrato de transporte y a las que la normativa les atribuye un régimen especial son la pérdida o avería de las mercancías y el retraso en la entrega. Ese régimen especial consiste en la atribución al porteador de un beneficio de limitación de responsabilidad, conforme al cual sólo responderá hasta una cantidad determinada en función del valor de las mercancías y de su peso. Pero a cambio, las causas de exoneración de responsabilidad son tasadas y con un régimen probatorio muy estricto para el porteador.

Así, no será responsable de las pérdidas, averías y retrasos cuando pruebe que han sido consecuencia de actos negligentes del cargador, o de las órdenes o instrucciones de éste, siempre que no sean motivadas por un acto previo del porteador, en el caso en que se deban a vicios o defectos propios de las mercancías, o a circunstancias que no pudo prever ni evitar –art. 17.2º CMR– (sobre la responsabilidad del porteador en el CMR *vid.* F. Martínez Sanz, *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)*, 2002).

Se establecen además una serie de presunciones de exoneración, con un régimen probatorio menos gravoso para el porteador (el régimen previsto en el CMR ha inspirado a la reciente Ley 15/2009, de 11 de noviembre, de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, que dota a nuestro Derecho interno de una moderna regulación contractual del transporte, entre la que se incluyen como presunciones de exoneración, salvo mínimas variaciones, las mismas causas del CMR). La particularidad consiste en que se parte de la existencia de un nexo de causalidad entre la pérdida o avería y la actuación prevista en la Convención. Como consecuencia de ello, se modifica la carga de la prueba, no siendo ya necesario que el porteador pruebe que el riesgo alegado constituyó la causa de la pérdida o avería, sino que simplemente atendiendo a las circunstancias del caso pudo haber sido razonablemente la fuente de los daños sufridos por las mercancías [*vid.* C. Góriz López, “Art. 49: Presunciones de exoneración”, en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre* (J.F. Duque Domínguez y F. Martínez Sanz, dirs.), Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pp. 603–626]. No obstante, se trata de presunciones relativas y que, por tanto, la parte legitimada para reclamar puede desvirtuar probando que el daño no fue causado, en todo o en parte por tales riesgos (art. 18.2º CMR).

La Sala resuelve el caso aplicando como presunción de exoneración el hecho de que los daños hayan sido producidos durante la realización de la descarga por el destinatario (prevista en el art. 17.4º.c CMR). La sentencia concluye que la entrega de las mercancías tuvo lugar a bordo del propio vehículo, por lo que la descarga no era una obligación del porteador, sino que correspondía al destinatario, quien la ejecutó mediante la contratación de una grúa que trasladó la máquina a través de un descampado para

introducirla dentro de un edificio. La obligación de transporte del porteador quedando la descarga fuera del contrato de transporte. Por tanto, con la entrega de las mercancías al destinatario, por lo que los daños que sufran las mercancías una vez entregadas ya no le serán imputables.

La resolución comentada consideró que esta circunstancia quedó acreditada mediante presunciones y con las declaraciones del porteador efectivo, que en ningún momento fueron discutidas por la aseguradora. Por ello, ante la falta de prueba en contrario, el juez aceptó la presunción de exoneración del porteador desestimando la reclamación de responsabilidad.

4. En el caso que nos ocupa, Carl Zeiss contrató un seguro de transporte terrestre para cubrir los daños materiales que, causados por cualquier riesgo, pueden lesionar las mercancías aseguradas, durante el transporte o, por extensión, en los momentos que le preceden, interrumpen o siguen [vid. J.F. Duque Domínguez, “Seguro de transportes terrestres”, en E. Verdera y Tuells (dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, pp. 809–830].

Por tanto, lo que se está asegurando son los daños que puedan sufrir las mercancías con ocasión del transporte, con independencia de quién sea el responsable de los mismos, e incluso el titular del interés sobre las mercancías (cabe distinguirlo del seguro que cubre la responsabilidad civil del porteador, donde el interés asegurado es el nacimiento de una deuda de responsabilidad a cargo del porteador, por lo que la indemnización de la aseguradora sí va a depender de que el porteador sea responsable o no, de hecho, el asegurado es el propio porteador que cubre así su responsabilidad contractual e incluso extracontractual. Vid. L.M. Piloñeta Alonso, “Art. 53: Definición del seguro de transportes terrestres”, *Revista Española de seguros. Número monográfico dedicado al Comentario al Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de junio de 2010*, nº 143–144, julio–diciembre, 2010). En este caso, quien asumió las consecuencias de los daños en la máquina fue Carl Zeiss, así que él es el titular del interés y por tanto el asegurado. A la vista de ello, la aseguradora entendió que existía interés del asegurado en el cobro de la indemnización por lo que procedió al pago.

En principio, la cobertura del seguro de transportes empieza con la entrega de las mercancías al porteador para su transporte en el punto de partida del viaje, y termina con la entrega al destinatario en el punto de destino, siempre que la entrega se realice dentro del plazo previsto en la póliza. Por ello, para que la carga y descarga de las mercancías estén cubiertas por el seguro, deberá haberse pactado expresamente (art. 58 LCS).

Debe matizarse que el hecho de que las operaciones de descarga no formasen parte de las obligaciones del porteador, no implica que no puedan estar cubiertas por el seguro. Lo que determina la extensión de la cobertura y los riesgos incluidos es la propia póliza. Por ello, aunque la aseguradora ejercite acciones derivadas del contrato de transporte, lo hace para reclamar la responsabilidad del tercero causante del daño. En cambio, su relación con el asegurado vendrá determinada por el contrato de seguro y cubrirá o no los daños sufridos en función de lo que en él se haya pactado.

Por todo ello, aunque en la sentencia no se hace ninguna referencia a la cobertura del seguro, entendemos que las operaciones de descarga estaban cubiertas, pues de lo contrario la aseguradora, una vez hechas las averiguaciones correspondientes, se habría negado al pago.

5. La existencia de un contrato de seguro no implica la impunidad del causante del daño, sino que se concede un derecho de regreso al asegurador que pagó la indemnización contra el sujeto que ocasionó el daño (vid. J. Garrigues, *Contrato de seguro terrestre*, 2ª ed., Madrid, 1983, pp.197, que entiende que en caso contrario se estarían incentivando las conductas negligentes y dolosas). En el Derecho español se reconoce ese derecho de repetición, con carácter general para todos los seguros de daños, en forma de subrogación del asegurador en los derechos que puedan corresponder al asegurado contra el causante del siniestro.

En virtud de este mecanismo, la aseguradora queda subrogada en “todos” los derechos de su asegurado en relación con los daños sufridos, una vez abonada la indemnización y hasta el límite de la misma (art. 43 LCS). Pero debemos matizar que en la LCS no se especifica en qué derechos se subroga, sino que se refiere genéricamente a los “derechos y las acciones”, es decir, no los circunscribe a ninguna relación jurídica concreta, por lo que deberán considerarse incluidos todos los que el Derecho le pueda

atribuir frente a los causantes del daño (*vid.* L.M. Piloñeta Alonso, “Subrogación de la aseguradora marítima en los derechos y acciones del asegurado sometido a arbitraje internacional: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2003”, *Revista Española de Seguros*, nº 115, 2003, pp. 413–429).

En el caso que nos ocupa, Zurich España se subrogó en los derechos de Carl Zeiss como cargador en el contrato de transporte. De manera que el esquema de responsabilidad no se ve alterado, sino que se limita a cambiar la personalidad del acreedor de la prestación de transporte, que ya no será el asegurado sino su asegurador [*vid.* J.M. Ruiz Soroa, “La responsabilidad del porteador y el seguro en el transporte terrestre”, en F. Martínez Sanz (Coord.), *Jornada sobre los Problemas en la aplicación del CMR. Especial referencia a la responsabilidad*, Fundación Francisco Corell, 2002, pp. 124–145].

6. Una vez subrogada la aseguradora en los derechos de su asegurado, se dirigió frente al porteador por considerarlo causante del daño para exigirle responsabilidad por la avería de las mercancías. Sin embargo, el porteador se defendió alegando falta de legitimación activa, al entender que como consecuencia de la cláusula “Ex Works” puesta en el contrato de compraventa celebrado entre Carl Zeiss y Aes Moldes, el primero no había sufrido ningún daño y que el verdadero perjudicado habría sido el destinatario. La sentencia de instancia admite la excepción y falla a favor del demandado, pero la Audiencia, aunque rechaza el recurso de apelación, no lo hace por falta de legitimación activa de la demandante, sin por considerar que los daños sufridos por la máquina y la consiguiente responsabilidad no son imputables al porteador.

Al cuestionar y admitir el ejercicio a cargo de la aseguradora, subrogada en la posición del cargador, de la acción de responsabilidad contractual, el fallo incide en el problema clásico de la reclamación activa en las reclamaciones de transporte. Como es sabido, un sector muy cualificado de la doctrina vincula la legitimación activa en el contrato de transporte a la titularidad del derecho a reclamar la ejecución de la prestación de transportar. Es decir, si la obligación principal del porteador es el traslado indemne de las mercancías y su entrega en destino, se considera que el acreedor del transporte es también el legitimado para exigir al porteador el cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales [*vid.* C. Górriz López, *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, Real Colegio de España, Bolonia, 2001]. En el caso que nos ocupa, lo que se reclama no es el cumplimiento en sí de la prestación de transportar sino una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de su incumplimiento. Así las cosas, la cuestión estriba en determinar la conexión jurídica entre el derecho a exigir la prestación de transportar y el derecho de resarcimiento de daños; y si la titularidad del primero confiere en todo caso legitimación para reclamar el segundo sobre el tema, [*vid.* especialmente la posición mantenida por A. Asquini, *Del contrato de transporte*, t. I, 6ª ed., L. Bolaffio, A. Rocco y C. Vivante (coords.), *Derecho comercial* Buenos Aires, 1949, pp. 382 ss].

El conflicto surge al darse la posibilidad de que, en ciertos contratos de transporte, la condición de acreedor de la prestación del porteador pueda recaer formalmente sobre dos sujetos distintos, el cargador y el tercero destinatario. Ante este dilema la doctrina clásica, subordina la legitimación activa a la titularidad del crédito de transporte y éste, a su vez, al derecho de disposición sobre las mercancías. La situación más frecuente es que tal derecho de disposición se confiera legalmente al cargador, salvo que expresamente se le atribuya al destinatario, hasta que “el segundo ejemplar de la carta de porte se entregue al destinatario o cuando éste reclame la entrega de la mercancía o haga uso de los derechos que le corresponden en caso de pérdida o retraso en la entrega” (*cf.* en tal sentido lo dispuesto en el art. 30.3º de la vigente Ley 15/2009, de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, que sigue en esto las directrices del art. 12.2º Convención CMR), momento a partir del cual los derechos pasarán al destinatario (y ello porque el destinatario no es parte en el contrato desde el primer momento, pues el contrato de transporte no es un contrato a favor de tercero, en tanto que el destinatario asume derechos y obligaciones, y está unido al cargador por un mismo interés, cosa que no ocurre en los contratos a favor de terceros. Sino que su posición vendrá determinada por “su adhesión al contrato celebrado por el porteador y el remitente, mediante la aceptación—expresa o tácita—de su contenido” (L.M. Piloñeta Alonso, “El privilegio del porteador y el concurso de acreedores”, nota 40, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 11, 2007–

2, pp. 120–121). La adhesión del destinatario al contrato de transporte tendrá lugar con la llegada de las mercancías a destino o el transcurso del plazo en el que deberían haber llegado, junto con la correspondiente asunción por el destinatario de los derechos y obligaciones inherentes al contrato, mediante la aceptación de las mercancías o la petición de su entrega. Por lo que no es hasta este momento cuando el destinatario asume todos los derechos y obligaciones que el contrato le atribuye, además de las acciones respectivas en caso de incumplimiento del porteador).

Ahora bien, la aplicación de esta regla genera puede provocar situaciones injustas, pues cabría considerar legitimados para reclamar a sujetos que no han sido realmente perjudicados. Por otra parte, si el perjudicado fuese un tercero ajeno al contrato de transporte debería acudir al régimen de responsabilidad extracontractual (en el supuesto en que el perjudicado por los daños ocasionados a las mercancías fuese un tercero ajeno al contrato de transporte y reclame al porteador por la vía de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 Cc, conforme a nuestra vigente Ley 15/2009 de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías estaría igualmente sometido a las limitaciones previstas para la responsabilidad contractual –art. 63–). De esta manera se trata de evitar que la responsabilidad generada por el mismo hecho esté sometida a dos regímenes distintos en función del sujeto perjudicado, colocando al porteador en una situación de inseguridad), a menos claro está que el cargador o el destinatario le cedieran sus acciones contractuales. Pero, cuando quien soporta los daños es una de las partes del contrato y la legitimación para reclamar se atribuye a la otra, se suscita un problema, al no tenerse en cuenta la titularidad del interés efectivamente lesionado; de modo que el verdadero perjudicado podría no ostentar el derecho de disposición sobre las mercancías con base en el contrato de transporte y quedar, por ello mismo, deslegitimado para reclamar la correspondiente indemnización [vid. A. Puetz, “Art. 35: Derechos del destinatario”, J.F. Duque Domínguez y F. Martínez Sanz (dirs.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Navarra, 2010, pp. 441–444] y por la misma razón se estaría admitiendo la posibilidad de que la acción indemnizatoria sea ejercitada por una persona que no ha sufrido ningún tipo de perjuicio patrimonial, con el consiguiente riesgo de enriquecimiento injusto.

No basta, por tanto, con ser acreedor de la prestación de transportar para el legítimo ejercicio de la acción de responsabilidad, sino que es necesario también ser damnificado. El daño es un elemento esencial, de manera que, sin él, no cabe ejercitar una acción de responsabilidad. Se requiere, pues, un nexo de causalidad entre el incumplimiento y los daños reclamados. De ahí la necesidad de acreditar, además de la condición de acreedor del transporte, la existencia de un perjuicio. Por ello, la posición que ocupen las partes en el contrato, aunque incide en la atribución de legitimación activa no basta ni debe considerarse absolutamente determinante a la hora de plantear el ejercicio de acciones indemnizatorias. No se trata de permitir el ejercicio de derechos derivados del contrato de transporte a terceros ajenos a él, sino de atribuir la legitimación activa para reclamar la indemnización a una de las partes del contrato, pero valorando también el perjuicio causado.

Esta es la línea que parece seguir la Audiencia Provincial de Madrid, cuando afirma que “ha de estar-se a las circunstancias del caso en concreto para determinar quién es el perjudicado por los daños sufridos en las mercancías y, en consecuencia, quién resulta legitimado para reclamar al transportista por los daños”. Al hacerlo así, está poniendo en conexión la posición de las partes en el contrato de transporte y el daño sufrido. De este modo, termina reconocimiento la legitimación activa al sujeto que, siendo parte en el contrato de transporte y aunque no ostente el derecho de disposición, ha sufrido el riesgo y la avería de las mercancías transportadas. En realidad, el problema de la legitimación para el ejercicio de acciones dirigidas a la exigencia de responsabilidad jurídica por daños no es, en modo alguno, exclusivo del contrato de transporte y de hecho puede darse también en otras relaciones contractuales; y su resolución pasa, como en el caso de autos, por la valoración del interés efectivamente lesionado, más allá –o más acá– de la titularidad contractual del derecho de crédito que permite a cada parte exigir el cumplimiento de las prestaciones asumidas por la otra.

Raquel AMANDI RENDUELES

Becaria de Investigación del Programa Severo Ochoa

CRÓNICA DE DERECHO INTERTERRITORIAL

Dirección: Rafael Arenas García

Comentarios de

Santiago Álvarez González
Albert Font i Segura

Pilar Jiménez Blanco
Nerea Magallón Elósegui

**COMPETENCIA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL. LA STC 31/2010
Y EL ART. 129 EAC**

2010/1/Doc.– Tribunal Constitucional, Sentencia nº 31/2010, de 28 de junio de 2010. Ponente: Excmo. Sra. D^a Emilia Casas Baamonde. BOE, 16–VII–2010

Estatuto de Autonomía de Cataluña.– Competencia de la Comunidad Autónoma en materia de Derecho Civil.– Art. 129 EAC.– Interpretación constitucionalmente conforme.

Normas aplicadas: art. 149.1.8º CE

[...] 76. El art. 129 EAC atribuye a la Comunidad Autónoma “la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el art. 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado”, especificándose que dicha competencia autonómica “incluye la determinación del sistema de fuentes del Derecho civil de Cataluña”. Las posiciones de las partes en relación con la constitucionalidad del precepto se han recogido en el antecedente 68. Mientras los recurrentes entienden que el art. 129 EAC sencillamente sustituye el criterio de distribución competencial del art. 149.1.8 CE por su contrario, el Abogado del Estado alega que el precepto no atribuye a la Generalitat una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae*, sino únicamente para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán en los términos definidos por la jurisprudencia, a tenor de la cual también entienden el Parlamento y el Gobierno catalanes que el art. 129 EAC no incurre en contradicción con el art. 149.1.8 CE.

Es doctrina reiterada y asumida por todas las partes que el art. 149.1.8 CE, además de atribuir al Estado una competencia exclusiva sobre la “legislación civil”, también “introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política” (STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1) que no consiste en la “intangibilidad o suprallegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su ‘conservación, modificación y desarrollo’” (loc. cit.). Conceptos éstos “que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables” (loc. cit.). Por su parte, la reserva al Estado “por el mismo art. 149.1.8, de determinadas regulaciones ‘en todo caso’ sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél ... la Constitución le atribuye ya la ‘legislación civil’, sin más posible excepción que la ‘conservación, modificación y desarrollo’ autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del art. 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho” (loc. cit.).

En cuanto al concepto constitucional de “desarrollo del propio Derecho civil, especial o foral”, hemos dicho también que “debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil” establecida por el art. 149.1.8 CE, de manera que “[l]a Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de ‘conservación’ y ‘modificación’, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales” (STC 88/1993, FJ 3). Ahora bien, “[e]se crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos”, si bien no cabe duda de “que la noción constitucional de ‘desarrollo’ permite una ordenación legislativa de ámbitos

hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de ‘modificación’. El ‘desarrollo’ de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rigidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral” (STC 88/1993, FJ 3). En el bien entendido de que ello “no significa, claro está, ... una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar” (loc. cit.).

Los recurrentes sostienen que la competencia de la Comunidad Autónoma sólo puede extenderse a la “conservación, modificación y desarrollo” del Derecho civil catalán, siendo así que, a su juicio, el art. 129 EAC atribuye en realidad a la Generalitat una competencia omnimoda en el ámbito de la legislación civil, sólo limitada en las materias atribuidas al Estado “en todo caso” por el propio art. 149.1.8 CE. Este juicio no puede ser compartido. La competencia exclusiva reservada al Estado por el art. 149.1.8 CE en relación con la “legislación civil” lo es “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, según dispone en su primer inciso aquel precepto constitucional. Ello implica que respecto de tales “Derechos civiles, forales o especiales” determinadas Comunidades Autónomas pueden asumir en sus Estatutos de Autonomía competencias consistentes en su “conservación, modificación y desarrollo” y que tal asunción puede verificarse en términos de exclusividad. Por ello, “la competencia exclusiva en materia de Derecho civil” a que se refiere el art. 129 EAC ha de entenderse ceñida estrictamente a esas funciones de “conservación, modificación y desarrollo” del Derecho civil catalán que son “la medida y el límite primero de las competencias... atribuibles y ejercitables” por las Comunidades Autónomas en virtud del art. 149.1.8 CE (STC 88/1993, FJ 1).

Obviamente, el hecho de que el art. 129 EAC no se refiera expresamente a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil no perjudica, en absoluto, a la prescripción del primer inciso del art. 149.1.8 CE, pues es evidente que las competencias atribuidas por la Constitución al Estado no precisan de confirmación alguna en los Estatutos de Autonomía (FF JJ 59 y 64). Con mejor propiedad, el Estatuto ha de limitarse a la atribución de competencias a la Comunidad Autónoma respectiva, siendo así que la única que el Estatuto catalán puede atribuir a la Generalitat, en el ámbito de la legislación civil, es la que tenga por objeto la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil de Cataluña, debiendo pues entenderse que “la competencia exclusiva en materia de Derecho civil” se contrae a ese específico objeto, sin extenderse al propio de la “legislación civil” como materia atribuida al Estado, a título de competencia exclusiva, por el primer inciso del art. 149.1.8 CE.

De otro lado, el art. 129 EAC no deja de señalar los límites constitucionales a los que está en todo caso sometida la competencia autonómica en relación con el Derecho civil catalán, pues la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre ese Derecho no puede en ningún caso afectar a las materias referidas en el inciso segundo del art. 149.1.8 CE, según dispone expresamente el precepto enjuiciado.

En fin, la previsión de que la competencia autonómica atribuida por el art. 129 EAC “incluye la determinación del sistema de fuentes del Derecho civil de Cataluña” no supone una infracción del art. 149.1.8 CE en el punto en que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la “determinación de las fuentes del Derecho” en todo el territorio nacional. En efecto, esta competencia del Estado no es incondicional u omnimoda, sino expresamente sometida al “respeto ... a las normas de Derecho foral o especial” (art. 149.1.8 CE), lo que implica, necesariamente, que en la determinación del sistema de fuentes del Derecho la legislación civil del Estado habrá de tomar en consideración y respetar aquellas normas. La competencia exclusiva sobre el Derecho civil de Cataluña, en tanto que Derecho foral o especial, comprende, pues, la competencia para la determinación de las fuentes de ese específico Derecho, siendo claro que esa competencia autonómica ha de sujetarse en su ejercicio a la competencia que

corresponde al Estado para la “determinación de las fuentes del Derecho” en todo el territorio, por más que en dicho ejercicio el Estado venga siempre obligado a respetar los sistemas normativos privativos de los distintos Derechos civiles forales o especiales (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 13).

En definitiva, el art. 129 EAC no se refiere, ni podría hacerlo, a la totalidad del Derecho civil español, sino sólo al Derecho civil privativo de Cataluña, respecto del que la Generalitat puede perfectamente ostentar una competencia exclusiva que tenga por objeto la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho, en los términos establecidos en nuestra doctrina, y en la que se comprenda la determinación de su propio sistema de fuentes. Determinación que, como función normativa, sólo puede tener el alcance que es propio de las funciones de “conservación, modificación y desarrollo” del Derecho civil existente en Cataluña al constituirse ésta en Comunidad Autónoma, que son las que constitucionalmente le reconoce y garantiza el art. 149.1.8 CE. Sistema privativo de Derecho civil, por tanto, que el legislador del Estado debe respetar al ejercer su competencia exclusiva para la determinación de las fuentes del Derecho en su integridad y para el conjunto del Estado, esto es, articulando en un sistema general los diferentes sistemas normativos vigentes en el ámbito civil por razón de la especialidad o foralidad, “allí donde existan” (art. 149.1.8 CE).

Interpretado en esos términos, el art. 129 EAC no es contrario a la Constitución, y así se dispondrá en el fallo.

NOTA *

1. El art. 129 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) señala que “Corresponde a la Generalitat la competencia *exclusiva en materia de Derecho civil*, con la excepción de las materias que el art. 149.1.8 CE atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del Derecho civil de Cataluña”. Fue uno de los preceptos impugnados ante el TC y declarado constitucional. Aunque lo que aparentemente deriva de la literalidad del precepto transcrito es una clara contradicción con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, conforme al cual “El Estado tiene competencia *exclusiva* sobre las siguientes materias [...] 8. *Legislación civil...*”, el apartado 3º del fallo de la STC advierte de que no es inconstitucional “...siempre que se interprete[n] en los términos establecidos en el correspondiente fundamento jurídico que se indica”. En el caso del art. 129 EAC, el FJ 76. Fuera de la interpretación contemplada en tal FJ 76, el art. 129 EAC sería inconstitucional.

Requerido sobre la constitucionalidad del precepto de referencia, el TC tenía tres opciones: señalar que era plenamente constitucional en cualquiera de sus posibles interpretaciones; señalar que era absolutamente inconstitucional en cualquiera de sus posibles interpretaciones; y lo que al final hizo: señalar que era constitucional (o que no era inconstitucional) interpretado de una forma y no de otra. Por adelantar mi juicio, creo que la norma era inconstitucional y que el esfuerzo de una “interpretación conforme de rechazo”, traspasó los límites de lo que es una interpretación posible. Señalaré brevemente por qué me parece que ello es así, para lo cual me ceñiré a un breve análisis en términos lingüísticos del alcance tanto de la norma fiscalizada como de la constitucional con la que *prima facie* se mide (el art. 149.1.8 CE), tal cuál había sido entendida ésta por el TC en su jurisprudencia anterior (esencialmente STC 88/1993 y las que la siguen); en un segundo momento, introduciré las opiniones de quienes ya se han pronunciado sobre el tema desde la crítica al TC por no haber declarado plenamente constitucional el precepto. No haré mención a otros que se refieren expresamente al Derecho civil catalán, como por ejemplo el art. 14.1º, sobre el que no hubo pronunciamiento, o sobre el relevante art. 5 que vincula *Derechos históricos del pueblo catalán, la tradición jurídica catalana y Derecho civil*.

2. Sabido es que la técnica de la interpretación conforme de una norma a la CE pasa por el respeto a unos límites que parten de las posibilidades literales de las normas, es decir, su capacidad para admitir

* Estas reflexiones se enmarcan en la ejecución de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto de Investigación subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el FEDER [Ref. DER2010-15162 (subprograma JURI)]; Proyecto de Investigación subvencionado por la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia sobre (Ref. Incite09 202 150 PR).

más de una interpretación. En tal sentido, los conceptos y su articulación pueden estirarse, pero no romperse. Muy ligado al anterior límite, pero no necesariamente confundido con él, está el de la interdicción de reconstrucción de la norma y, consecuentemente, la asunción por parte del intérprete (en este caso el TC) del papel que sólo le corresponde a quien legítimamente tiene la potestad legislativa (en este caso, el legislador estatutario: las Cortes Generales y el Parlamento catalán). En otras palabras, hay que partir de las posibilidades que ofrezca el lenguaje sin alterar sus proposiciones.

El TC ha sobrepasado, siempre en mi opinión, esos límites. Simplificando, quizá en exceso pero de forma que no creo que modifique la sustancia del discurso, tenemos una proposición maestra, la constitucional, que dice que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la “legislación civil”; y otra, la fiscalizada, que ha de ceñir su significado y alcance a la primera, a cuyo tenor “Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de Derecho civil”. Matices al margen (aunque alguno ha sido considerado relevante: si *Derecho civil* es igual que *legislación civil*, por ejemplo) estas dos proposiciones, *incondicionadas material o territorialmente*, son contradictorias. Y lo son incluso para doctrinas próximas a la “desconstitucionalización” práctica del contenido de las normas delimitadoras de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, ya que la estatutaria no es una norma que esté determinando el “contenido o alcance” de la materia (FJ 7 STC 247/2007), sino que practica una “interpretación *genérica y abstracta* del sistema constitucional de reparto competencial con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos”; y eso, incluso desde la jurisprudencia aparentemente menos estricta o más flexible, les está vedado al legislador estatal o al autonómico, o a ambos (FJ 8 STC 247/2007). Por tanto, no existe posibilidad de interpretación conforme. La misma materia “Derecho civil” y “legislación civil” es atribuida *de forma exclusiva* y sin adjetivación diferenciadora a dos instancias de producción jurídica distintas. O la legislación/Derecho civil corresponde en exclusiva al Estado o corresponde en exclusiva a la Generalitat, o corresponde en exclusiva a ambas *dentro de ámbitos que no se solapen*. Repito que esta conclusión no creo que pueda verse enturbiada, al menos en el caso que nos ocupa, por las distintas formas con que el art. 149.1.8 CE describe las competencias exclusivas del Estado: en ocasiones, refiriéndose a la materia, en ocasiones refiriéndose a la función relativa a la misma.

Este primer acercamiento, sin embargo, podría no ser suficiente para emitir un juicio definitivo sobre la posibilidad de interpretación conforme o no, porque las dos proposiciones son más complejas. Reproduciendo las proposiciones completas, en ambos casos, las reglas se surten de excepciones o matizaciones, lo que idealmente podría hacerlas compatibles, en función de cómo se articulen (por ejemplo, excepciones simétricas y complementarias). El art. 149.1.8 CE proclama la competencia exclusiva del Estado “...sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Es decir, el Estado no tiene competencia exclusiva sobre la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. Esta competencia la tienen las Comunidades Autónomas. Para el “resto” (lo que no quepa dentro de la conservación, modificación y desarrollo) regiría la regla de competencia exclusiva del Estado (repito, al menos en la interpretación pasada del TC).

Por su parte, la regla estatutaria señala que “Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de Derecho civil, con la excepción de las materias que el art. 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado”. Las materias que el art. 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado son las que cierran su literalidad: “En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial”. Con tan clara alusión al inefable “en todo caso”, la reconstrucción del significado del art. 129 EAC vendría a ser la siguiente:

“Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de Derecho civil, con la excepción de las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y de-

terminación de las fuentes del Derecho. Esta competencia [exclusiva] incluye la determinación del sistema de fuentes del Derecho civil de Cataluña”

Pues bien, esta interpretación no casa, siempre a mi juicio, con la lectura que he realizado del art. 149.1.8 CE. Simplificando se acomodaría más bien a este otro contenido:

“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias [...] 8. Legislación civil, sin perjuicio de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas [sobre la legislación civil,] allí donde existan Derechos civiles, forales o especiales. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas...”

Este hipotético precepto no es el vigente, a pesar de lo cual, el art. 129 EAC, como señalé al comienzo, ha sido declarado conforme con él. Incluso admitiendo la posibilidad de que el ejemplo cupiese en la CE (este es el sentido de los votos particulares de los Magistrados Carles Viver Pi-Sunyer y Julio Diego González Campos a la STC 88/1993), la ausencia de calificativo (Derecho civil *catalán*) en la norma estatutaria lo haría salir igualmente del molde constitucional.

3. La literalidad del art. 129 EAC y su alcance realmente pretendido van más allá de lo que el TC dice que tiene que decir para ser constitucional. Desde la doctrina jurídica catalana no se oculta que la intención de la nueva redacción era desactivar la incómoda (y probablemente inconveniente) previsión constitucional relativa a la “...conservación, modificación y *desarrollo* por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan” (*Vid.* F. Badosa Coll, “Sentencia 31/2010, de 28 de junio”; J. Egea Fernández, “Competencia en materia de Derecho civil” y E. Roca, “La competencia en materia de Derecho civil”, *Revista Catalana de dret public*, Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, pp. 332–339, 340–345 y 346–351, respectivamente); o al menos alejarlo de la tradicional interpretación del TC. Este límite intrínseco o interno a la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil viene a exigir en la comprensión pasada del TC (citada STC 88/1993) la existencia de una cierta *conexidad* entre el Derecho civil autonómico existente y los nuevos ámbitos que pretendan regularse. La idea de conexidad o de instituciones conexas con el Derecho civil vigente (“allí donde existan”) llevaría implícito ese límite teórico y *constitucional*. Se erigiría en requisito que vendría a evitar la posibilidad de un desarrollo ilimitado del Derecho civil por parte de las Comunidades Autónomas y evitaría la legislación *per saltum* (normativa civil totalmente nueva y absolutamente desvinculada, sin *conexión* alguna con el Derecho civil autonómico).

La literalidad del art. 129 EAC no hace alusión a límite interno alguno; sí al límite externo de las materias que literalmente *en todo caso* corresponden al Estado. La Generalitat, según su tenor, tiene competencia exclusiva en materia de Derecho civil: todo el Derecho civil, aunque la potencial nueva legislación civil catalana no sea ni conservación, ni modificación, ni desarrollo del Derecho civil catalán previo. El TC da por buena la letra del precepto, porque dice que no dice lo que dice sino lo que tiene que decir: que la Generalitat tiene competencia para la “conservación, modificación o desarrollo” de su Derecho civil. Exactamente lo que señalaba el paralelo art. 9.2º EAC de 1979: “La Generalitat de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las materias siguientes: 2. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán”.

4. No obstante, lo dicho, las críticas desde la posición que ve al art. 129 EAC plenamente constitucional en cualquiera de sus posibles interpretaciones, señalan algunas razones que no pueden pasar inadvertidas.

Una de las críticas que se hace a la STC es que no varía su jurisprudencia anterior, dejando abiertos resquicios e interrogantes sobre el verdadero alcance del art. 149.1.8 CE. No es razón suficiente de constitucionalidad, a mi juicio, que el TC deje abiertos los mismos resquicios e interrogantes de esa práctica anterior; es decir, que no ha dado respuesta al galimatías de los límites asociados al *desarrollo* del Derecho civil autonómico (E. Roca o A. Sánchez-Tembleque Pineda, *Diario La Ley*, nº 4244/2010, de 15 de octubre, p. 11). No era eso sobre lo que tenía que pronunciarse el TC, por más

que la declaración de constitucionalidad del art. 129 EAC pasase, precisamente, no por aclarar dicha jurisprudencia, sino sencillamente por adjurar de ella.

En esta misma línea, se le echa en cara al TC que asuma que el nuevo precepto no ha cambiado nada respecto del art. 9.2º EAC 1979, como si la realidad legislativa catalana no hubiera evolucionado nada en estos años (J. Egea y F. Badosa). Dicho de otra manera, según esta crítica, el TC debió haber tenido en cuenta el desarrollo legislativo de Cataluña en materia de Derecho civil a la hora de enjuiciar la compatibilidad del citado art. 129 EAC con la CE. El argumento no es convincente ni creo que sea relevante a los efectos de emitir un juicio de constitucionalidad. El desarrollo de esta idea vendría a señalar que el diseño constitucional del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas dependería no del constituyente, ni siquiera del legislador estatutario, sino de los propios legisladores autonómicos, algo que no es de recibo. Siguiendo con el desarrollo del razonamiento la crítica vertida vendría a señalar que (quizá) el art. 129 EAC pudiera no ser constitucional en 1979, pero sí lo habría de ser en 2010 (o 2006) a la vista del desarrollo legislativo asumido por el legislador catalán. Y esta correlación es absolutamente equívoca. No es, como se argumenta (F. Badosa) que se pretenda en el año 2010 que la competencia civil de la Generalitat se mida según la normativa civil vigente el 29 de diciembre de 1979. Si hablamos en términos de compatibilidad con la CE de una norma atributiva de competencia, ese parámetro de medida ni es posible en 2010, ni lo era en 1979, puesto que la única medida de dicha compatibilidad es y era la Constitución y no un elemento externo a la misma (el Derecho civil existente extramuros de la CE). Por reflejarlo de una manera gráfica, el art. 9.2º EAC de 1979 era constitucional, ya tuviese la Compilación de Derecho civil de Cataluña 30 o 300 artículos. Y el art. 129 EAC de 2006 sería a mi juicio igualmente inconstitucional aunque el Derecho catalán tuviera *de facto* un contenido material similar al del Código civil español.

Cuando se ha asumido en términos genéricos y abstractos el límite máximo de competencia permitido por la CE no cabe ampliarlo. Y que se ejercite con mayor o menor intensidad no altera la competencia asumida. El límite máximo en materia de Derecho civil catalán y de cualquier otro Derecho civil español distinto del estatal viene marcado por su “conservación, modificación y desarrollo”. Libremente, el legislador estatutario podría haber renunciado a asumir dicha competencia o podría haberla asumido sólo parcialmente (v.gr., “conservación” del Derecho civil catalán); y asumiéndola en cualquier grado (de forma plena o parcial), podría haberla ejercitado en cualquier grado. La fecundidad de un legislador autonómico no determina el alcance de la competencia que puede lícitamente asumir. Es, por el contrario, un *resultado* posible de la competencia asumida en el marco constitucional.

El TC acudió a su jurisprudencia conocida. Los promotores del Estatuto conocían dicha jurisprudencia. Las opciones de que el art. 129 EAC prosperara con su interpretación y alcance propios, sólo podían pasar porque el TC hubiese dicho que su jurisprudencia anterior era errónea, lo hubiese justificado fuertemente y hubiese dejado sin contenido el famoso límite de la “conservación, modificación y desarrollo”. Es cierto que el halo de incertidumbre que rodea la interpretación de tales conceptos es alto; que el TC dice que “desarrollo” significa algo y no establece claramente qué; pero sí deja claro que significa algo distinto de “no desarrollo” o de su ausencia. En cualquier caso, la consecuencia lógica de no modificar la interpretación del 149.1.8ª hubiera sido la declaración de inconstitucionalidad del art. 129 EAC. Incluso intuyo que de haber vuelto sobre sus pasos el TC, la ausencia de adjetivación del *Derecho civil* (catalán) habría supuesto un cierto escollo, al menos formal. Sorprendentemente, lo que según el TC hay que entender cuando leemos este último precepto, ni es lo que quiso el legislador estatutario, ni es lo que dijo.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

**APLICACIÓN DE LAS NORMAS AUTONÓMICAS SOBRE CONFLICTO DE LEYES:
ART. 9.º CC Y TRONCALIDAD VIZCAINA**

2010/2/Doc.– Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 111/2010, de 11 de marzo de 2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos. RJ\2010\2343.

Troncalidad vizcaína.– Excepción al principio de unidad en la ley aplicable a la sucesión.– Requisitos de la troncalidad.– Bienes troncales.– Vecindad civil vizcaína.– Principio de territorialidad frente al principio personalista.– Conflictos de leyes.

Normas aplicadas: arts. 9.8, 14 y 16 CC; art. 23.2 Ley 3/1992 de Derecho Civil del País Vasco

[...] *Resumen de antecedentes*

1. Una persona falleció en la Comunidad de Madrid el 5 de marzo de 2001 sin descendencia y sin haber otorgado testamento. El fallecido tuvo vecindad civil vizcaína, que había perdido por residencia de más de 10 años en Madrid. En el momento de su muerte era propietario de la mitad indivisa de una finca adquirida por herencia de su madre mediante escritura de herencia otorgada el 14 de agosto de 1967.

2. Dos hermanos de vínculo sencillo materno y su sobrina, como parientes más cercanos al fallecido, demandaron a la viuda fundándose en que la finca tenía la consideración de bien troncal con arreglo a los arts. 17 ss Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco. Solicitaron la declaración en su favor de herederos abintestato del fallecido con respecto a la finca troncal; que se declarase su propiedad sobre la finca troncal por terceras partes; que se declarasen nulas el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato y la instancia de aceptación y adjudicación de bienes en lo relativo a la finca troncal; y que se ordenase la cancelación de la inscripción registral de dominio de la finca troncal a favor de la demandada y la inscripción del derecho de propiedad a su favor. [...]

Pérdida de la vecindad civil vizcaína del causante y derechos troncales.

La desestimación de los anteriores motivos de casación se funda en los siguientes razonamientos:

a) El hecho de que la ley aplicable a la sucesión sea el Derecho común en virtud de la vecindad civil del causante, de acuerdo con los arts. 16 y 9.1º CC, no excluye los derechos derivados de la troncalidad reconocidos en la LDCFPV. La troncalidad vincula los bienes al tronco familiar del que proceden limitando su transmisión por actos inter vivos y mortis causa. De acuerdo con esta naturaleza, el régimen de derechos que derivan de la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable con carácter general a las transmisiones que se produzcan sobre tales bienes. Si se trata de transmisiones mortis causa, la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable a la sucesión.

b) Este principio se halla reflejado en el art. 23 LDCFPV, en el que se apoya la sentencia recurrida, el cual, después de establecer que los derechos y obligaciones de la troncalidad corresponden a todos los que tengan vecindad civil en Bizcaia, añade que “[p]or esencia de la troncalidad, la pérdida de la vecindad vizcaína no supone restricción alguna en los derechos y deberes de cualquier naturaleza derivados de la misma”. En efecto, siendo la vecindad civil del causante el criterio determinante del régimen de sucesiones, este precepto comporta que la troncalidad operará como excepción cuando resulte aplicable el Derecho común a una sucesión por haber perdido el causante la vecindad civil vizcaína, siempre que concurran los restantes requisitos para la efectividad de los derechos y deberes derivados de la troncalidad. Por derechos y deberes debe entenderse las limitaciones impuestas por el principio de troncalidad y la facultad de exigir su efectividad por los legitimados.

En el caso examinado (i) no se discute en casación que el bien inmueble objeto del proceso tiene carácter troncal desde el punto de vista objetivo; (ii) la sucesión del causante se rige por el Derecho común, pero los bienes del patrimonio hereditario de carácter troncal siguen afectos a los derechos y deberes derivados de la troncalidad, dado que el causante tenía originariamente vecindad civil vizcaína y estos derechos y deberes no se extinguieron por la pérdida de dicha vecindad; (iii) no es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que no se ha probado la vecindad civil vizcaína, al

menos originaria, de quienes hacen valer sus derechos troncales, pues la sentencia recurrida declara probada esta vecindad de acuerdo con los documentos presentados con la demanda; (iv) no afecta a esta apreciación la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que la excepción de falta de legitimación activa debía desestimarse también por no haberse planteado en la primera instancia. El carácter erróneo de esta afirmación no empece la certeza de la conclusión ni del argumento en que principalmente se apoya.

NOTA *

1. La Sentencia del Tribunal Supremo que nos ocupa da una vuelta más a cómo entender la troncalidad vizcaína. Esta vez asumiéndola y aplicándola con todas sus consecuencias al realizar una interpretación que se inclina por atender al espíritu que envuelve tan tradicional figura del ordenamiento civil vizcaíno aún a sabiendas de que con ello desafía los límites del sistema competencial del art. 149.1.8 CE. Y es que, a pesar de que en el ordenamiento español hace tiempo que se optó por integrar un sistema unitario de corte personalista para regir la sucesión, las particularidades territoriales de los Derechos civiles forales y especiales se hacen sentir y las costumbres locales se manifiestan reanudando el debate sobre la necesidad de adecuar, o mejor dicho, de crear un régimen de Derecho interregional que responda a las necesidades y principios de los Derechos civiles coexistentes con plena igualdad (*vid.* la nota de I.-Rodríguez-Uría Suárez a esta misma Sentencia en *REDI* 2010-1, vol. LXII, pp. 251-254). Nos encontramos ante un pronunciamiento en el que bajo la palmaria discusión en torno a la aplicación de las conexiones inherentes a la troncalidad vizcaína subyace un nuevo e interesante fallo del alto Tribunal acerca de la potencial inconstitucionalidad de aquellas normas de la Ley 3/1992 de Derecho civil foral del País Vasco (LDCFPV) que delimitan unilateralmente su ámbito de aplicación.

2. Como no podía ser de otro modo tratándose de la troncalidad la cuestión gira en torno a un bien inmueble (chalet compuesto por dos viviendas) sito en territorio aforado vizcaíno. Nada menos que en Neguri, lugar distinguido de la Provincia de Vizcaya. Y la clave de la polémica se encuentra en la vecindad civil del causante, natural de Getxo pero vecino de Madrid, al menos, durante los últimos treinta y cinco años de su vida. Con estos antecedentes la disputa se centra en la sucesión *ab intestato* del susodicho y la conforman sus dos hermanas y una sobrina, hija de un hermano fallecido, contra su esposa. Las primeras solicitan la nulidad de la declaración de herederos *ab intestato* realizada a favor del cónyuge supérstite en lo que respecta a los bienes troncales y todo lo que ello comporta: la nulidad de la instancia de aceptación y adjudicación, la cancelación de la inscripción en el Registro de Propiedad y la consecuente nueva inscripción. Su argumento se basa en la condición de bien troncal del controvertido bien inmueble con arreglo a los arts. 17 ss LDCFPV y en la originaria vecindad civil vizcaína del causante, que entienden suficiente para aplicar las prerrogativas inherentes a la troncalidad a tenor del art. 23.2º LDCFPV. Por su parte, la esposa alega la pérdida de dicha vecindad y la adquisición automática de la vecindad civil común del causante como consecuencia de su residencia continuada en Madrid para, en aplicación de los arts. 14 y 16 Cc, rechazar el potencial disfrute de la peculiar figura sucesoria vasca. Las posturas manifestadas representan dos tendencias existentes en torno al concepto de troncalidad que se forjaron con la promulgación del Código Civil (Cc) y que se han ido consolidando o matizando a lo largo de la evolución normativa que ha tenido dentro del ordenamiento vasco: la de aquellos que defienden su mero sometimiento al principio de territorialidad frente a los que consideran necesario sumarle además el personalista.

3. Con carácter general podemos definir la troncalidad como una limitación a la libertad de disponer a favor de sus parientes más cercanos (los parientes tronqueros) del propietario de determinados bienes inmuebles que por su especial ubicación son considerados “troncales” y por su procedencia de un tronco

* Esta nota se enmarca en la ejecución de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto de Investigación subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el FEDER [Ref. DER2010-15162 (subprograma JURI)]; Proyecto de Investigación subvencionado por la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia sobre (Ref. Incite09 202 150 PR).

común, o raíz ascendente común, se vinculan a un patrimonio familiar cuya especial protección se erige precisamente en su fundamento. Por tanto no cabe lugar a dudas la troncalidad parte del principio de territorialidad, es decir, se aplicará siempre que el bien (raíz o troncal) esté situado en un determinado territorio (Tierra Llana o Infanzonado). Y así quedaba recogido en la Ley 15, título XX, del Fuero de Vizcaya de 1526: la sucesión de los bienes se regían por la ley del lugar donde se encontraban (*vid.* A. Celaya Ibarra, *Vizcaya y su Fuero Civil*, Pamplona, Aranzadi, 1965).

Los inconvenientes se iniciaron con el Cc en la medida en que, sin tener en cuenta la especificidad vizcaína, introdujo un criterio personalista para ordenar en su integridad el fenómeno sucesorio produciendo el consecuente menoscabo del sistema troncal. Es menester recordar que la esencia de la troncalidad se halla en la concepción solidaria y no individualista de la propiedad. Ello implica que el titular de la propiedad cede el protagonismo a la “familia unida a la casa” con lo que si se sujeta la aplicación de la troncalidad a una conexión personal y ésta señala una ley ajena a tal particular concepción foral merma su significado. En consecuencia la troncalidad quedaría supeditada a las posibles fluctuaciones de tal conexión (*vid.* A. Celaya Ibarra, “Artículo 5”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXVI. *Compilación de Bizkaia y Alava*, M. Albaladejo, Jaén, Edersa, 1979, pp. 60–68). Esto sucedía en la práctica con el anterior art. 10 Cc que al incluir un nuevo punto de conexión subjetivo relegaba la aplicación de la troncalidad a los bienes troncales de los vizcaínos con vecindad en territorio aforado (Tierra Llana o Infanzonado). Con ello, no sólo restringía su funcionalidad sino que, siendo Vizcaya una Provincia caracterizada por una dualidad legislativa a penas separada por una delgada línea, multiplicaba la manifestación de conflictos de leyes interlocales entre vizcaínos aforados y no aforados pero propietarios de bienes en territorio aforado. Para evitar semejante infortunio los diputados vizcaínos consiguieron agregar un nuevo párrafo al art. 10 que añadía una excepción al principio de unidad de la sucesión y mitigaba los efectos adversos del criterio personalista. El nuevo párrafo sometía la sucesión de los bienes troncales de los vizcaínos residentes en las Villas al Fuero de Vizcaya. Es decir, los bienes troncales de todos los vizcaínos ya fueran o no aforados quedaban regulados en función del principio de territorialidad por la *lex rei sitae*. De esta forma y a partir de ese momento para aplicar la troncalidad se requiere una doble conexión porque aunque se incorpore la *lex rei sitae* no puede prescindirse de la conexión personal, así que el propietario de los bienes deberá ostentar además vecindad civil vizcaína. En esencia aquí nacen las distintas teorías e interpretaciones acerca de las conexiones inherentes a la troncalidad que vemos reflejadas en nuestro supuesto. De hecho, no faltaron los que aprovecharon para decir que el doble punto de conexión exigido a partir del Cc es más acorde con el ánimo de la institución en tanto la troncalidad se vincula no sólo con la tierra aforada sino en general con la familia vizcaína. Y hasta hubo quienes osaron a introducir un tercer punto de conexión carente de sentido exigiendo además que los parientes tronqueros también tuvieran vecindad civil vizcaína (STS de 16 de marzo de 1965).

4. En la actualidad, la cuestión adquiere otros derroteros desde el momento que entra en juego un nuevo elemento que insta al legislador vasco a combinar la foralidad con los nuevos parámetros constitucionales. La LDCFPV debía acomodar la especificidad foral a la atribución de la competencia exclusiva estatal recogida en el art. 149.1.8 CE para dictar “normas para resolver los conflictos de leyes”. Y no era una tarea fácil. Finalmente la troncalidad se encuentra regulada en los arts 17 ss LDCFPV y en su art. 23 integra una norma unilateral cuya aplicación trae causa al presente litigio. Por un lado el art. 23 intenta retomar el sentido de aquél párrafo integrado en el art. 10 Cc, malogrado en la Compilación de 1959 y posteriormente desaparecido con la Reforma del CC de 1974; pero como se extrae del supuesto que comentamos lejos de solventar la controversia la incrementa. Y ello así porque una vez establecido en su primer párrafo que los derechos y obligaciones derivados de la troncalidad corresponden como vizcaínos a todos los que tengan vecindad civil en Vizcaya, añade que la “pérdida de la vecindad civil vizcaína no supone restricción alguna de los derechos y deberes de cualquier naturaleza derivados de la misma”. La intención del primer párrafo es clara, la LDCFPV dirime los errores del pasado y no diferencia entre vizcaínos aforados y no aforados así que la troncalidad se aplicará a todos aquellos con vecindad civil vizcaína prevaleciendo la conexión real sobre la personal. Los problemas surgen del tenor del segundo párrafo. Como puede observarse en su texto la conexión personal se desvincula en primer lugar de los titulares de los “derechos” derivados de la troncalidad con lo que un cambio en la vecindad civil de

los parientes tronqueros no va a comportar la pérdida de los mismos. Pero en segundo lugar hace referencia a los “deberes” de los titulares de los bienes troncales y establece que un cambio en su vecindad civil tampoco afectará a su obligación de respetar a los parientes tronqueros (art. 17 LDCFPV) ¿esto qué significa? La norma puede interpretarse de dos formas que llevan implícita una toma de postura concerniente el complicado equilibrio competencial en materia de conflictos de leyes que mencionábamos al principio.

La primera, adoptada por el Tribunal Supremo en esta ocasión apoyando a las hermanas y sobrina del causante, estima que aunque el causante haya perdido la vecindad civil vizcaína y en el momento de su fallecimiento tenga vecindad civil común la sucesión de sus bienes troncales seguirá sometida a la LDCFPV. El art. 23.2º juega como una excepción del art. 9.8º Cc en lo que a los bienes troncales se refiere y “siempre que concurran los restantes requisitos para la efectividad de derechos y deberes derivados de la troncalidad”, a pesar de que resulte aplicable el Derecho común a la sucesión que nos ocupa, primará el estatuto real sobre el personal en aras a conservar el bien raíz en el patrimonio familiar (*vid.* A. Mª. Urrutia Badiola, “Ámbito territorial y personal de aplicación del Fuero Civil de Bizkaia. La troncalidad y sus efectos en las enajenaciones inter vivos de los bienes troncales: la saca foral”, *El Derecho foral vasco tras la reforma de 1992*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 54; A. Celaya Ibarra, “Artículo 23”, *op. cit.*, p. 133 y J.J. Álvarez Rubio, *Las normas de Derecho interregional de la Ley 3/1992*, Bilbao, IVAP, 1995, pp.70 ss).

La segunda, defiende una interpretación restrictiva del art. 23.2º LDCFPV y se agarra a la exigencia del doble componente real y personal de la troncalidad y a la vecindad civil común del causante para alegar la aplicación del Derecho común. Se trata de un enfoque que gana peso al albur de la competencia exclusiva del Estado para resolver conflictos de leyes pero que prescinde del espíritu que envuelve a la norma. Ciertamente la primera interpretación otorga a la disposición vasca una dosis de extraterritorialidad que invade la competencia estatal (*vid.* A. Font i Segura, “La sucesión hereditaria en Derecho interregional”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 53, nº 1, 2000, pp. 53–54) y que podría ser tachada de inconstitucional, a pesar de que no fue impugnada por el Gobierno en el recurso contra la ley vasca nº 2685/1992. La única manera de salvaguardar su adecuación a los parámetros constitucionales es dotarle de efectos en un nivel *ad intra* que la circunscriba a la resolución de los conflictos de leyes interlocales, tal y como hizo el Dictamen del Consejo de Estado 1537/1992; aunque esa no parece ser la intención ni del Tribunal Supremo y dudo que fuera la del legislador vasco.

5. El futuro de la problemática planteada lo hallamos en el Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco que introduce una pequeña novedad al respecto. El art. 68 ratifica la idea de que la troncalidad una vez constituida no se extingue por el cambio de vecindad civil del causante: “La troncalidad se extingue en una familia si al fallecimiento del titular no existen parientes tronqueros. Se extingue también si en el momento en que el titular pierde la vecindad civil local vizcaína no existen parientes tronqueros en línea recta ni en el segundo y tercer grado colateral”. Ahora bien, teniendo en cuenta que el Anteproyecto crea una vecindad civil vasca (*vid.* J.J. Álvarez Rubio, “Hacia una vecindad civil vasca: la futura ley de Derecho Civil”, ponencia presentada en el Seminario de la Universidad Complutense que se recoge en este mismo tomo, *supra*, pp. 595–614) tampoco despeja del todo las dudas pues no sabemos si lo que pretende es extender la troncalidad a todos los que posean vecindad civil vasca, en cuyo caso podría ampararse en su integración en normas para la resolución de los conflictos de leyes interlocales, o si aspira a ir más allá. No es la primera vez que el legislador autonómico ante la pasividad legislador estatal juega con la ambigüedad en este tipo de normas para hacer frente a sus necesidades. Habrá que esperar a la aprobación del Anteproyecto para ver qué sucede. Mientras, en el estado actual de las cosas esta Sentencia es un claro ejemplo de que estemos o no de acuerdo en lo que a la troncalidad respecta caben ambas posturas.

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI

Investigadora de Programa de ayudas a la investigación
de la Xunta de Galicia, “Angeles Alvariño”

**PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD Y APLICACIÓN DEL
DERECHO CIVIL CATALÁN*****2010/3/Doc.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia de 1 de febrero de 2010.**
JUR\2010\148386.

[...] Como cuestión previa, debe dejarse sentado que en el presente caso procede aplicar el Derecho civil catalán tanto por el criterio de territorialidad (art. 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya) como por las normas de conflicto de leyes (arts. 9, 107 y 16 del Código Civil estatal), que también remiten al mismo ordenamiento civil.

NOTA

1. Esta es la cláusula que más profusamente se utiliza como fundamento de Derecho para justificar la aplicación del Derecho civil catalán en todo este compendio de sentencias adoptadas por la Audiencia Provincial de Barcelona, siendo el ponente el mismo magistrado en casi todas ellas. El razonamiento empleado debe enmarcarse en el carácter plurilegislativo que define al ordenamiento español. No obstante, es sabido que esta nota de pluralidad que caracteriza el ordenamiento español no implica por sí misma un conflicto de leyes. En realidad, el fundamento reproducido es invocado sin necesidad de que el supuesto litigioso presente ningún elemento de heterogeneidad, tal como sucede en muchísimas de las resoluciones aquí comentadas donde no consta la existencia de un elemento de extranjería o interterritorialidad. Cabe plantearse entonces si la inexistencia de elementos de heterogeneidad en el supuesto fáctico obliga al Juez a confirmar la aplicación del Derecho civil con el que el supuesto objeto de la controversia está exclusivamente vinculado. En todos estos casos se trata del Derecho civil catalán pero bien pudiera ser otro el Derecho civil español el que tuviera que ser aplicado, sea éste el estatal o uno autonómico. Si bien puede advertirse que la progresiva completitud del Derecho civil catalán pone de manifiesto que es en Cataluña donde la jurisdicción española debe aplicar con más frecuencia únicamente un Derecho civil autonómico para resolver la controversia, sin tener que recurrir al Derecho civil estatal. El rasgo de la completitud del Derecho civil catalán es ciertamente relevante por cuanto supone un elemento novedoso en el contexto histórico reciente de nuestro ordenamiento ya que aunque, y sin lugar a dudas, en el pasado éste era un Derecho civil completo, este rasgo se vio cercenado después de la Segunda República. La entrada en vigor de la Constitución de 1978 puso unas piedras imprecisas para subvertir el carácter fragmentario al que se veían sometidos los distintos Derechos civiles españoles, salvo claro está el estatal.

Estos antecedentes son imprescindibles para comprender la razón por la cual esta justificación se entiende necesaria tanto en la legislación, art. 111.3.1 CCCat, como en la jurisprudencia. No está de más observar que esta “excusa”, o si se quiere fundamento, no parece existir cuando el supuesto litigioso se plantea ante la jurisdicción española en territorio de Derecho civil común. La todavía frecuente e inexcusable

* Vid., asimismo, de la misma Audiencia Provincial de Barcelona: SS 27 de abril de 2010 (JUR/2010/241058, JUR/2010/241057, JUR/2010/241062), SS 28 de abril de 2010 (JUR/2010/240869, JUR/2010/240900, JUR/2010/240870), 3 de mayo de 2010 (JUR/2010/277577), 4 de mayo de 2010 (JUR/2010/277514), 6 de mayo de 2010 (JUR/2010/291394), 7 de mayo de 2010 (JUR/2010/277328), 10 de mayo de 2010 (JUR/2010/277249), SS 14 de mayo de 2010 (JUR/2010/291104, JUR/2010/291113, JUR/2010/291109, JUR/2010/291108), 19 de mayo de 2010 (JUR/2010/276913), 7 de septiembre de 2010 (JUR/2010/376026), SS 28 de septiembre de 2010 (JUR/2010/374495, JUR/2010/374499, JUR/2010/385939), 6 de octubre de 2010 (JUR/2010/384616), 7 de octubre de 2010 (JUR/2010/384472), 8 de octubre de 2010 (JUR/2010/384321), 14 de octubre de 2010 (JUR/2010/383851), 15 de octubre de 2010 (JUR/2010/383540), SS 20 de octubre de 2010 (JUR/2010/383109, JUR/2010/383106, JUR/2010/383105, JUR/2011/82572, JUR/2010/383108), 21 de octubre de 2010 (JUR/2010/383041), SS 22 de octubre de 2010 (JUR/2010/382952, JUR/2010/382949), 26 de octubre de 2010 (JUR/2010/382765), 28 de octubre de 2010 (JUR/2010/382611), 3 de noviembre de 2010 (JUR/2011/81655), 4 de noviembre de 2010 (JUR/2011/81548), 9 de noviembre de 2010 (JUR/2011/81151), 10 de noviembre de 2010 (JUR/2011/80978), 14 de noviembre de 2010, 17 de noviembre de 2010 (JUR/2011/80159), 18 de noviembre de 2010 (JUR/2011/80032), 19 de noviembre de 2010 (JUR/2011/79794, JUR/2011/79791, JUR/2011/79795), 22 de noviembre de 2010 (JUR/2011/79712), SS 26 de noviembre de 2010 (JUR/2011/79212, JUR/2011/79211, JUR/2011/79196), 2 de diciembre de 2010 (JUR/2011/89392), 9 de diciembre de 2010 (JUR/2011/88961), 10 de diciembre de 2010 (JUR/2011/88819), 14 de diciembre de 2010 (JUR/2011/88471).

sable ignorancia de un Derecho civil español –aunque, insisto, a mi conocimiento sólo cuando éste es autonómico– por parte de la jurisprudencia explica un fundamento como el reproducido que puede ser calificado como de defensivo. No puede negarse que los rasgos que caracterizan la pluralidad normativa en España conforman un panorama ciertamente complejo. Así, de manera general, persiste la fragmentación de los distintos Derechos civiles españoles –salvo el estatal–, existe un desigual alcance material y territorial –comprendiendo aquí el Derecho estatal que se vale del principio de subsidiariedad para cubrir todo el territorio–, además en cada Derecho civil se parte de una historia y unos antecedentes distintos y, por último, cabe observar distintas ambiciones por lo que hace a la pretensión de completitud. Así puede contrastarse la experiencia aragonesa con la catalana, por ejemplo. Mientras que en el primero de los Derechos el legislador autonómico da por cerrado el proceso de reformulación legislativa con el Código de Derecho Foral de Aragón; el legislador catalán, por el contrario, no ha concluido todavía su proceso codificador. La complejidad del panorama legislativo español posiblemente hunde sus raíces en las dudas que plantea un precepto como el art. 149.1.8 CE por lo que se refiere al alcance material de las competencias de determinadas CCAA por lo que el paso de la fragmentación a la completitud de los Derechos civiles autonómicos no es tan evidente y además tampoco podía ser transformada de la noche a la mañana. Sin embargo, toda esta complejidad debe ser asumida, y no puede aceptarse la inercia de la jurisdicción española a la aplicación exclusiva del Derecho civil estatal. Esta actitud puede deberse a diversas causas, puede aventurarse que éstas se originen bien sea en una posición conservadora e inmovilista –empleando ambos términos en su acepción más genuina–, o bien en el incomprensible desconocimiento de la vigencia de otros Derechos civiles distintos al estatal. Ello explica que en una de las sentencias (SAP Barcelona 22 de octubre de 2010, JUR/2010/382952) que son objeto del presente comentario, como colofón final al fundamento reproducido al inicio de esta nota, se haya añadido lo siguiente: *La sentencia apelada aplica el Derecho civil estatal sin justificarlo*. De esta forma, se pone en evidencia cómo todavía hoy debe recordarse en apelación el carácter plurilegislativo del ordenamiento español y la necesaria aplicación del Derecho civil autonómico correspondiente, en este caso el catalán, dada su completitud en los aspectos sujetos a litigio y en la medida en que se trata de un supuesto puramente doméstico, sin elementos de heterogeneidad.

2. Ahora bien, la cuestión que puede plantearse es si, como consecuencia del contexto plurilegislativo de nuestro ordenamiento, es exigible que nuestros tribunales justifiquen la aplicación de uno u otro Derecho civil español en todo momento y lugar de la geografía española incluso respecto de aquellos supuestos litigiosos que pueden ser llamados puramente domésticos, homogéneos o, si es que así pueden denominarse también en nuestro plural ordenamiento, internos. La respuesta debe tener presente otro dato peculiar y determinante de nuestro ordenamiento, esto es, la unidad de jurisdicción. En mi opinión, un ordenamiento plurilegislativo en el que simultáneamente concurrieran una pluralidad de jurisdicciones no exigiría esta, por decirlo de algún modo, cuestión previa. En efecto, ante un supuesto vinculado únicamente al ordenamiento X el tribunal perteneciente a la jurisdicción X aplicaría su propio Derecho sin tener que plantearse o fundamentar la aplicación de su Derecho. No obstante, en un ordenamiento plurilegislativo en el que hay una sola jurisdicción es evidente que ninguno de los Derechos civiles coexistentes es el propio de la jurisdicción o, mejor dicho aún, todos son “suyos”. Otro aspecto que está particularmente vinculado a esta cuestión, en los términos en los que se plantea el fundamento parafraseado, es el del criterio de territorialidad, sobre el que también deberemos pronunciarnos. La vinculación de ambas cuestiones no es casual y, como ha puesto de relieve R. Arenas García, (*vid.* “Condicionantes y principios del Derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo, fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea”, *AEDIPr*, t. X, 2010, en prensa) tiene su origen en un momento en el que el desempeño de la función jurisdiccional en los distintos territorios que convivían en la península ibérica, se ejercía de forma soberana.

3. Sin embargo, antes de examinar la incidencia que puede tener el principio de unidad de jurisdicción y el criterio de territorialidad presente en distintos Derechos civiles autonómicos, hay que recordar previamente que algunas materias recaen bajo la competencia exclusiva del Estado. Esta circunstancia se produce con respecto al vínculo matrimonial. No obstante, ello no impide que en un mismo supuesto litigioso deban de ser de aplicación tanto el Derecho civil estatal como el Derecho civil autonómico con

el que el supuesto está conectado. En estos casos, la aplicación simultánea del Derecho civil estatal y un Derecho civil autonómico no es consecuencia de un conflicto de leyes, sino de la coexistencia simultánea de la unidad del ordenamiento con respecto a una determinada materia con la pluralidad del mismo respecto de otras materias. Por este motivo puede producirse esta aplicación simultánea aunque el supuesto litigioso esté carente de elemento alguno de heterogeneidad. Por este motivo, el fundamento reproducido al inicio concluye en una de las sentencias comentadas de esta otra forma: “La sentencia apelada no solo aplica derecho estatal a la acción principal, *lo cual es correcto*, sino también a las medidas, sin fundamentarlo” (el destacado es del autor). Esto es lo que sucede señaladamente en supuestos de crisis matrimoniales en los que el pleito gira en torno a la disolución del matrimonio, materia regulada en exclusiva por el legislador estatal, y a sus efectos, que pueden estar regulados por un Derecho civil autonómico, como el catalán. Así es, en la SAP Barcelona 22 de octubre de 2010 (JUR/2010/382949) se plantea una demanda de divorcio que conlleva también una reclamación de alimentos y la adopción de medidas destinadas a la guarda y custodia de los hijos, cuestiones éstas últimas reguladas por el Derecho civil catalán con el que, a falta de datos, hay que presumir que está exclusivamente vinculado el supuesto litigioso. Evidentemente ello no impide la aplicación del Derecho civil estatal propiamente a la disolución del vínculo, dado que este legislador tiene atribuida la competencia exclusiva y no existe pluralidad normativa en relación a esta materia, de modo que, por más conectado que esté el supuesto con Cataluña, no cabe la aplicación del Derecho civil propio de esta Comunidad. La competencia exclusiva del legislador estatal genera pues, en ocasiones, un escenario en el que, aunque no haya heterogeneidad, es necesario ensamblar piezas provenientes de distintos Derechos civiles españoles, el estatal, por una parte, y alguno de los Derechos civiles autonómicos, por otra parte.

Ahora bien, aplicación simultánea no significa aplicación cumulativa. Es decir, lo que acaba de verse es que en un supuesto de crisis matrimonial es necesario aplicar el Derecho civil estatal para regular la disolución del matrimonio, estricta y únicamente, puesto que en el ordenamiento español no hay otro Derecho que regule esta cuestión debido a la atribución exclusiva conferida en la CE. Esta aplicación del Derecho civil estatal se produce de forma paralela a la aplicación de un Derecho civil autonómico, como se dijo, pero no respecto a la disolución propiamente dicha, sino a los efectos que se derivan de la misma. Ambos Derechos resultan aplicados, pero regulan cuestiones distintas. En cambio, la aplicación cumulativa del Derecho civil estatal y un Derecho civil autonómico respecto a una misma cuestión litigiosa resulta improcedente cuando es de aplicación uno u otro Derecho, sea éste un supuesto heterogéneo u homogéneo. Esta afirmación debe mantenerse si el contenido de la norma de uno y otro Derecho es similar o incluso idéntico. Ello explica que, habiendo constatado que es de aplicación el Derecho civil catalán, después del fundamento reproducido y al que hemos aludido ya varias veces, se declara a continuación en la SAP Barcelona 7 de octubre de 2010 (JUR/2010/384472). Por tanto, la alegación cumulativa de preceptos de Derecho civil catalán y Derecho civil estatal carece de base.

4. No obstante, la pregunta que debe formularse es si es correcto el fundamento sobre el cual reposa la aplicación del Derecho civil catalán en todos estos supuestos. El párrafo reproducido basa la aplicación de este Derecho en el criterio de territorialidad, citando el art. 111.3.1.1 CCCat y en ocasiones también el art. 14.1º EACat, y en las normas de conflictos de leyes, variando el precepto citado en función del contenido del supuesto litigioso. Dos aspectos confluyen aquí, tal como pusimos de relieve anteriormente, por una parte el principio de unidad de jurisdicción, por otra parte, el criterio de territorialidad. Cabe añadir otro, la función que desempeñan en el ámbito interno las normas de conflictos de leyes.

5. En relación al principio de unidad de jurisdicción parece que debería considerarse que para la única jurisdicción española competente todos los Derechos españoles le son propios y que, en consecuencia, no procede una identificación de la misma con uno solo de los Derechos civiles. El juez español tiene ante sí un supuesto litigioso que debe ser resuelto conforme a derecho y si sobre un particular asunto el ordenamiento ofrece una respuesta normativa plural originada en sendos Derechos civiles que se encuentran en posición de igualdad, no cabe partir ni aplicar un Derecho civil por encima de otros. La identificación de la jurisdicción española con uno u otro Derecho supone distorsionar la plurilegislación estructural del ordenamiento español. Si bien es cierto que la jurisdicción desempeña una función estatal, pero “son órganos del ordenamiento español entendido como la suma del Derecho producido por el

Estado central y el que ha sido creado por el legislador autonómico”, en gráfica expresión de R. Arenas García, *op. cit.*, por ello no debe implicar una identificación de la misma con el Derecho civil adoptado por el legislador estatal. Tampoco con un determinado Derecho civil autonómico. Esta única jurisdicción desempeña la misma función en todo el territorio estatal y aunque ésta se ejerza en un territorio con Derecho civil propio no cabe una identificación automática con este Derecho civil.

Ahora bien, debe distinguirse en función del carácter homogéneo o heterogéneo del supuesto. Nos ocuparemos en este punto de los supuestos homogéneos para analizar en el siguiente los supuestos heterogéneos. Así, en la medida en que el supuesto sea homogéneo, no se suscita ningún conflicto de leyes de manera que no tiene sentido acudir a las normas de conflicto. Probablemente no es exacto decir que la jurisdicción aplica el Derecho de su territorio. En realidad, se aplica el Derecho del lugar en el que el tribunal tiene su sede o, mejor aún, de aplicar el Derecho cuyo ámbito de aplicación comprende de forma típica estas situaciones que le son “propias” por estar exclusivamente vinculadas al mismo. (Vid. R. Arenas García, *op. cit.*; E. Zabalo Escudero, “Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el ordenamiento español”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* 1994, p. 264; S. Álvarez González, “Determinación del ámbito personal y territorial del Derecho civil catalán.(o sobre la competencia compartida en materia de Derecho civil catalán), *La aplicació del Dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Barcelona, Atelier, 2011 (en prensa); E. Ginebra Molins, *La qualitat jurídica de català i l'aplicació del Dret civil de Catalunya*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2002, pp. 644 ss). El criterio de territorialidad, contenidos en el art. 14.1º EACat y el art. 111.3.1 CCCat, expresa entonces el ámbito de aplicación del Derecho civil catalán en supuestos homogéneos y al mismo tiempo introduce un factor de proximidad o inmediatez entre la jurisdicción y el supuesto enjuiciado, incluso si se trata de un supuesto heterogéneo (vuelvo sobre ello en el punto siguiente). La cita del art. 14.1º EACat y/o del art. 111.3.1 CCCat resulta entonces adecuada, aunque no debería ser necesaria. La jurisdicción española no acude a ningún precepto legitimador para aplicar el Derecho civil común cuando el supuesto es homogéneo, ¿por qué entonces cuando se trata de un supuesto homogéneo al que le deba de ser aplicado el Derecho civil catalán debe invocarse la territorialidad? Probablemente, razones de carácter histórico y razones de tipo práctico (la inercia con que se continúa aplicando el Derecho civil común) explican esta cita.

6. Las normas de conflicto no desempeñan en relación a supuestos homogéneos ninguna función, salvo que entendamos que la determinación del Derecho aplicable es un *prius* que se plantea respecto de cualquier supuesto interno por la potencial aplicación de cualquiera de los Derechos coexistentes en la jurisdicción española. Así lo ve S. Álvarez González (*op. cit.*) quien considera además que la norma de conflicto podría dinamitar esa “presunta aplicación territorial” dado que “son las normas de conflicto las que desde fuera condicionan la aplicación de las leyes territoriales”, poniendo como ejemplo una eventual norma de conflicto que en materia de efectos económicos del matrimonio estableciera que “El régimen económico matrimonial de los cónyuges españoles será el que libremente elijan de entre los vigentes en los distintos Derechos civiles españoles”, aunque el supuesto fuera puro, homogéneo, interno. No obstante, creo que entonces el legislador conflictual se estaría excediendo en sus competencias y estaría adoptando una norma que tendría un impacto material evidente sobre lo que es el contenido de la competencia legislativa conferida en la CE. La autonomía legislativa pudiera verse entonces comprometida.

Sin embargo, si se trata de un supuesto heterogéneo la territorialidad expresada en diversos Estatutos de Autonomía y el art. 111.3.1 CCCat no añade nada, no supone determinación alguna del Derecho civil aplicable. Si se aprecia un elemento de heterogeneidad se activa el sistema conflictual y son las normas contenidas en el mismo las que designarán el Derecho aplicable. No obstante, la SAP Barcelona 21 de octubre de 2010 (JUR/2010/383041), pese al carácter heterogéneo del supuesto, en particular interterritorial, invoca tanto el criterio de territorialidad como una vaga y genérica llamada a los arts. 9 y 107 Cc, así como al 16 Cc, sin detallar con precisión los motivos que conducen a la aplicación del Derecho civil catalán en cumplimiento de las citadas normas de conflicto. En efecto, después de aducir el fundamento consabido, reproducido al inicio de este comentario, añade: “Es cierto que la madre vive en Madrid y el padre en Cataluña, pero no consta que ninguno de ellos haya cambiado la vecindad civil catalana de origen”. Se echa en falta una mayor precisión.

Situación distinta se presenta, a mi juicio, en la SAP Barcelona 1 de febrero de 2010 (JUR\2010\148386). Se trata de un supuesto litigioso relativo a las relaciones paterno filiales y a una reclamación de alimentos que presenta vínculos con el ordenamiento keniano en los que tampoco se detalla cuál es el Derecho designado para regular el supuesto aunque se efectúa una remisión genérica al Derecho civil catalán como consecuencia del art. 111.3.1 CCCat y el art. 9 Cc. Veamos qué dice el Tribunal:

“Consta que el padre tiene la nacionalidad española, la madre la de Kenia y no consta la de la hija, hoy de 3 años. En ausencia de alegación de aplicabilidad de legislación extranjera (art. 12.6º, párrafo segundo, del Cc estatal), procede la aplicación del derecho español, en este caso el derecho civil catalán, en virtud de su territorialidad (art. 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya) y de las normas de conflicto de leyes (art. 9 Cc estatal), que también remiten en este caso al derecho catalán”.

Debe advertirse que el Tribunal tiene la obligación de determinar cuál es la ley aplicable por la imperativa aplicación de la norma de conflicto prevista en el art. 12.6º Cc, basta con que se aleguen hechos en los que concurren elementos de extranjería para que se imponga la aplicación de oficio de la norma de conflicto y, por tanto, no es necesaria la “alegación de aplicabilidad de legislación extranjera” (vid. SSTs 1 de abril de 2011, 23 de marzo de 2010, 10 de junio de 2005). Otra cosa es que una vez se haya determinado la norma de conflicto aplicable, y consecuentemente el Derecho designado para regir el supuesto litigioso, no quepa su aplicación por ser un Derecho extranjero cuyo contenido no ha sido probado. Si se sostiene que procede entonces la aplicación de la ley del foro como solución substitutiva –y con independencia de la bondad de tal solución–, deberá determinarse qué Derecho civil español es el aplicable en la medida en que exista pluralidad normativa en el ordenamiento español para regular el objeto litigioso. La AP invoca el art. 111.3.1 CCCat, argumento que quizás es plausible en estas circunstancias en las que no se busca tanto una solución que responde a la lógica conflictual, como determinar el Derecho aplicable como consecuencia de una exigencia de carácter procesal. Así, el criterio de territorialidad previsto en la disposición citada introduce un factor de proximidad, tal como se consideró en el punto anterior, que explicaría, por ejemplo, que, en casos extremos, como el de determinar qué Derecho civil español es aplicable en caso de desconocimiento del Derecho extranjero, se haya sostenido la aplicación del Derecho civil del lugar en el que tiene su sede el tribunal que está conociendo (vid. A. Font i Segura, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, pp. 203 ss; igualmente J.J. Forner Delaguerre, “La aplicación del Derecho catalán como Derecho español en supuestos internacionales”, *La aplicació del Dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Barcelona, Atelier, 2011 (en prensa). No obstante, lo que no acaba de comprenderse es que en la resolución la AP Barcelona determine como aplicable el Derecho civil catalán en aplicación del art. 9 Cc. Primero, porque debía precisar qué apartado estaba aplicando y expresar cuál era la pretensión que quedaba bajo el ámbito de aplicación de la norma de conflicto. Si se trataba de los alimentos o de la relación paterno-filial, etc. La distinción de las pretensiones quizás hubiera ayudado a advertir la existencia de normas de conflicto convencionales, lo que no sería tan extraño, en las materias objeto de la resolución. Segundo, porque si era cierto que el art. 9 Cc era la norma para determinar el Derecho aplicable, ésta nos lleva a la legislación extranjera, no a la catalana. Para llegar a establecer que la legislación catalana era la aplicable, cuando inicialmente se ha dicho que la aplicable era una legislación extranjera, se tiene que haber recorrido un camino y en ningún momento se expone cuál ha sido la vía seguida. Se lleva a cabo un salto al vacío que no aporta claridad ni se ajusta al principio de seguridad jurídica. Por otra parte, si la norma de conflicto para determinar la legislación aplicable era convencional, debía de haberse citado y, además, aplicado.

7. En fin, uno llega a sospechar, junto con R. Arenas García, *op. cit.*, que el recurso a las normas de conflicto es formal y vacío, lo que nos lleva a temer la trivialidad con la que se afronta la plurilegislación y, por otra parte, la ligereza con la que se resuelven los supuestos heterogéneos.

Albert FONT I SEGURA

Profesor titular de Derecho internacional privado
Universitat Pompeu Fabra

PACTO A FAVOR DE TERCERO EN UN CONFLICTO DE DERECHO INTERNO

2010/4/Doc.— Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Tercera, Sentencia nº 197/2010, de 12 de julio de 2010. Ponente: Ilma. Sra. Begoña Argal Lara. RJ 2010\411935.

Contrato de préstamo.— Pacto a favor de tercero.— Calificación contractual.— Norma de conflicto aplicable.— Derecho civil común.— Derecho foral de Navarra.— Requisito de aceptación por el tercero.

Normas aplicadas: Arts. 10.5º y 1.257 Cc; Ley 523 Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

[...] *Estipulación a favor de tercero.*

Sostiene la apelante ex novo en la alzada que es de aplicación la Ley 523 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

3.1.— *Examen de la cláusula litigiosa, estipulación cuarta del documento de reconocimiento de deuda de 18 de marzo de 1993 :*

“CUARTO: Hacer constar el matrimonio María Inés Teodulfo que en caso de fallecimiento de alguno de ellos durante la vigencia del presente documento, es su deseo que su heredero Teodulfo sea el beneficiario de esta deuda contraída por parte del Sr. Pablo Jesús , pudiendo en consecuencia exigir que sea saldada o bien prorrogarla” (18 marzo de 1993).

3.2.— *Sobre la aplicación de la Compilación de Derecho Foral de Navarra.*

El art. 16 Cc , en caso de conflicto de leyes por coexistencia de distintas legislaciones civiles, remite al art. 10.5º Cc que dispone:

“que se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, en su defecto la ley nacional común a las partes, a falta de ella, la de residencia habitual común, y en último término, la Ley del lugar de celebración del contrato”.

En este caso no existe sumisión por la voluntad de las partes, al no constar pacto alguno. La residencia habitual común no es Navarra según los domicilios que figuran en el contrato, y no consta que el lugar de celebración del contrato fuera en Navarra, tan sólo la vecindad civil foral navarra de los prestamistas, pero no de los prestatarios.

Por lo tanto, debe concluirse la aplicación del Derecho común al caso litigioso, que además es lo sostenido por la actora en la demanda que entiende son de aplicación los arts. 1088, 1091 ss 1108, 1277, 1740 y 1755 Cc.

Estipulación a favor de tercero.

1.— *Jurisprudencia en relación al art. 1257 apartado segundo del Cc.*

La STS 6 de febrero de 1989 , con base en la STS de 9 de diciembre de 1940 ; STS de 10 de diciembre 1956 y STS de 13 de diciembre de 1984 entiende que “la estipulación en provecho de tercero supone una relación contractual en la que el acreedor deriva la prestación del deudor hacia otra persona que no ha intervenido en el contrato y para fijar su naturaleza específica es preciso deslindar de su esfera de acción, aislándola de otra figuras de Derecho similares, diferenciándose el régimen jurídico de la prestación a tercera persona, según ésta viene autorizada solamente para recibir la prestación o adquiere además el derecho estipulado; diferenciación que se traduce en que, en el primer caso el tercero es únicamente destinatario de la prestación, sin la facultad de exigir su cumplimiento al deudor, que nace y persiste en el contratante acreedor, mientras que en el caso de verdadero contrato a favor de tercero, éste es el titular del derecho hacia él derivado.

Una cosa es un contrato a favor de tercera persona y otra la prestación a tercera persona que sólo es destinataria de la prestación y carece de facultad para exigir el cumplimiento al deudor, correspondiendo únicamente tal facultad al otro contratante, mientras que el verdadero contrato a favor de tercero

éste es titular del derecho de crédito hacia él derivado y le corresponde por ello la acción para dirigirse contra el deudor”

2.– Calificación jurídica de la cláusula cuarta del documento de 18 de marzo de 2003

El citado documento, en cuanto consigna un reconocimiento de deuda entre prestamistas/prestatarios, es un negocio jurídico abstracto.

En el mismo no ha tenido intervención el tercero, en este caso el demandante D. Teodulfo. Establece una estipulación mortis causa relativa a la transmisión del crédito al fallecimiento de los prestamistas, a favor de su heredero.

Ello implicará que:

1.– No se trata de una estipulación en provecho de tercero, dado que se le reconoce un derecho a “reclamar” el crédito o prorrogarlo.

2.– Ello incardinaría la cláusula en ámbito del art. 1.257.2º Cc, tal y como sostiene la parte apelante en su demanda, contrato a favor de tercero, en este caso del heredero, con derecho a reclamar a los obligados el cumplimiento de su obligación de pago.

3.– Conforme al citado precepto sería requisito indispensable la notificación de la aceptación al obligado.

4.– En el caso que nos ocupa debe entenderse que dicha notificación se produjo mediante el requerimiento notarial de fecha 31 de enero de 2008.

5.– Ello determinará que la acción de reclamación del tercero frente a los deudores y la obligación de los deudores frente al acreedor sólo nació tras aquella notificación, lo que conlleva la desestimación de la demanda, dado que entonces ya habían fallecido los dos estipulantes (padre y madre del actor), y el préstamo ya había sido abonado por los demandados.

NOTA

1. No es demasiado frecuente, en nuestra práctica encontrarse con supuestos, reconocidos como tales, de estipulaciones a favor de tercero. Y menos frecuente aún encontrarse con un caso en el que, además, esté presente en esta materia un problema de Derecho interterritorial derivado de un conflicto interno conectado con el Derecho civil común y el Derecho foral navarro. Tales elementos aparecen en el litigio enjuiciado por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa. En un documento de reconocimiento de deuda, se incluye una estipulación a favor de un tercero como beneficiario del crédito, teniendo la facultad de exigir su cumplimiento o permitir su prórroga, en el caso de fallecimiento de uno de los estipulantes. Reclamado el derecho de crédito, la Audiencia rechaza la pretensión del tercero ante la falta de notificación al deudor de su aceptación previa del derecho pactado a su favor. Como cuestión previa, se plantea el problema de la calificación y el tratamiento de la acción del beneficiario frente al prestatario según la norma civil (de Derecho común o de Derecho foral) finalmente aplicable en función de los vínculos de la relación.

De los hechos relatados en la Sentencia, se deducen los elementos esenciales de un contrato con estipulación a favor de tercero: existe un contrato de préstamo entre los estipulantes (el matrimonio María Inés y Teodulfo, en calidad de prestamistas) y el promitente (el prestatario Sr. Pablo Jesús) que reconoce un derecho de acción a favor de un tercero beneficiario (un hijo del matrimonio) para el caso de fallecimiento de alguno de los estipulantes. El Tribunal considera claramente que es un contrato con estipulación a favor de tercero y no vacila en aplicar, a la reclamación dirigida por el tercero contra el deudor promitente, la norma de conflicto de Derecho estatal sobre contratos el art. 10.5º Cc, la cual le llevará, según razona, a la aplicación del Derecho civil común. Para valorar esta conclusión, es necesario analizar algunos aspectos que el órgano judicial obvió en su razonamiento, tanto desde la perspectiva de la calificación para determinar el Derecho aplicable, como desde el punto de vista de la interpretación del Derecho material finalmente aplicable.

2. La consideración del documento suscrito entre prestamistas y prestatario como un contrato con estipulación a favor de tercero permite calificar la acción dirigida por el tercero beneficiario contra el promitente (prestatario) como una acción contractual. Ciertamente, es ésta es una consecuencia inherente a la configuración de este tipo de contratos que, excepcionando el principio de relatividad, permite que un tercero pueda demandar sobre la base del contrato y ejercitar una “acción contractual” a pesar de no ser formalmente parte del mismo. Para el ámbito de las situaciones privadas internacionales, tal planteamiento tiene la lógica consecuencia que la acción ejercitada por el beneficiario contra el deudor promitente debe entenderse subsumida tanto en los criterios de competencia judicial internacional especiales para “materia contractual”, señaladamente el art. 5.1º Reglamento Bruselas I, como en el régimen conflictual de este sector (Reglamento Roma I o, en su caso, art. 10.5º Cc). Tal era la posición que ya sostenía [P. Jiménez Blanco, *El contrato internacional a favor de tercero*, Santiago de Compostela, Univ. Santiago, De Conflictu Legum, 2002, pp. 102 ss], y que encaja con las sucesivas interpretaciones que el Tribunal de Justicia ha venido realizando en tomo al citado foro de competencia. La aplicación del art. 5.1º RB I no está supeditada a la celebración de un contrato [STJ 17 de septiembre de 2002, as. C-334/00: *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA y Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, nº 22], ni, por tanto, a que deba existir necesariamente una relación contractual entre demandante y demandado (así se deriva de la STJ 5 de febrero de 2004, as. C-265/02: *Frahul SA y Assitalia SpA*, nº 25). Lo determinante para la calificación “materia contractual” es la existencia de “una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante”, condición que se cumple con el compromiso asumido por el promitente en relación al tercero.

No obstante, se encuentra presente en el supuesto objeto de nuestro comentario otro elemento que, por su posible incidencia en la calificación, no debe desdeñarse: el reconocimiento del derecho al tercero beneficiario está vinculado al fallecimiento de uno de los estipulantes. A la cuestión general de la calificación de la relación, se añade aquí el problema de la ubicación y calificación de las estipulaciones con eficacia *post mortem*. Como hemos señalado en otro lugar (P. Jiménez Blanco, *op. cit.*, pp. 170 ss) tampoco en este caso nos suscita dudas la calificación del contrato con estipulación a favor de tercero como un negocio *inter vivos* a pesar de que los efectos del derecho establecido a favor del beneficiario queden demorados al fallecimiento del estipulante. Ciertamente, la configuración del contrato a favor de tercero y la necesaria delimitación entre las diversas relaciones en presencia permiten llegar a esta conclusión. De este modo, es la relación de cobertura la que configura y califica el contrato sin que el condicionamiento del derecho del tercero al fallecimiento de uno de los estipulantes altere el carácter de contrato *inter vivos* que asume la relación principal entre estipulante y promitente y del que pende el pacto a favor del beneficiario. Lo mismo ocurre en otros supuestos, en los que también está presente una estipulación *mortis causa*, como son los seguros de vida con designación de beneficiario. Por tanto, nada impide en estos casos seguir aplicando el régimen conflictual aplicable a los contratos. Cuestión diferente son las consecuencias que tal configuración *post mortem* de su derecho de acción puedan tener para la posición y el alcance del derecho del tercero beneficiario, particularmente en cuanto a las condiciones concretas para la adquisición del derecho de crédito y sus relaciones con los herederos del causante (estipulante). Esta cuestión se inserta en la relación de valuta entre el estipulante y el tercero beneficiario, que tiene su propio régimen jurídico.

3. La calificación de la pretensión ejercitada por el tercero como contractual permite, por tanto, la aplicación de la norma de conflicto a tales obligaciones para determinar el Derecho aplicable al contrato entre prestamistas-prestatarios y a la validez y eficacia del propio pacto a favor del tercero. La particularidad del supuesto que nos ocupa es que estamos ante un conflicto de Derecho interterritorial que, según la Audiencia, deberá solucionarse conforme al art. 10.5º Cc. En este punto, cabe indicar que la determinación de la ley aplicable no se ha hecho con excesivo rigor por parte del tribunal. Por una parte, por el análisis superficial de las conexiones en cascada de la citada norma de conflicto. Ello es particularmente palpable en relación con la determinación del “lugar de la celebración del contrato”, cuestión que la Audiencia despeja diciendo que “no consta que el lugar de celebración del contrato fuera en Navarra”, pero sin precisar ni justificar dicho lugar a los efectos de fijar la conexión de cierre del art. 10.5º Cc.

Por otra parte, porque el órgano judicial obvia cualquier debate sobre la posible aplicación por vía analógica del RR I, siguiendo una posición mantenida por un sector de nuestra doctrina en relación con los Convenios internacionales de carácter *erga omnes*, aunque con reservas cuando se trata de instrumentos, como ocurre con el RR I, con un ámbito material limitado (*vid.* S. Sánchez Lorenzo, “La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española”, *REDI*, vol. XLV, 1993–1, pp. 131 ss; A. Borrás Rodríguez, “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, *R. des C.*, t. 249, 1994–V, pp. 145 ss, esp. pp. 172–173). La cuestión tendría, en este caso, su relevancia en la medida en que ello podría alterar el resultado sobre el Derecho aplicable. Si los prestamistas tenían su residencia habitual en Navarra en el momento de celebrar el contrato de préstamo (con los antecedentes sólo conocemos su vecindad civil foral) resultaría aplicable el Derecho civil de dicha Comunidad Autónoma, conforme al art. 4.2º RR I. Tal solución podría haber tenido consecuencias para la resolución de fondo del litigio.

Por lo que a su contenido se refiere, el pacto a favor de tercero incorpora en este supuesto una cesión de crédito, que, sin asumir formalmente tal configuración a través de un contrato entre cedente y cesionario, se instrumenta indirectamente a través de la obligación asumida por el promitente en virtud de la cual deberá acabar satisfaciendo su deuda al nuevo acreedor (tercero beneficiario). La admisión de tal forma “atípica” de cesión de crédito se rige por la ley rectora del contrato de préstamo (relación de cobertura), que determinará la validez y eficacia de tal pacto, así como las condiciones de cumplimiento que permitirá liberarse al deudor (P. Jiménez Blanco, *op. cit.*, pp. 267 ss).

El problema fundamental que se plantea en el asunto que analizamos se encuentra en las consecuencias de la ausencia de notificación al promitente de la aceptación del derecho por el tercero. Los regímenes del Derecho civil común y del Derecho foral navarro son, en apariencia, divergentes en este punto. Para el art. 1.257 párr. 2º Cc: “Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada”; conforme a la Ley 523 párr. 2º de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra: “El cumplimiento de tal obligación puede ser exigido no sólo por el estipulante, sino también por la persona a cuyo favor se constituye la obligación, sin que sea necesaria, por parte de ésta, la previa aceptación; sin embargo antes de que la aceptación sea notificada al estipulante, podrá éste revocar la estipulación, a no ser que se haya hecho en cumplimiento de una obligación previamente contraída por el estipulante frente al tercero favorecido por la estipulación”. De una simple lectura de ambos preceptos, se deriva con total claridad que, en el caso del Derecho navarro, la notificación (al estipulante) de la previa aceptación del derecho por el tercero es un límite a la revocabilidad de la estipulación, pero no es requisito para la exigibilidad de la obligación asumida por el promitente; sin embargo, el alcance de la notificación (al promitente) de la aceptación ha sido más controvertido en el ámbito del Derecho civil común [I. González Pacanowska, “Art. 1.257”, en M. Albadalejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1º A, Madrid, Edersa, 1993, pp. 322 ss, esp. pp. 393 ss; C. Pérez Conesa, *El contrato a favor de tercero*, Granada, Comares, 1999, pp. 94 ss y 218 ss].

Personalmente, tengo mis dudas sobre la existencia de una divergencia real relevante para el caso aquí planteado. Más dudas aún me suscita la tajante afirmación realizada por la Audiencia Provincial sobre la función de la notificación como origen de la obligación del deudor frente al tercero acreedor. En este litigio, de lo que se trata es de examinar si, ante la ausencia de notificación previa de la aceptación del derecho por el tercero, el pago del préstamo a los estipulantes libera al promitente de su obligación frente al beneficiario. Que existe una aceptación del derecho por el beneficiario quedaría acreditado con el requerimiento notarial de 31 de enero de 2008; la cuestión es determinar si era necesaria, además, una aceptación previa como condición para activar la obligación del deudor frente a aquél. Como hemos indicado, el Derecho foral navarro no contempla tal requisito. Varias razones permitirían llegar a la misma respuesta negativa en el ámbito del Derecho civil común. La primera es que, tratándose de una obligación sometida a término (el fallecimiento de uno de los estipulantes), la aceptación por el beneficiario carece de relevancia a efectos de irrevocabilidad del beneficio (I. González Pacanowska, *loc. cit.*, p. 399; C. Pérez Conesa, *op. cit.*, p. 242). La segunda es que el deudor promitente tiene la certeza y conocimiento efectivo sobre el destinatario de la prestación en los términos establecidos en el contrato

que él mismo suscribió con los estipulantes; por tanto, no requiere protección ulterior frente al nuevo acreedor ni puede alegar buena fe en el pago a los estipulantes. Nos encontraríamos ante una cesión “atípica” de crédito en la que, fijada con claridad el acreedor de la prestación, el pago debía realizarse a favor de éste (arts. 1.162, 1.526 y 1.527, *a sensu contrario*, todos ellos del Cc).

Por tanto, parece claro que, desde el fallecimiento de uno de los prestamistas, existía la obligación del promitente de satisfacer al tercero beneficiario la deuda pendiente en ese momento y, correlativamente, un derecho de éste a reclamar su crédito. Cuestión diferente son los efectos solutorios del pago realizado por el deudor al estipulante supérstite, dependiendo de lo que las partes en el contrato hubieran pactado sobre las condiciones de cumplimiento de la deuda contraída y el derecho a reclamar que, en su caso, también tuviera reconocido dicho estipulante.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO

Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo

OTORGAMIENTO DE UN MANDATO QUE NO SE EXTINGA POR SU INCAPACIDAD O INCAPACITACIÓN

2010/5/Doc.- Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución (2ª) de 1 de septiembre 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), septiembre 2010 (1 de junio de 2009 a 30 de septiembre de 2009), pp. 181-183.

Escritura de apoderamiento.- Facultades atribuidas al apoderado.- Previsión de eventual incapacidad sobrevenida del mandante.- Invocación del tradicional principio de Derecho aragonés *standum est chartae*.

Normas aplicadas: Arts. 90 y 97 Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón.

[...] II. Se discute en el presente recurso la viabilidad de la constancia en el Registro Civil, por medio de indicación en la inscripción de nacimiento, de una escritura de apoderamiento en la que, tras la enumeración de las facultades atribuidas al apoderado, se dispone que “Este poder se otorga incluso para el caso de incapacidad de la poderdante”. El poder fue otorgado el 4 de julio de 2008 en Zaragoza, localidad en que nació y de la que es vecina la poderdante, cuyo estado civil es el de viuda.

III. Por lo que se refiere al tratamiento registral de las escrituras de apoderamiento otorgadas en contemplación de la eventual incapacidad sobrevenida del mandante, hay que comenzar recordando que en la nueva redacción introducida en el art. 1.732 Cc por la Ley 41/2003, tras establecerse como causas de extinción del mandato la incapacidad sobrevenida del mandante, se añade como excepción a la eficacia de tal causa extintiva el hecho de que el mandante “hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste”. El precepto agrega que “En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”. Se trata, por tanto, de un supuesto de excepción a la regla general conforme a la cual el mandato se extingue por la incapacidad sobrevenida del mandante, excepción que responde al fundamento de la propia voluntad de aquél expresada en el momento del otorgamiento del mandato, esto es, en un momento anterior todavía a la declaración judicial de su incapacidad.

IV. Con todo, es criterio de este Centro Directivo (*vid.* Consulta de 31 de mayo de 2006) que este régimen especial de extinción del mandato para los casos indicados –sin perjuicio de lo que proceda resolver sobre esta materia a la entrada en vigor de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, la cual tendrá lugar conforme a su Disposición Final séptima a

los tres de meses de su publicación en el *BOE*– no permite invertir la norma de exclusión que en materia de poderes establece el art. 284 RRC al sancionar que “No estarán sujetos a inscripción: 3º Los apoderamientos voluntarios”, norma que por su carácter general no permite exceptuar de la misma a una modalidad de apoderamientos cuya única particularidad es la de permitir el mantenimiento de su vigencia más allá de la fecha de la incapacitación del mandante.

V. Esta conclusión no se puede ver alterada por consecuencia de las disposiciones contenidas en los arts. 90 y 97 Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de A. El primero de dichos artículos, con invocación del tradicional principio de Derecho aragonés *standum est chartae*, dispone que cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes, incluido el otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación, y establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal.

Por su parte, el art. 97 de la misma Ley dispone que “Los documentos públicos a los que se refieren los artículos anteriores se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento el interesado”. Obsérvese que este precepto se epigrafió “Publicidad de la delación voluntaria”, y que sistemáticamente se ubica en el Título III de la Ley relativo a las “relaciones tutelares”, Capítulo II, relativo a la “Delación”, Sección 1ª de la “Delación voluntaria”, lo que supone que en todo caso es la institución tutelar, acerca de cuyo régimen registral no se plantea cuestión en este caso, la que constituye objeto de regulación preferente en dichas disposiciones, y en relación con la cual hay que interpretar la mención que se hace en el art. 95 de la Ley relativa a los mandatos que no se extinguen por la incapacidad del mandante, previsión paralela a la que sobre la misma materia se contiene en el art. 1.732 Cc, y cuyo régimen de publicidad registral no debe diferir respecto de los mandatos preventivos de futura incapacitación que se otorguen en A., dado que la finalidad en un caso y otro es idéntica.

VI. El contenido y objeto de la publicidad del Registro Civil viene definido por el art. 1 LRC y sus normas complementarias, sin que – como se aprecia claramente en el ámbito de otras instituciones civiles de regulación autonómica como, por ejemplo, las parejas estables o de hecho – dicho objeto pueda variar por imperativo de disposiciones autonómicas sin quebrantar el orden constitucional de distribución competencial (cf. art. 149 CE). Y ciertamente no se plantea tal conflicto en el presente caso en que no existe propiamente contradicción normativa con dicho orden competencial, pues cuando el art. 97 de la Ley 13/2006 de A. alude a la indicación en la inscripción de nacimiento de los documentos a que se refieren los artículos anteriores, ello es obligado que tal mandato se ha de interpretar de acuerdo con el propio epígrafe de la norma relativo a la “publicidad de la delación voluntaria” de la correspondiente institución tutelar – institución a la que se consagra la Sección IV del Registro Civil –, delación voluntaria que podrá estar formalizada mediante documento público en cuyo contenido se podrá incluir el mandato preventivo de futura incapacitación mencionado, como un elemento enumerativo más y no de forma separada, en el art. 95 de la reiterada Ley. Por tanto, de esta norma no se puede extraer la conclusión de la inscribibilidad separada y autónoma, al margen del documento que contenga la eventual delación voluntaria de la institución tutelar, del mandato ahora cuestionado.

VII. Establecido lo anterior, procede significar, no obstante, que en el ámbito del Registro Civil no rige el principio de autoridad de cosa juzgada, de modo que es posible reiterar un expediente sobre una cuestión decidida, siempre que la nueva petición se base en hechos o circunstancias nuevas que no pudieron ser tenidas en cuenta en la primera decisión y, considerando en el caso presente que se ha producido la aprobación, publicación y entrada en vigor de la Ley 1/2009, de 25 de marzo de modificación de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, resultaría posible que el interesado reiterara su solicitud de inscripción ante el Registro Civil competente para que el mismo proceda a una nueva calificación.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, que procede desestimar el recurso y confirmar el auto apelado, dejando a salvo la posibilidad de que el interesado reitere su solicitud y se proceda por el Encargado a una nueva calificación.

Obs.: *Vid.* en el mismo sentido, Ress. DGRN (3ª), (4ª), (5ª) y (6ª) de 1 de septiembre 2009, *BIMJ*, Resoluciones DGRN (Registro Civil), septiembre 2010 (1 de junio de 2009 a 30 de septiembre de 2009), pp. 183–185, 186–188, 188–190 y 190–193; Resoluciones (1ª), (2ª), (3ª) y (4ª) de 2 de septiembre de 2009, *ibid.*, pp. 223–226, 226–228, 228–230, 231–233 y 233–235.

**DOCTRINA DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS
Y DEL NOTARIADO**

Dirección: Patricia Orejudo Prieto de los Mozos

Colaboran en la presente sección:

Lara Aguado, Ángela
Marchal Escalona, Nuria
Forner Delaygua; Joaquim J.

ADOPCIÓN

DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE UNA ADOPCIÓN EXTRANJERA (ETÍOPE) POR FALTA DE EQUIVALENCIA DE EFECTOS

2010/DGRN/1.– Resolución (1ª) de 3 de septiembre 2009. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 249–255.

Adopción.– Reconocimiento de adopción extranjera: adopción etíope.– Equivalencia de efectos.– Denegación de la inscripción.

[...] II. Pretenden los interesados, un matrimonio español, la inscripción de la adopción constituida por ellos respecto de un menor etíope nacido el 16 de septiembre de 2003. La constitución de la adopción, formalizada conforme a la ley local etíope mediante contrato entre los adoptantes y la organización Addis Tesfa Yehitsanat Ena Aregawian Tenkebakabi Mahiber, fue ratificada por las autoridades judiciales etíopes competentes, en particular, por el Tribunal Federal de Primera Instancia mediante auto de 25 de febrero de 2008. Los adoptantes habían obtenido en España el correspondiente certificado de idoneidad. La encargada del Registro Civil Central, mediante acuerdo de 7 de julio de 2008, denegó la inscripción de nacimiento y adopción del menor por falta de correspondencia de efectos de la adopción etíope con la española al contener el contrato de adopción una cláusula por la que se pacta que los adoptados “mantendrán su relación con su familia de origen”. Este auto constituye el objeto del presente recurso.

III. La resolución de este centro directivo de 6 de abril de 2006 (1ª), disponía en su fundamento de derecho III que “Conforme al art. 9.5º Cc, “no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquella no se corresponden con los previstos por la legislación española”. Si se tiene en cuenta que la adopción única que regula el Código civil español supone la integración a todos los efectos del adoptado en la familia del adoptante o adoptantes y, como regla, la ruptura total de vínculos con la familia anterior y la irrevocabilidad de la adopción (cf. arts. 108, 176, 178 y 180 Cc), mientras que en la adopción etíope el adoptado conserva los vínculos con su familia de origen (cf. art 183 Código de Familia etíope) y la adopción está sujeta a numerosas causas de posible revocación (cf. art 195 y 196 del Código de Familia etíope), frente al carácter excepcionalísimo que presenta en el ordenamiento jurídico español y la ineficacia respecto de aquellos familiares del adoptante que se hayan opuesto expresamente a la adopción (cf. 182), hay que concluir que la adopción constituida en Etiopía por un matrimonio español en favor de un menor, no guarda puntos de contacto con la adopción Cc español y no puede considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que contiene el art. 1º LRC, so pena de producir graves equívocos en cuanto a la eficacia de la adopción inscrita. Por tanto, para que la adopción etíope pueda transformarse en España en adopción en el sentido pleno de este concepto según el Código civil, es precisa la intervención de la autoridad judicial española competente”. El criterio acogido en esta resolución, sin embargo, ha sido completado y matizado posteriormente a través de la resolución de consulta dictada por este mismo centro directivo con fecha 11 de julio de 2006, que contiene sobre la materia un detallado cuerpo de doctrina mantenida en las resoluciones 1–5ª y 21–5ª de febrero de 2007 de esta Dirección General, doctrina que conviene reiterar en el presente caso.

IV. La cuestión planteada versa sobre la posible inscripción en el Registro Civil español de las adopciones que puedan constituirse en Etiopía por ciudadanos españoles residentes en España a favor de menores de nacionalidad etíope. Tales adopciones serán inscribibles siempre que se pueda alcanzar la conclusión de su validez jurídica y su documentación auténtica y siempre que la adopción etíope pueda considerarse institución equivalente a la adopción española.

Tal validez jurídica será predicable en todos los supuestos en que la adopción respectiva se haya constituido ante la Autoridad etíope competente en la forma establecida por la *lex loci* y que se haya aplicado la ley etíope del adoptando en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios (cf. arts. 9.5º y 11 Cc). Presupuesto lo anterior, la cuestión se centra en determinar si, dada la falta de ratificación por parte de Etiopía del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional y la ausencia de convenios bilaterales en la materia entre Etiopía y España, es aplicable al caso la previsión, introducida en el art. 9.5º Cc por la LO 1/1.996, de 15 de enero (hoy modificado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional) en el sentido de que: “no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española”, lo cual no siempre resulta fácil de determinar, ya que si la simple aplicación del derecho extranjero plantea dificultades cuando se trata de acreditar su contenido y vigencia (cf. art. 12.6º Cc), es evidente que la tarea es aún más delicada cuando no sólo hay que desentrañar el alcance de una institución extranjera sino que es necesario, además, efectuar una labor de comparación entre una determinada institución extranjera y la correlativa institución española. Esta labor requiere aquí confrontar si los efectos de la adopción etíope se corresponden con la adopción española, regulada por el Código civil.

V. El art. 9.5º.IV Cc –aplicable por la fecha de la constitución de la adopción–, dispone que no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española. Y es que, como puso de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del art. 9, ap. 5 del propio Código civil, incluso en el caso de que la adopción constituida por españoles en el extranjero se haya ajustado a las directrices del Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho el 29 de mayo de 1993, no puede evitarse que existan diferencias entre los efectos de la adopción extranjera y los que produce esta institución en España. Incluso cuando la adopción haya sido certificada conforme al Convenio (art. 23), su reconocimiento obligado en España no puede llegar a transformar Automáticamente una adopción simple en una adopción con plenitud de efectos como es la española. Así lo admite el mismo Convenio de La Haya en su art. 27 al prever la conversión de la adopción en el Estado de recepción. Pues bien, sobre esta exigencia de “correspondencia de efectos” han recaído ya diversos pronunciamientos de esta Dirección General que, dado su valor interpretativo, resulta conveniente sistematizar:

Primero. Los “concretos efectos” de la adopción extranjera que se deben corresponder con los previstos por la ley española son los siguientes:

1. Establecimiento del mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza. Se trata de un efecto absolutamente fundamental. La adopción debe ser en este sentido “una institución que procura el desarrollo integral del niño en el seno de una familia estableciendo el mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza” (cf. Resoluciones 4–3ª de octubre de 1996, 30 de marzo de 1999, 9–9ª de septiembre de 2002, y 24– 3ª de septiembre de 2002). En este sentido hay que recordar que en el Derecho español la adopción ha sido definida como el acto judicial por el que se hace efectiva la voluntad de una persona o pareja de que legalmente sea hijo suyo quien por naturaleza no lo es. Ello supone que el título de atribución del estado civil de filiación no es sólo el hecho de la generación, filiación que tiene lugar por naturaleza, sino también por un acto jurídico, y no hecho natural, a través de la adopción (art. 108 Cc). La naturaleza de esta materia (relación de filiación) exige que no quepan otras modalidades que las estrictamente previstas en la ley. Se trata, por tanto, de una materia sujeta a un régimen jurídico de *ius cogens*. En concreto, desde la reforma Cc de 1987, en el Derecho español tan sólo existe una única modalidad de adopción, que incluso supera en efectos a la antiguamente denominada adopción plena, pues dicha reforma implantó el principio de la equiparación plena entre la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva.

De hecho la filiación adoptiva no crea un simple *status filii* (o relación paterno–filial entre adoptante y adoptado), sino un *status familiae* (esto es, una relación no sólo respecto del adoptante, sino también respecto de la familia de éste); además, el vínculo de filiación creado por la adopción ha de surtir los

mismos efectos y tener el mismo contenido en derechos y deberes que los que se derivan del vínculo de la filiación natural.

2. Extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art. 178 Ccl), como ha señalado esta DGRN (cf. resoluciones de 19 de mayo de 2001, 5-2ª de abril de 2000, 30 de marzo de 1999, 9-9ª de septiembre de 2002, y 4 de julio de 2005). Se trata de un efecto paralelo al anterior basado en la idea de que la filiación es indivisible y no compartida entre dos familias.

3. Carácter irrevocable de la adopción. Así lo proclama con claridad el art. 180 Cc en su n° 1 conforme al cual “La adopción es irrevocable”, y así lo ha venido interpretando la doctrina oficial de este centro directivo (vid. resoluciones 1-2ª de septiembre 1995, 9-9ª de septiembre de 2002, y consulta DGRN de 22 de diciembre de 2004, entre otras). Una adopción revocable por los particulares no podrá acceder a los registros españoles. Ahora bien, el mismo art. 9 n° 5-IV Cc indicaba que los adoptantes podían renunciar a la revocabilidad en documento público o por comparecencia ante el encargado del Registro civil, con lo que la adopción extranjera en tales casos puede inscribirse en los Registros españoles y surte efectos en España (vid. resolución de 6-2ª de mayo de 2000). En el caso de las revocaciones judiciales o decretadas por la autoridad judicial, es necesario un estudio caso por caso en función de las causas a que pueda responder dicha revocación, partiendo en todo caso del dato de referencia de que incluso los supuestos de extinción judicial de la adopción presentan en nuestro Derecho un carácter excepcionalísimo, limitado a los casos en que el padre o la madre, sin culpa suya, no hubieren tenido la intervención en el expediente de adopción que prevé el Cc –art. 180.2º Cc– (cf. resoluciones 11-1ª de marzo de 1997, 30 de marzo de 1999, y consulta DGRN de 2 de diciembre de 2004). Además, como elemento distinto al de la revocabilidad, el acto a través del cual se constituye la adopción por autoridad extranjera debe ser “firme” por haber precluido los plazos previstos, en su caso, para su impugnación o por haber sido desestimados los recursos que contra la misma se hayan podido interponer (Consulta DGRN de 22 de diciembre de 2004).

Segundo. La “correspondencia de efectos” no debe ser absoluta o total, pero sí “fundamental”, y en este sentido resulta más apropiado hablar de “equivalencia” que de “igualdad” de efectos (cf. resoluciones 9-9ª de septiembre de 2002, 24-3ª de septiembre 2002 y consulta DGRN de 2 de diciembre de 2004).

VI. Pues bien, existen “adopciones extranjeras” cuyos efectos no son equiparables a los que produce la adopción regulada en España y que, por tanto, no surten efectos en España como adopciones. Este es el caso de las denominadas “adopciones simples” o “menos plenas”. Se trata de una modalidad de adopción en las que sí se produce el efecto de la creación de vínculos de filiación entre adoptado y adoptantes, pero en las que no se produce el efecto paralelo al anterior de ruptura de los vínculos con la familia de origen y que, además, no suelen surtir los mismos efectos que la adopción plena en lo que se refiere al contenido de la filiación y que, finalmente, presentan con frecuencia carácter revocable. El caso al que se refiere el presente recurso es el de la adopción regulada por la legislación de Etiopía y, en definitiva, se centra en determinar si los efectos que dicha legislación atribuye a las adopciones constituidas a su amparo se corresponden o no con los previstos por la legislación española a los efectos de lo establecido en el art. 9.5º Cc español –en la redacción Vigente en el momento de la constitución de la adopción–, esto es, a fin de poder reconocer tales adopciones en España, condición necesaria previa a su inscripción en el Registro Civil español (vid. LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor). Como ya se ha indicado en la reciente resolución de esta DGRN de 6 de abril (1ª) de 2006, este centro directivo resolvió el recurso interpuesto contra una denegación de inscripción de una adopción constituida por un matrimonio español, él de origen etíope, de tres sobrinos del marido, etíopes, menores de edad, nacidos respectivamente en 1988, 1989 y 1991, partiendo de la prueba del Derecho etíope disponible en tal momento y procediendo a la compleja exégesis comparativa entre el derecho extranjero – en este caso etíope – y el español en esta materia, alcanzando la conclusión en el caso examinado de la falta de correspondencia de efectos entre la adopción etíope concreta cuestionada y la regulada por el Derecho español. En el enjuiciamiento de esta cuestión por parte de la citada resolución un aspecto clave para llegar a la conclusión de la falta de correspondencia de efectos entre la adopción examinada y la prevista en la legislación española fue el dato de que la ley etíope no anuda a la adopción el efecto de producir la ruptura de los vínculos con la

familia de origen; antes al contrario, expresamente se declara la subsistencia de tales vínculos. En concreto el Código de Familia Revisado (Proclamation n°213/2000, de 4 de julio) publicado en la *Federal Negarit Gazette* (Addis Abeba) dispone en el número 1 de su art. 183 que el niño adoptado conservará sus vínculos con la familia de origen (“*The adopted child shall retain his bonds with the family of origin*”). Éste es un dato que resultaba decisivo en el contexto de las circunstancias propias del caso concreto resuelto por la reiterada resolución 6-1ª de abril de 2006, toda vez que los menores adoptados, de 16, 15 y 13 años de edad Respectivamente en el momento de su adopción, no se encontraban ni en situación de desamparo ni en situación de acogimiento o tutela legal por parte de ningún orfanato o centro público o privado dedicado a la guarda de menores, sino, de acuerdo con el conocimiento adquirido por este centro directivo, plenamente integrados en su familia de origen, situación en la cual el mantenimiento de los vínculos con la misma adquiere una relevancia jurídica que no presenta en los supuestos de niños abandonados o en situación de desamparo por fallecimiento, ausencia o incapacidad de sus progenitores y en aquellos otros casos de menores cuyos padres son desconocidos o respecto de los cuales no se ha podido determinar legalmente su relación de filiación.

VII. La cuestión que ahora se plantea es la de si la doctrina oficial de este centro directivo contenida en la citada resolución 6-1ª de abril de 2006 es extrapolable a toda adopción constituida con arreglo a la legislación etíope o si, por el contrario, se debe entender limitada a los supuestos indicados de adopción de niños de padres conocidos y que no se encuentren incursos en ninguna de las circunstancias antes indicadas de fallecimiento, ausencia o incapacidad a que se refiere el art. 191 n° 2 del Código de Familia Revisado de Etiopía. A fin de dar respuesta general a este interrogante se impone la necesidad de realizar un riguroso y detallado análisis del Derecho etíope en cuanto a los tres efectos fundamentales derivados de la adopción regulada por el Derecho español en los que se ha de apreciar equivalencia entre ambos ordenamientos, esto es, establecimiento de un nuevo vínculo de filiación entre el adoptado y el adoptante, ruptura de los vínculos con la familia de origen e irrevocabilidad de la adopción. Para ello examinaremos cada uno de estos tres aspectos de forma separada, no sin recordar que la “correspondencia de efectos” que exige el art. 9.5º Cc en su anterior redacción, no implica una coincidencia absoluta o total, pero sí de sus elementos fundamentales, por lo que ha de apreciarse una situación de “equivalencia” de efectos, sin que llegue a ser exigible una “identidad” o “igualdad” plena de efectos.

1º. Establecimiento del mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza. Este es un requisito, como antes se indicó, absolutamente fundamental, esencial y que no admite excepción o modulación alguna. Requisito que no hay dificultad alguna en entender concurrente en el caso de las adopciones etíopes a la vista de los siguientes datos resultantes del Código de Familia etíope:

a) en la adopción etíope el niño adoptado será considerado, a todos los efectos, hijo del adoptante (art. 181. *Effects: “an adopted child shall, for all purposes, be deemed to be the child of the adopter”*); en coherencia con tal postulado, el código civil en su art. 556 sanciona la creación de vínculos no sólo de consanguinidad, sino también de afinidad en virtud del contrato de adopción –la adopción etíope parte de un contrato, “*contract of adoption*” o “*agreement of adoption*”, pero que ha de ser aprobado judicialmente para devenir eficaz ex art. 194 del Código de Familia– (art. 556: *Relationship by adoption: “Bonds of consanguinity and affinity may be created by a contract of adoption”*). Este precepto, a su vez, se remite al art. 796 que confirma la creación del nuevo vínculo de filiación, al disponer en su número 1 que “*A bond of filiation may be created artificially by a contract of adoption between the adopter and the adopted child*”;

b) la legislación etíope manifiesta una clara preocupación por este extremo, también en su vertiente práctica y no solamente jurídica, al imponer al tribunal que ha de aprobar la adopción el deber de apreciar que, con arreglo a la información disponible, pueda concluirse que el adoptante tratará al adoptado como a su propio hijo y no abusará de él (cf. art. 194.4º);

c) de acuerdo con la *Ethiopian Nationality Proclamation* (n° 378/2003), a los efectos de la atribución o reconocimiento de la nacionalidad etíope, el término “niño” incluye a los “niños adoptados” (cf. art. 2 n° 3) y los menores adoptados Adquieren la nacionalidad etíope cuando el adoptante o adoptantes sean nacionales etíopes y vivan con ellos en Etiopía (cf. art. 7);

d) como consecuencia de lo indicado puede entenderse cubierta la exigencia derivada del principio de equiparación que resulta del art. 108 de nuestro Código civil conforme al cual “La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”, lo que supone que la filiación adoptiva crea no sólo un *status filii* o relación paterno-filial entre adoptado y adoptante, sino también un *status familiae* o vínculo de parentesco entre el adoptado y los miembros de la familia del adoptante. Esta conclusión procede no sólo de la regla general contenida en el art. 181 del Código de Familia Revisado etíope, antes transcrito, sino también de su excepción, resultante de la remisión que contiene al art. 182 del mismo cuerpo legal, conforme al cual la adopción no producirá efectos respecto de los ascendientes o colaterales del adoptante que expresamente se hayan opuesto a la adopción y hayan formalizado su oposición dentro del año siguiente a la aprobación del acuerdo de adopción por el tribunal, lo cual confirma precisamente que la regla general es que, a falta de dicha oposición expresa dentro del limitado plazo de caducidad que se señala, la adopción etíope genera el *status familiae* que caracteriza a la adopción en el Derecho español (vid. art. 796 nº 2 Código civil etíope). Por lo demás, también el “contenido” de la filiación es idéntico en cuanto a derechos y deberes en el Derecho etíope y en el Derecho español, al no preverse ninguna restricción respecto de los adoptados en materia de orden sucesorio, derechos legitimarios, derecho de alimentos, formas de ejercicio o causas de extinción de la patria potestad, etc.

2º. Extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. Se trata de un efecto que resulta en el Derecho español inequívocamente de lo dispuesto en el art. 178 nº 1 Cc: “La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior”. Se trata de un efecto complementario y paralelo al anterior por partirse de la premisa de que la filiación es indivisible y que, como regla general, no puede ser compartida por dos familias. Y es justamente aquí dónde se produce el principal punto de fricción entre la regulación de las adopciones en el Derecho español y el Derecho etíope, ya que este último en el art. 183 nº 1 ya vimos que prescribe el mantenimiento de tales vínculos. Ahora bien, el problema tan sólo se planteará cuando se dé el presupuesto previo de que los padres biológicos del menor adoptado sean conocidos –que es lo que sucede en el presente caso–. En defecto de filiación biológica conocida y legalmente determinada, por definición, no se producirá la concurrencia de filiaciones duplicadas o concurrentes entre los padres biológicos y los adoptivos, sin que la eventual determinación legal posterior a la adopción de la filiación materna y/o paterna por naturaleza pueda alterar la validez plena de la adopción, toda vez que en virtud de la adopción el menor adquiere la nacionalidad española de origen (cf. art. 19 nº 1 Cc), lo que supone que el contenido de su filiación, incluso adoptiva, se rige por la nueva ley personal del hijo (cf. art. 9 nº 4 Cc), esto es, por la ley española, dando entrada a la previsión contenida en el art. 180 nº 4 Cc, según el cual “la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción”. La cuestión queda, por tanto, reducida a aquellos otros casos en que encontrándose el menor sujeto a un régimen de tutela o guarda legal (requerimiento que impone el art. 185 del Código de Familia etíope que, en cuanto a los requisitos subjetivos del adoptando, define estableciendo que “Any person who is less than eighteen years of age and under guardianship may be adopted”) y aún siendo conocida su filiación, se produzca la circunstancia de que ambos progenitores hayan fallecido, se encuentren ausentes o carezcan de la capacidad para prestar el consentimiento que, en ausencia de tales circunstancias, prescribe el art. 191 del Código de Familia. Es en estas situaciones intermedias en que, incluso siendo conocida la filiación, los padres no se encuentran en condiciones aptas para atender las obligaciones de cuidado y educación del menor, generando una situación de desamparo que da lugar a la intervención de los centros públicos o privados a que se refiere el art. 192 del Código de Familia a fin de poder asumir la custodia del menor, en las que la falta de ruptura de los vínculos con la familia de origen pueden plantear dudas en cuanto a su eficacia obstativa del juicio de equivalencia de efectos con respecto a las adopciones españolas, dado que aquellas circunstancias, no en el supuesto de fallecimiento de ambos progenitores, pero sí en los de ausencia y de incapacidad pueden presentar una gradación muy diversa en los distintos casos de la realidad práctica, pudiendo darse el caso de la aparición sobrevenida del progenitor ausente o la recuperación de su capacidad y aptitud para el ejercicio de su deberes paternofiliales y para la eventual reclamación de los derechos recíprocos del progenitor anteriormente incapaz.

Es aquí donde un minucioso examen del Derecho positivo etíope, con arreglo a los textos normativos de que ha adquirido nuevamente conocimiento oficial este centro directivo, descubre la existencia de importantes argumentos jurídicos para sostener la escasa virtualidad práctica y la exigua relevancia jurídica del mantenimiento de los vínculos con la familia de origen según resulta de los siguientes extremos:

a) la adopción internacional a favor de adoptantes extranjeros se configura en el Código de Familia etíope como marcadamente subsidiaria, en el caso de que se ponga de manifiesto la inexistencia de otras alternativas para el cuidado y educación del niño. En concreto, el art. 194 del citado Código ordena al tribunal que ha de aprobar la adopción que, antes de proceder a su aprobación, tome especialmente en consideración que “*d) where the adopter is a foreigner, the absence of access to raise the child in Etiópia*”, insistiendo el último párrafo de este mismo precepto en que la actuación del tribunal habrá de ser especialmente cautelosa en la investigación de las restantes circunstancias a que se refiere (opinión del niño y del tutor, idoneidad del adoptante, etc.) cuando el adoptante sea un extranjero;

b) pero con ser importante el dato anterior, el que resulta decisivo en este proceso interpretativo es el que emerge de la lectura del ap. 3 del art. 183 del Código de Familia etíope conforme al cual “*Wherever a choice has to be made between the family of adoption and the family of origin, the family of adoption shall prevail*”, del que resulta un claro principio de prelación o preferencia a favor del vínculo filial resultante de la adopción respecto del vínculo subsistente derivado de la procreación natural en cualquier caso de colisión, conflicto o incompatibilidad entre ambas filiaciones, según la interpretación más plausible del transcrito precepto. Desde esta perspectiva, reducida así la subsistencia de los vínculos con la familia de origen al ámbito de los efectos compatibles con la filiación adoptiva, desaparece la confrontación o falta de equivalencia con el Derecho español, ya que también en éste se mantiene un ámbito de eficacia residual de la filiación natural, en concreto exceptuándose tal ruptura de vínculos en cuanto a los impedimentos matrimoniales – por razón de parentesco – (cf. art. 178 n°3 y 47 n°1 y 2 Cc) y admitiendo la posibilidad de la reviviscencia de la patria potestad de los progenitores naturales y de extinción de la adopción cuando sin culpa del padre o de la madre no hubieren intervenido en el expediente de adopción a fin de expresar su consentimiento o asentimiento a la adopción (cf. art. 180 n°3), sin perjuicio de la conservación de la nacionalidad y de los efectos patrimoniales ya producidos;

c) a lo anterior se suma el hecho de que en cuanto a lo que parte de nuestra doctrina civilística ha denominado “nueva estructuración de las relaciones de filiación”, junto con los supuestos de adopciones de “sustitución total”, bien de carácter doble (en que se sustituye el doble vínculo de la filiación natural materna y paterna por otro vínculo doble en los casos de adopción conjunta por dos personas admitidos legalmente), bien de carácter simple (en que el doble vínculo de la filiación natural se sustituye por una única relación de filiación, existen los supuestos de adopciones de “sustitución parcial”, previstas legalmente en los casos en que “el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido” y cuando “sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir” (cf. art. 178 n° 2 Cc), supuestos que demuestran que el requisito de la ruptura de vínculos con la familia anterior no es absoluto, sino sujeto a ciertas excepciones, lo que permite introducir un factor de flexibilidad en la interpretación de este extremo siempre que quede salvaguardada la finalidad que se persigue por el art. 9.5 Cc con el requisito de la “correspondencia de efectos”.

3°. Finalmente, se exige que la adopción constituida ante autoridad extranjera tenga carácter irrevocable. Así resulta del art. 180 n° 1 Cc que categóricamente dispone que “La adopción es irrevocable”. En la legislación etíope encontramos en este punto una clara antinomia, ya que, por una parte, el art. 195 del Código de Familia, titulado “Irrevocabilidad de la adopción”, si bien comienza formulando la proposición de que “la adopción no puede ser revocada por ninguna razón”, a continuación introduce diversas causas en presencia de las cuales se puede excepcionar dicha regla general, causas vinculadas al maltrato de que el adoptante pueda hacer objeto al adoptado (sometimiento a trato similar a la esclavitud, forzarle a realizar actos inmorales o cualquier otra actuación que pueda ir en

detrimento de su futuro), es decir, que se admite la revocación de la adopción en presencia de actos que supongan un grave incumplimiento de los deberes de cuidado y educación del menor propios de la patria potestad (cf. art. 154 Cc). Pero no es la admisión de excepciones a la regla general lo que determina la antinomia o contradicción normativa antes aludida, sino el hecho de que, frente a la admisión de tales excepciones por parte del “*Revised Family Code*”, el Código civil etíope en su art. 806 de forma apodíctica y sin límite o excepción alguna declara que “Adoption may not be revoked for any reason”. En cualquier caso, sea cual fuere el criterio jurídico interno utilizado por el ordenamiento jurídico etíope para la superación de tal contradicción, lo que pone de manifiesto este último precepto es que frente a un principio general tan categórico cualquier excepción habrá de ser interpretada cautelosa y restrictivamente y siempre en beneficio e interés del menor. Ahora bien, como se ha indicado más arriba, ha de distinguirse en esta materia entre los supuestos de revocación voluntaria por parte de los adoptantes de aquellos otros en que la revocación tiene lugar por resolución judicial. Es en los primeros en los que la imposibilidad del acceso de la adopción internacional al Registro Civil español es manifiesta, salvo que se formalice la renuncia a la revocación en la forma prevista por el art. 9 n° 5-IV Cc, según la fórmula que fue incorporada a su redacción por la Ley 18/1999, de 18 de mayo. Por el contrario, en el caso de las revocaciones judiciales, se hace preciso, a fin de verificar la concordancia o equivalencia de efectos con la adopción española, realizar un estudio detallado de las causas concretas que podrán ser invocadas ante el tribunal para obtener la revocación e, incluso, de las reglas de legitimación procesal activa. En el caso de las adopciones etíopes es cierto que la enunciación de las causas de revocación, en alguno de sus extremos, es muy amplia (v. gr. al referirse a cualquier actuación del adoptante que puede suponer detrimento para el futuro del adoptado), aspecto éste que fue ponderado por la resolución de este centro directivo 6-1ª de abril de 2006, pero también es cierto que en todo caso las citadas causas de revocación están inspiradas en el principio del interés superior del menor que, de forma sustancialmente coincidente a como se formula en la LO española 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se manifiesta también en la regulación que sobre la adopción se contiene en el Código etíope de la Familia, curiosamente de forma aún más acentuada cuando el adoptante sea un ciudadano extranjero, en cuyo caso el tribunal no deberá aprobar la adopción a menos que una autoridad competente para velar por el bienestar del niño, después de haber obtenido y analizado toda la información personal, social y económica relevante del adoptante, llegue al convencimiento de que el acuerdo de adopción es beneficioso para el niño (cf. art. 193 n° 1). Si a ello se añade que los adoptantes no figuran entre los legitimados procesalmente para promover la acción de revocación, correspondiendo la postulación activa al adoptado, a las autoridades públicas competentes para velar por el bienestar de los niños o a otros interesados, sin perjuicio de la obligada audiencia al adoptante (cf. art. 196 Código de Familia), se alcanza la conclusión de la falta de relevancia suficiente que, a fin de impedir un juicio favorable de equivalencia de efectos entre la adopción etíope y la española, presenta la admisión de las causas de revocación analizadas, al menos por sí solas, esto es, si no entran en concurrencia con otros motivos o elementos de falta de coincidencia entre ambas adopciones.

VIII. En el presente caso el hecho de que vivan los padres, sean conocidos e incluso hayan consentido la adopción, impide la aplicación de la citada doctrina, porque al no concurrir ninguna de las circunstancias (fallecimiento de los progenitores, ausencia o incapacidad) que, conforme a la interpretación expuesta, favorecería el mantenimiento de una equivalencia de efectos entre las adopciones etíope y española, no es posible estimar el acceso al Registro Civil español de la adopción a que se refiere el presente expediente, lo que ha de entenderse sin perjuicio de que los interesados puedan promover la constitución en España de la adopción conforme a las disposiciones de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

NOTA*

1. *Hechos, argumentación jurídica y decisión.* La presente Resolución de la DGRN resuelve un recurso interpuesto contra la denegación de la inscripción de una adopción constituida por un matrimonio español de un menor etíope nacido el 16 de septiembre de 2003. Dicha adopción, formalizada conforme a la ley local etíope mediante contrato entre los adoptantes y la organización *Addis Tesfa Yehitsanat Ena Aregawian Tenkebakabi Mahiber*, fue ratificada por las autoridades judiciales etíopes competentes, en particular, por el Tribunal Federal de Primera Instancia mediante auto de 25 de febrero de 2008. Los adoptantes habían obtenido en España el correspondiente certificado de idoneidad. La encargada del Registro Civil Central, mediante acuerdo de 7 de julio de 2008, denegó la inscripción de nacimiento y adopción del menor por falta de correspondencia de efectos de la adopción etíope con la española al contener el contrato de adopción una cláusula por la que se pacta que los adoptados “mantendrán su relación con su familia de origen”.

La DGRN reproduce en esta Resolución la argumentación esgrimida por este mismo Centro Directivo en la Res. 6 de abril de 2006. Dicha Resolución resolvía un recurso interpuesto contra la denegación de inscripción de una adopción constituida por un matrimonio español, él de origen etíope, de tres sobrinos del marido, etíopes, menores de edad, nacidos respectivamente en 1988, 1989 y 1991. Partiendo de la prueba del Derecho etíope y después de realizar una exhaustiva comparación entre lo dispuesto en el derecho extranjero –en este caso etíope– y el español en esta materia, la DGRN concluyó “la falta de correspondencia de efectos entre la adopción etíope concreta cuestionada y la regulada por el Derecho español”. La ley etíope no anuda a la adopción el efecto de producir la ruptura de los vínculos con la familia de origen; antes al contrario, expresamente se declara la subsistencia de tales vínculos. En concreto el Código de Familia Revisado (Proclamation nº 213/2000, de 4 de julio) publicado en la *Federal Negarit Gazette* (Addis Abeba) dispone en el número 1 de su art. 183 que el niño adoptado conservará sus vínculos con la familia de origen (“*The adopted child shall retain his bonds with the family of origin*”). El criterio acogido en esta Resolución fue afortunadamente matizado posteriormente en la Resolución de consulta dictada por dicho centro Directivo con fecha de 11 de julio de 2006 y reiterado en las Res. (5ª) de 1 de febrero de 2007 y (5ª) de 21 de febrero de 2007, sobre inscripción de adopción (un comentario sobre las mismas vid. A. Lara Aguado, “Adopción internacional: relatividad de la equivalencia de efectos y sentido común en la interpretación del Derecho extranjero”, *REDI*, vol. LX, 2008, pp. 129–146).

Este órgano tiene presente que la normativa autónoma requiere para el reconocimiento en España de la adopción constituida ante autoridad extranjera la equiparación de efectos jurídicos con la regulada en Derecho español, si bien esta exigencia sólo parece imponerse cuando el adoptante o el adoptado sea español (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional Reflexiones y comentarios*, Granada, Comares, 2008. En sentido crítico, S. Álvarez González, “Adopción internacional y sociedad multicultural”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gastéiz*, 1998, p. 184). La DGRN ha precisado que esta correspondencia de efectos no ha de ser absoluta o total, pero sí fundamental (Res. 9–9ª de septiembre de 2002, 24.3ª de septiembre de 2002 y consulta DGRN de 2 de diciembre de 2004). Esta equivalencia ha sido positivada en el art. 26.2º de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional (*BOE*, 29–XII–07) al exigir que para proceder al reconocimiento de una adopción extranjera debe surtir los mismos efectos jurídicos que una adopción regulada por el Derecho español, a saber: la extinción de los vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia biológica, que genere los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes.

* La presente nota se realiza en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía (P09–SEJ–4738): “Análisis transversal de la integración de mujeres y menores extranjeros nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza: problemas en el ámbito familiar”.

Para la DGRN, el establecimiento del mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza constituye un efecto fundamental. La adopción debe ser en este sentido “una institución que procura el desarrollo integral del niño en el seno de una familia estableciendo el mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza” (cf. resoluciones 4-3ª de octubre de 1996, 30 de marzo de 1999, 9-9ª de septiembre de 2002, y 24-3ª de septiembre de 2002). De hecho la filiación adoptiva no crea un simple *status filii* (relación paterno-filial entre adoptante y adoptado), sino un *status familiae* relación no sólo respecto del adoptante, sino también respecto de la familia de éste). Además, el vínculo de filiación creado por la adopción ha de surtir los mismos efectos y tener el mismo contenido en derechos y deberes que los que se derivan del vínculo de la filiación natural. También mantiene la DGRN que el requisito de extinción de vínculos con la familia biológica es consecuencia del anterior e implica que la filiación no puede compartirse entre dos familias. No obstante, como ha sido destacado por la doctrina, y la propia DGRN reconoce, la ruptura de los vínculos con la familia de origen no es un dato determinante ni en la adopción regulada en el Cc, ni en la legislación autonómica (sobre las peculiaridades de la adopción regulada por la legislación catalana y navarra F. Calvo Babío, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, Dykinson, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2003, pp. 156-161; S. Álvarez González, “Reconocimiento e inscripción en el Registro Civil de las adopciones internacionales” *REDI*, 2006-2, vol. LVIII, p. 698), que prevé supuestos en que no se produce tal ruptura, como sucede en los casos de adopción del hijo del consorte, cuando éste hubiera fallecido o el otro progenitor no esté legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo vaya a persistir (art. 178 Cc). Y, por último, el carácter irrevocable de la adopción, entiende la DGRN que se refiere únicamente a la imposibilidad de ser revocada por los adoptantes. La revocación judicial o decretada por la autoridad judicial requeriría analizar caso a caso para ver las causas a las que ha podido responder, ya que el ordenamiento jurídico español admite excepcionalmente la revocación judicial de la adopción, cuando el padre o la madre, sin culpa suya, no han intervenido en el expediente de adopción (art. 180.2º Cc.).

La cuestión radia en saber si dichos requisitos deben interpretarse y ser aplicados de manera estricta o si cabe alguna flexibilización de los mismos, atendiendo a las circunstancias del caso. Es aquí, donde las Resoluciones (5ª) de 1 de febrero de 2007 y (5ª) de 21 de febrero de 2007, sobre inscripción de adopción, deben destacarse al tomar en consideración todos los datos del caso, especialmente el interés superior del menor, para llegar a la conclusión de que, aunque el Derecho extranjero conforme al cual se ha constituido la adopción prevea la no extinción de los vínculos con la familia biológica, ello no implica que no exista equivalencia de efectos con la adopción española. La DGRN considera que la equivalencia de instituciones no puede valorarse a la luz de las prescripciones genéricas del Derecho extranjero, sino que hay que comprobar si la adopción que se pretende reconocer produce, conforme al Derecho extranjero, efectos no admisibles en España, atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en la adopción de cuyo reconocimiento se trate y, sobre todo, al interés del menor (A. Lara Aguado, “Equivalencia...”, *loc.cit.*, p. 135). Por ello, aunque en el Derecho etíope la adopción no suponga la extinción de vínculos con la familia de origen, no debe perderse de vista que tales vínculos no se pueden mantener cuando el menor es huérfano, por ejemplo, o cuando ha sido abandonado por sus progenitores, sin que se conozca quiénes son éstos. De ahí que una adopción constituida en tales circunstancias no produciría en España efectos incompatibles con la adopción española. La DGRN realiza en dichas Resoluciones una documentada reflexión sobre los objetivos perseguidos por el Derecho etíope y se plantea todas las situaciones posibles en las que un menor etíope puede ser adoptado: siendo sus progenitores biológicos conocidos, habiendo sido abandonado y desconociéndose sus orígenes biológicos, estando sus progenitores incapacitados, siendo huérfano, etc. Y, como resultado de este proceso hermenéutico concluye que sólo cuando sea factible el mantenimiento de los vínculos habrá que denegar el reconocimiento de la adopción etíope. Así sucederá cuando los progenitores sean conocidos, no hayan fallecido, no estén incapacitados y no se encuentren en paradero desconocido, es decir, cuando los padres biológicos del menor adoptado sean conocidos —que es lo que sucede en este caso—. Por el contrario, es claro que no pueden mantenerse los vínculos si los progenitores ya han fallecido. No obstante, la DGRN reconoce

que hay situaciones intermedias en los que esta cuestión no está muy clara, a saber: aquéllos en que el menor deviene en una situación de desamparo, porque, pese a ser conocida su filiación biológica, no se encuentran sus progenitores en condiciones de atender a sus obligaciones de cuidado y educación del menor, bien por hallarse ausentes, bien por estar incapacitados. En estos casos, se justifica el mantenimiento de los vínculos porque podría aparecer sobrevenidamente el progenitor desaparecido o recuperar su capacidad y aptitud para el ejercicio de sus deberes paterno-filiales y reclamar sus derechos. La existencia de tales vínculos plantea dudas en cuanto a su eficacia obstativa del juicio de equivalencia de efectos con respecto a las adopciones españolas. La DGRN considera que tampoco en esta hipótesis se justifica la denegación del reconocimiento de la adopción etíope. Por un lado, la adopción internacional tiene un carácter marcadamente subsidiario en el Código de Familia etíope, debido a la inexistencia de alternativas para el cuidado y educación del niño. Por otro lado, según el art. 183.3º del Código de Familia etíope, en caso de colisión, conflicto o incompatibilidad entre la filiación adoptiva y el vínculo de filiación derivado de la procreación natural, prevalece el resultante de la adopción. Esto implica que los vínculos con la familia de origen sólo subsisten en el ámbito de los efectos compatibles con la filiación adoptiva, lo que sucede también en el Derecho español, en el que queda un ámbito de eficacia residual a la filiación natural: subsisten los impedimentos matrimoniales por razón de parentesco (art. 178.3º y 47.1º y 2º Cc) y se admite la reviviscencia de la patria potestad y extinción de la adopción cuando, sin culpa del padre o de la madre, no hubieran intervenido en el expediente de adopción a fin de expresar su consentimiento asentimiento a la adopción (art. 180.3º Cc), aunque los efectos sobre la nacionalidad y patrimoniales ya producidos se conserven. Por último, la DGRN afirma que el ordenamiento jurídico español prevé casos en que la ruptura total de vínculos con la familia anterior no es absoluta, lo que sucede en los casos denominados “adopciones de sustitución parcial”, esto es, la adopción del hijo del cónyuge del adoptante, cuando el consorte ha fallecido, o cuando sólo uno de los o cuando sólo uno de los progenitores esté legalmente determinado, siempre que tal efecto lo haya solicitado el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o la madre cuyo vínculo vaya a persistir (art. 178.2º Cc). Si el Derecho español también prevé excepcionalmente la no ruptura de vínculos, no debe ser un obstáculo para admitir el reconocimiento de una adopción extranjera cuando el ordenamiento jurídico etíope establece como regla general la no revocación de la adopción, aunque admita excepciones a dicha regla general muy justificadas. Implícitamente, la DGRN considera que es más importante el establecimiento del vínculo de filiación con la familia adoptiva y el nacimiento de los derechos y deberes inherentes a aquél que la ruptura de los vínculos con la familia de origen.

Lo sorprendente de la presente Resolución es que, a pesar de esgrimir esta argumentación, la DGRN deniegue el acceso al Registro Civil español a esta adopción y admita la posibilidad de que sea constituida una nueva la adopción en España conforme a lo establecido en las disposiciones de la Ley 54/2007.

2. *Valoración.* La decisión adoptada en la presente Resolución por la DGRN ha de valorarse negativamente. En concreto, nos parece totalmente desacertada por dos razones: la primera, porque decididamente va en contra de la tendencia flexibilizadora que este Centro lleva manteniendo durante años en el examen de la equiparación de efectos entre una adopción simple extranjera con la regulada en el Derecho español; tendencia que le ha llevado a concluir que, aunque el Derecho extranjero conforme al cual se ha constituido la adopción prevea la no extinción de los vínculos con la familia biológica, ello no implica que no exista equivalencia de efectos con la adopción española. Esta Resolución da un paso atrás en la reiterada doctrina sentada por este Centro en la que se abre la puerta al reconocimiento de adopciones en las que se mantiene algún tipo de vínculo entre el adoptado y su familia de origen. A nuestro juicio, la DGRN en lugar de denegar automáticamente el acceso al Registro debería haber realizado el proceso hermenéutico que, en estos casos, debe realizarse. De forma que sólo teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, especialmente el interés superior del menor, debería de haber concluido si existía o no dicha equivalencia, teniendo en cuenta, además, que negar la eficacia extraterritorial a una adopción constituida válidamente en el extranjero puede tener una evidente incidencia en el derecho a la vida familiar tal y como ha sido explicitado por el Tribunal de Estrasburgo en su Sentencia de 28 de junio de 2007 en el caso *Wagner*.

Esperemos que sea un caso aislado y que no sienta doctrina. De forma que sigan siendo reconocidas en España las adopciones que no rompan vínculos con la familia de origen, siempre que tenga efectos “sustancialmente” idénticos con los efectos de la adopción regulada en Derecho español. Está claro que el problema será saber qué vínculos son admisibles y cuales impiden el reconocimiento de la adopción. Ésta es una cuestión que deberá ser resuelta por la práctica a la luz de lo establecido en el Derecho extranjero. Así, por ejemplo, no parece que sea incompatible el mantenimiento de las prohibiciones de matrimonio entre el adoptado y determinados miembros de su familia, más discutible podría ser admitir la existencia de ciertos derechos sucesorios respecto a los miembros de su familia de origen (R. Arenas García, C. González Beilfus, “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: Entre la realidad y el deseo”, en www.reei.org/reei17/doc/articulos/articulo_ARENAS_Rafael.pdf).

La segunda razón por la que la presente Resolución merece ser criticada es porque la DGRN no ha identificado correctamente el régimen normativo aplicable a l reconocimiento de la adopción. Para la DGRN, la normativa aplicable en el momento de la constitución de la adopción era el art. 9.5º Cc (Fundamento V). Según consta en los datos, la constitución de la adopción mediante contrato entre los adoptantes y la organización Addis Tesfa Yehitsanat Ena Aregawian Tenkebakabi Mahiber, fue ratificada por las autoridades judiciales etíopes competentes, en particular, por el Tribunal Federal de Primera Instancia mediante auto de 25 de febrero de 2008. Si se considera que la fecha de constitución de la adopción es la fecha en la que el Tribunal ratificó la misma, queda claro que la DGRN erró a la hora de identificar el régimen jurídico aplicable. Por el contrario, si, según el Derecho etíope, dicha fecha es la de formalización del contrato (¿?), y ésta tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 54/2007, la DRGN hubiera procedido correctamente, aunque de ser así, sorprende que no haga referencia en sus argumentaciones a la Resolución–Circular de la DGRN de 15 de julio de 2006 (BOE 30 de agosto de 2006), cuyo objetivo era “arrojar más luz en torno al régimen jurídico general, cada vez más complejo, de las inscripciones en el Registro Civil español, de adopciones constituidas ante autoridades extranjeras” (un análisis de la misma en S. Álvarez González, “Reconocimiento...”, *loc. cit.*, pp. 683–710). Esta cuestión presenta una transcendencia fundamental, ya que antes de la Ley 54/2007 las adopciones simples nunca se reconocían en España como tales “adopciones”, sino que, a través de la técnica jurídica propia del Derecho internacional privado de la “calificación funcional”, se considera que dicha institución desarrollaba en el Derecho extranjero una función similar a la desplegada en Derecho español, por el “acogimiento familiar” (J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 2009, pp. 126–127). La adopción simple se asimilaba por tanto, a esta última institución y se anotaba como tal en el Registro Civil, lo que obligaba a iniciar un nuevo procedimiento de adopción en España para regularizar la situación del menor. Por el contrario, en la Ley 54/2007 es precisamente aquí donde encontramos una de las novedades más destacables de la mencionada Ley, dado que introduce la posibilidad de convertir la adopción simple en adopción plena y para lo que establece las garantías oportunas a fin de que se lleve a cabo de forma satisfactoria. Así, la conversión de la adopción simple o menos plena en la adopción regulada por el Derecho español conforme a la ley prevista en el art. 22, exigirá que la competente autoridad española (art. 15) compruebe la concurrencia de los requisitos contemplados en las letras a) a g) del art. 30.4º (información adecuada de las partes que deben consentir y del propio adoptado, la forma de los consentimientos, etc.). Desconocemos qué es lo que establece el Derecho etíope al respecto, pero la intervención de una autoridad pública nos hace pensar que es ésta quién realmente constituye la adopción, por lo que cabe concluir que la DGRN ha errado al identificar el régimen jurídico aplicable y, por tanto, en su decisión.

3. *Reflexiones finales.* Si nuestra interpretación es correcta, la norma aplicable al reconocimiento de la presente adopción debería de haber sido la Ley 54/2007. El problema, a nuestro juicio, residiría en concretar, a la luz de dicho texto normativo, cuáles serían los efectos que dicha adopción desplegaría en nuestro país, así como las condiciones que serían aplicables para proceder o no a dicho reconocimiento. Para responder a estas cuestiones hay que tener presente cuál era la voluntad o la intención del legislador a la hora de regular en dicho texto el reconocimiento de una adopción constituida por autoridad extranjera. Es ahí donde está el problema. ¿Cuál era realmente dicha voluntad? ¿Establecer distintos regímenes de reconocimiento en virtud del tipo de adopción que se pretenda reconocer plena/reconocimiento pro-

cesal o simple/reconocimiento material?; O, por el contrario, convertir en norma legal lo que era doctrina de la DGRN en esta materia, aunque con ciertas matizaciones? Optar por una u otra postura implica que resulten aplicables distintas normas y condiciones a la hora de reconocer en España una adopción simple constituida en el extranjero. La Ley 54/2007 en su Exposición de motivos dispone que el régimen de reconocimiento que establece “gira en torno a una idea elemental: la adopción sólo será reconocida en España si se ha constituido válidamente en el Estado de origen y si, además, satisface determinadas exigencias de regularidad jurídica o que giren en torno al interés del adoptando”. En estas palabras queda patente que la voluntad del legislador es continuista con la postura ofrecida durante años por la DGRN, para la que el eje del proceso de reconocimiento lo constituía la equivalencia de la figura extranjera con la adopción española. De forma que si esta equivalencia existía se reconocía como adopción y accedía al Registro Civil español, siempre que se cumpliesen las condiciones establecidas para ello, y desplegaba los mismos efectos que una adopción española. Por el contrario, la Ley 54/2007 mantiene este esquema sólo en aquellas adopciones en las que el/os adoptante/s o adoptado son españoles, no así en aquéllas en las que ninguna de las partes ostenta la nacionalidad española. Lo que implica que si la adopción extranjera no es equivalente a una adopción española porque, por ejemplo, el adoptando sigue conservando vínculos con la familia de origen, y alguna de las partes ostenta la nacionalidad española, dicha adopción no será reconocida. Está claro que lo que el legislador español quiso decir es que no sería reconocida como adopción plena española, lo que no implica que no pueda tener eficacia jurídica en nuestro país. La concreción de qué efectos surte es lo que, a nuestro juicio, es fuente de dudas. Es cierto que si atendemos al tenor literal tanto de la Exposición de motivos, como del art. 26 Ley 54/2007, que regula las condiciones que ha de cumplir una adopción extranjera para que sea reconocida en España, cabe concluir que en casos en los que el adoptante o adoptando sean españoles será imposible el reconocimiento en España de las adopciones constituidas en el extranjero que no puedan ser consideradas como equivalentes a la adopción española, es decir, no podrán desplegar efectos jurídicos en nuestro país. Esta exclusión de plano a reconocer adopciones que no sean equivalentes resulta excesiva y puede ser cuestionada; sobre todo si consideramos que denegar el reconocimiento a una adopción válidamente constituida en el extranjero puede ser contrario al “interés superior del niño” y tener una incidencia clara en el derecho a la vida familiar. Es evidente que el tenor de la ley no es preciso en este punto, pero la misma existencia y la redacción dada al art. 30.4º Ley 54/2007 nos inclina a entender que aquél no era el resultado pretendido por el legislador. El hecho de que esta voluntad no haya tenido su reflejo en el tenor literal de la Ley 54/2007 se trata, a nuestro juicio, de un *lapsus* del legislador, que no debe llevar a interpretaciones extremistas. En cualquier caso, queda por saber si se reconocen o no en España, cómo y con qué efectos las adopciones simples constituidas ante autoridad extranjera. La respuesta a esta cuestión depende de si en la adopción el/os adoptante/s o el/os adoptando/s ostentan o no nacionalidad española. De forma que si una de las partes implicadas en el proceso adoptivo es español, sólo será reconocida como una adopción plena si resulta “sustancialmente” equivalente a una adopción española (*ex art. 26*); mientras que si son extranjeros será reconocida y desplegará en España los efectos previstos en el Derecho de la nacionalidad del adoptando, tal como establece el art. 30.2º Ley 54/2007. Lo que la Ley 54/2007 no deja claro es cómo se reconocen las adopciones simples en las que interviene un español y cuyos efectos no son sustancialmente equivalentes a una adopción española. A nuestro juicio, los apartados 3º y 4º del art. 30 Ley 54/2007 están pensados para solucionar estos casos. De forma que tales adopciones serán reconocidas en España como acogimientos familiares pudiendo ser transformadas o convertidas en adopciones reguladas por el Derecho español, siempre que cumplan los requisitos legales vigentes para ser reconocida. Pero ¿cuáles?

Nuria MARCHAL ESCALONA

Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad de Granada

**IMPOSIBILIDAD DE CONSTITUIR Y RECONOCER ADOPCIONES SURCOREANAS
CUANDO LOS ADOPTANTES SON ESPAÑOLES**

2010/DGRN/2.– Resolución (5ª) de 4 de septiembre de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 275–277.

Adopción.– Reconocimiento de adopción extranjera: adopción surcoreana.– Imposibilidad de reconocimiento en defecto de convenio.– Denegación de la inscripción.

[...] II. Para que un menor adoptado por un español o española pueda adquirir su nacionalidad y acceder al Registro Civil como ciudadano español de origen es condición indispensable la valoración exhaustiva de la adopción y de su proceso de constitución por parte del Encargado del Registro Civil español competente a través de la calificación registral. Así lo disponen el art. 9.5º Cc, vigente en el momento de constitución de la adopción del menor Elliot Javier Lawrence Martínez, en relación con los arts. 16, 27 y 46 LRC, 86 y 88 RRC.

III. Estas normas citadas han sido sistemáticamente interpretadas por la Resolución – Circular de este Centro Directivo de 15 de julio de 2006 (*BOE*, nº 207, de 30 de agosto) y exigen, para que las adopciones internacionales puedan acceder al Registro Civil español, la concurrencia de los siguientes requisitos: 1.º Competencia de la autoridad extranjera que constituyó la adopción; 2.º Control de la Ley estatal aplicada; 3.º Equivalencia de efectos entre la adopción extranjera y la adopción regulada en el derecho español; 4.º Exigencia del certificado de idoneidad español, salvo las excepciones contempladas en el Código Civil para ciertos adoptantes; 5.º Consentimiento de la entidad pública correspondiente en caso de adopción de un menor español; y, finalmente, 6.º Regularidad formal del documento donde consta la adopción.

Solo cuando la adopción ha superado este “control de validez” que ha de realizar el Encargado del Registro Civil Consular o Municipal es cuando procede extender la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, atribuyendo al menor adoptado la nacionalidad española de origen desde la fecha de constitución de la adopción. Y ello, como consecuencia de la especial consideración de la adopción en el derecho español, la cual tiene idéntico contenido y efectos que la filiación por naturaleza (*cf.* arts. 14 CE y 108 Cc).

IV. Sin embargo, el supuesto analizado planteó, desde el principio, una cuestión previa que impidió al Encargado del Registro Consular de S. valorar la concurrencia de los requisitos citados y practicar – en el supuesto de que la adopción sometida a su calificación, superara el control de validez exigido por el derecho español – la correspondiente inscripción de nacimiento y la marginal de adopción, con la consiguiente atribución al menor de la nacionalidad española de origen. Dicha cuestión es la citada en el acuerdo recurrido y se centra en la imposibilidad legal por parte del personal diplomático y/o consular de un Estado destacado en el país receptor de dictar resoluciones o adoptar acuerdos contrarios a la legislación de dicho país. Así lo dispone el art. 5.f) del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963, cuya entrada en vigor para España tuvo lugar el 5 de marzo de 1970, estableciendo entre las funciones que corresponde a los funcionarios consulares las de “actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor”.

VI. Pues bien, la legislación vigente en la República de Corea del Sur exige para constituir o reconocer la adopción respecto de un niño surcoreano a favor de ciudadanos extranjeros que, previamente, se haya suscrito un Convenio entre Corea del Sur y el país de la nacionalidad de los adoptantes que permita a una institución de menores coreana tramitar el procedimiento de adopción internacional. Esta exigencia legal del Estado receptor fue comunicada al Embajador de España en Corea mediante escrito de 30 de marzo de 2007, por un representante del Ministerio de Sanidad y Bienestar Social e impide no solo constituir una adopción en España o en Corea a favor de un español o españoles y respecto de un niño surcoreano, sino también otorgar, a través de la inscripción registral, el reconocimiento de la validez y eficacia de la adopción constituida por la autoridad de un tercer Estado, en este caso EE UU, ante la que

los adoptantes han actuado exclusivamente como una familia estadounidense, formada por D. A. y Doña I., con residencia habitual en W. y ostentando el padre adoptante la nacionalidad estadounidense, dado que con ello se obtendría, por una vía oblicua, un resultado no admitido por el derecho interno de la República de Corea del Sur. [...]

NOTA

1. Como suele suceder en algunas ocasiones, la Resolución 5/2009 de 4 de septiembre de la DGRN resulta más interesante por los datos que se desconocen de los hechos que la originaron que por los argumentos jurídicos esgrimidos por el Centro Directivo para denegar la práctica de la inscripción. De los antecedentes de hecho de la resolución se desprende que una ciudadana española adoptó en agosto de 2005, junto con su esposo de nacionalidad estadounidense y siendo ambos residentes en EE UU, a un menor de origen coreano a través de una agencia de adopción del Estado de W. en EE UU. La madre adoptiva promueve la inscripción de nacimiento del menor y marginal de adopción en el Registro Civil Consular de S. (República de Corea del Sur). La solicitud fue denegada en virtud de una resolución del Encargado del Registro Civil Consular de 18 de abril de 2007, debido a que la normativa de la República de Corea del Sur prohíbe la adopción de menores coreanos por nacionales de países que no hayan suscrito un convenio bilateral de adopción con la República de Corea del Sur. La toma en consideración de la legislación surcoreana respecto a esta cuestión es imperativa, pues así lo exige el art. 5 f) del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 de Relaciones Consulares, según el cual, los funcionarios Consulares podrán actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil y en funciones similares, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor. Por tanto, no existiendo convenio bilateral de adopción con España, el personal diplomático y consular de España acreditado en el Estado receptor (República de Corea del Sur) no puede dictar resoluciones ni adoptar acuerdos contrarios a la legislación de dicho país.

2. Aunque del texto de la resolución no se desprende si la adopción se constituyó ante autoridad coreana o si el menor fue desplazado desde la República de Corea del Sur hasta EE UU para que se constituyera allí la adopción, lo más probable es que se siguieran las pautas generalmente utilizadas en los supuestos de adopciones de menores surcoreanos por ciudadanos norteamericanos, lo que implicará que la adopción fue constituida ante autoridad estadounidense.

En efecto, EE UU es, junto con Suecia, uno de los países hacia donde son desplazados la mayoría de menores surcoreanos con fines de adopción internacional. Por regla general, la mayoría de adopciones de menores surcoreanos por familias estadounidenses se tramitan a través de programas de adopción de menores huérfanos. Las familias estadounidenses que desean adoptar a estos menores deben ponerse en contacto con una agencia de adopción de EE UU que esté afiliada a otra autorizada por el Ministerio de Sanidad, Bienestar y Asuntos Familiares de la República de Corea del Sur, según dispone la *Republic of Korea's special adoption law No. 2977 Section 9 (A) y section 10 (A)* (<http://library.adoption.com/articles/international-adoption-south-korea.html>). Las cuestiones de extranjería presentan una gran importancia en el marco de las adopciones internacionales, ya que del cumplimiento de las normas de salida del Estado de origen y entrada en el de recepción puede depender el éxito de la adopción [Vid. A. Lara Aguado: "La adopción de menores extranjeros como vía de inmigración en Andalucía", S. Sánchez Lorenzo (ed.): *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 599-629; M.A. Rodríguez Vázquez, "Algunos aspectos del Derecho de extranjería en la adopción internacional", en N. González Martín y A. Rodríguez Benot (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001, p. 252; H. Van Loon, "International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption", *R. des C.*, t. 244, 1993-VII, p. 288]. Como garantía de que el menor adoptado no va a tener problemas para entrar y residir legalmente en el país al que va a ser desplazado con motivo de la adopción, tanto la normativa surcoreana, como la estadounidense prestan especial atención a la exigencia de que el menor cuente con las preceptivas autorizaciones administrativas. A este respecto, la normativa surcoreana prevé en su art. 17 del *Act on Special Cases Concerning the Promotion and Procedure of Adoption*,

modificada por el *Act No. 8852*, de 29 de febrero de 2008, que cuando un menor surcoreano vaya a ser adoptado por un extranjero, se debe solicitar al Ministerio de Sanidad, Bienestar y Asuntos Familiares el permiso de emigración para el adoptando.

Este permiso de emigración o de salida es una condición que suelen exigir los Estados de origen para permitir la salida de menores de su territorio, bien sea a través de una autorización de salida judicial, bien expedida por otra autoridad competente (arts. 171 y 172 del Código del Menor Boliviano; art. 39 de la Ley Chilena sobre adopción de menores de 1988; art. 51.4º del Estatuto da Criança e do adolescente de Brasil [Ley 8.069 de 13 de julio de 1990]; art. 16 del Reglamento de pasaportes de los EE UU Mexicanos de 6 de julio de 1990; art. 24 de la Ley marroquí de 20 de septiembre de 1993. *Vid.* M.A. Rodríguez Vázquez, “Algunos aspectos del Derecho de extranjería...”, *loc. cit.*, pp. 257–258, con las correspondientes citas bibliográficas).

El permiso de emigración no se concede por las autoridades surcoreanas si se trata de un menor abandonado (porque, en ese caso, el menor debe ser inscrito en el *Korean Children's Fund*, donde se mantiene un listado centralizado de los menores abandonados y perdidos para ayudar a sus familiares que están intentando localizarlos. Estos menores no pueden ser adoptados hasta que no hayan transcurrido seis meses desde que se practicara su registro). Tampoco se concede el permiso si se trata de un menor que va a ser adoptado en un país con el que no existe acuerdo de adopción o no se trata de una institución de adopción autorizada por ese país o si el país que desea la adopción está en guerra u hostilidad con la República de Corea del Sur (art. 13.3º *Act on Special Cases Concerning the Promotion and Procedure of Adoption*). Aunque se desconoce exactamente cómo se llevó a cabo el proceso de adopción, todo hace suponer que los adoptantes no hicieron referencia a la nacionalidad española de la madre adoptiva y se hicieron pasar en todo momento por una familia estadounidense, habida cuenta de la inexistencia de convenio de adopción con la República de Corea del Sur, lo que habría dificultado o impedido la salida del menor de su Estado de origen.

Estos controles para la salida del menor de su Estado de origen se completan con las exigencias impuestas por el Estado al que va a ser desplazado el menor. En este sentido, la normativa norteamericana es también muy exigente respecto a los requisitos de entrada de los menores extranjeros adoptados por estadounidenses, por lo que hay que cumplir escrupulosamente con las exigencias impuestas por la normativa de extranjería antes de proceder a la adopción. Los adoptantes deben contactar con el *U.S. Immigration and Naturalization Service (INS)* para obtener un visado de inmigrante para el menor, sin el cual, éste no será autorizado para entrar en EE UU como residente legal permanente. Para que el menor pueda obtener este visado es necesario que el adoptante sea un ciudadano norteamericano; si está casado, su cónyuge debe también ser adoptante y el adoptado debe tener menos de 16 años en el momento de la solicitud del visado, que se presenta según el modelo *I-600 Petition*.

La República de Corea del Sur no se encuentra entre los países que, además, exigen que la adopción del menor se haya constituido ya en el Estado de origen, como sucede en muchos países de América Latina (Brasil o México), algunos asiáticos (Vietnam, Sri Lanka) y algunos del este de Europa (Polonia, Rumania) [*Cf.* H. Van Loon, “International Co-operation and Protection of Children...”, *loc. cit.*, p. 289]. La normativa surcoreana ni siquiera exige que los adoptantes se desplacen a la República de Corea del Sur para conocer al menor y trasladarlo con ellos a EE UU. Por el contrario, es frecuente que el menor viaje a EE UU con la agencia de adopción, ahora bien, para autorizar su salida del país y obtener el correspondiente visado, será necesario que se haya realizado una “transferencia de la custodia del menor” a la familia adoptante, mediante alguna medida de protección del menor, como puede ser la tutela o algún tipo de acogimiento. Es decir, que en el Estado de origen del menor se llevan a cabo los actos preparatorios de la adopción. Posteriormente, un año después de que el menor haya entrado en EE UU y después de haber tenido un seguimiento por parte de la agencia de adopción, se procede a la constitución formal de la adopción ante autoridad estadounidense. Esto permite la constitución de la adopción después de un período de prueba previa, condición que exigen muchos países (*vid.* R. Espinosa Calabuig, “Constitución, conversión y extinción de la adopción internacional”, G. Esteban de la Rosa (coord.): *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2007, p. 243).

3. Pues bien, suponiendo que el proceso mencionado fuera el que se siguió para la constitución de la adopción de este menor surcoreano, cuyo reconocimiento e inscripción se pretende en el Registro Civil Consular español en S., el siguiente paso a analizar es la solicitud de inscripción de la adopción en el Registro civil español presentada por la adoptante española. En todo caso, el régimen normativo aplicable al reconocimiento de dicha adopción es el mismo, tanto si la adopción se constituyó ante autoridad surcoreana como si se constituyó ante autoridad estadounidense, puesto que, a pesar de ser EE UU un país miembro del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, el menor procede de un país no miembro, siendo el desplazamiento del menor desde un Estado miembro a otro con motivo de la adopción una condición para la aplicación del citado Convenio. Por tanto, las reglas de reconocimiento de dicha adopción se han de encontrar en la normativa autónoma española, que, en el caso concreto analizado viene constituida por el art. 9.º Cc.

No se sabe si es un error en la transcripción del texto de la resolución, pero, todo parece apuntar a que la interesada presentó su solicitud en el Registro Civil Consular de su domicilio en W. (EE UU) y que éste remitió la documentación al Registro Civil Consular de S. (República de Corea del Sur) y no como se indica en el texto de la resolución, donde se hace referencia a que el Registro Civil Consular de S. remite la documentación al Registro Consular de S., lo que no tiene mucho sentido. En todo caso, lo que se cuestiona es la competencia del Registro Consular español acreditado en la República de Corea del Sur para practicar la inscripción principal de nacimiento y marginal de adopción. Sin perjuicio de que la DGRN ha recomendado en su Res. (5ª) de 1 de febrero 2007 que no se solicite la inscripción de la adopción en el RC Consular español, para evitar problemas de incompatibilidad con la normativa interna de extranjería española (*BIMJ*, nº 2057, pp. 945–955; *vid.* al respecto A. Lara Aguado, “Adopción internacional: relatividad de la equivalencia de efectos y sentido común en la interpretación del Derecho extranjero”, *REDI*, vol. LX, 2008, pp. 138–143), lo que está claro es que la competencia para la calificación e inscripción de dicha adopción constituida en el extranjero, cuando el promotor de la inscripción esté domiciliado en el extranjero, correspondería al Juez Encargado del RC Consular, siempre que el nacimiento del menor surcoreano se haya producido en Corea, a tenor de los arts. 16. 1º LRC y 68, 2º RRC (*vid.* Consulta a la DGRN de 5 de noviembre de 2005, sobre inscripción de adopción constituida en el extranjero. Supresión en el Registro del nombre de la madre o padre inscritos a efectos identificadores, *BIMJ*, suplemento al nº 2022, de 1 de octubre de 2006, año LX, p. 30). No obstante, como es de sobra conocido, esta competencia está condicionada a la no oposición de la normativa del Estado en el que está acreditado el Cónsul, a tenor de lo dispuesto en el art. 5 f) del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 de Relaciones Consulares, según el cual, los funcionarios Consulares podrán actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil y en funciones similares, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor. Por tanto, el personal diplomático y consular de un Estado acreditado en el Estado receptor no puede dictar resoluciones ni adoptar acuerdos contrarios a la legislación de dicho país.

Esta limitación a las facultades de actuación de los funcionarios diplomáticos y/o consulares en el Estado receptor es un principio de Derecho internacional público vinculante para España y que, por tanto, debe ser aplicado en este caso, impidiendo no sólo que en el Registro Civil Consular de España en Seúl se constituyan adopciones de menores surcoreanos, sino también que se practique la inscripción de la adopción del menor surcoreano por una ciudadana española. Sin embargo, la DGRN no ha abordado este problema como un tema circunscrito a la limitación de las facultades del Cónsul para actuar en calidad de funcionario del Registro Civil, aunque así parezca desprenderse de la motivación de su Resolución. Si fuera así, la DGRN podría haber indicado la posibilidad de que el control de validez de dicha adopción lo hubiera realizado el Encargado de otro Registro Civil español competente. Para la DGRN esta adopción no es considerada válida por la existencia de un vicio en su proceso de constitución.

En efecto, si la adopción constituida ante autoridad norteamericana ha sido admitida como válida en la República de Corea del Sur y en EE UU, habría que cuestionarse si dicha adopción no puede surtir efectos también en España y ser inscrita en nuestros Registros Civiles, pese a que no sea competente el Encargado del Registro Civil Consular español de S. En otras palabras, el hecho de que el Registro Civil Consular español de S. no pueda proceder a fiscalizar la validez de dicha adopción y practicar la inscripción no impide que otro Registro Civil español sea competente para realizar tales actuaciones y concluir

la validez de dicha adopción, con los efectos que de ello se derivan, en particular, respecto a la atribución de la nacionalidad española de origen al menor surcoreano. En particular, habría dos vías para poder practicar la inscripción de la adopción en los Registros Civiles españoles. La primera vía viene permitida por el art. 16.3º LCR. Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad (BOE, 19-XI-05), el Registro Civil del domicilio de los adoptantes resulta competente para la práctica de la inscripción principal de nacimiento y marginal de adopción, en los casos de adopción internacional. (Sobre los problemas registrales de la adopción, *vid.* entre otros, A. Lara Aguado: “La adopción de menores extranjeros como vía de inmigración...”, *cit.*, pp. 586–593; J. Maseda, “Nueva normativa registral sobre adopción internacional. La modificación de los artículos 20.1 y 16 LRC por la Ley 15/2005 y por la Ley 24/2005”, *REDI*, vol. LVII, 2005, pp. 1196–1201). Pues bien, el art. 16.3º LRC no distingue si el Registro Civil del domicilio de los adoptantes debe ser un Registro Civil municipal o puede ser también un Registro Civil Consular, lo que permitiría concluir, en este caso, que el Registro Civil Consular español acreditado en W. (EE UU), tendría competencia para practicar la inscripción de la adopción constituida en EE UU, ya que es el país donde tienen su domicilio los adoptantes. El límite impuesto por el Derecho de la República de Corea del Sur ya no surtiría efecto, puesto que la normativa de EE UU, que es el país de recepción del Cónsul español no impone tal limitación. El Registro Civil Consular español de W. (EE UU) deberá enviar un duplicado de dicha inscripción al Registro Civil Central, tal y como dispone el art. 12 LRC, así como otro al Registro Civil Consular de S. (República de Corea del Sur). En tal hipótesis, si la adopción reúne los requisitos para su reconocimiento en España, no habría problema en practicar dicha inscripción, con la consiguiente atribución de la nacionalidad española al menor.

Esta primera posibilidad tendría que enfrentarse a la interpretación que la DGRN ha llevado a cabo del art. 16.3º LRC, a través de su Instrucción 28 de febrero de 2006, sobre competencia de los Registros Civiles Municipales en materia de adquisición de nacionalidad española y adopciones internacionales (BOE, 24-III-06). Aunque no prohíbe expresamente a los Registros Civiles Consulares del domicilio de los adoptantes practicar este tipo de inscripciones, todo parece apuntar a que la DGRN sólo considera competentes, en virtud de este precepto, a los Registros Civiles Municipales; de ahí el título mismo de la Instrucción, así como la Directriz segunda, apartado primero, que expresamente mencionan la competencia del Encargado del Registro Civil *municipal* correspondiente.

La otra vía que habría de practicar la inscripción de la adopción constituida en el extranjero es la abierta por el art. 18 LRC, que atribuye una competencia residual al Registro Civil Central de manera directa para practicar la inscripción de los hechos para los que no resulte competente ningún otro Registro, como podría ser este supuesto, en caso de seguir la interpretación anterior de la DGRN, pues en tal hipótesis, la adopción no podría inscribirse ni en el Registro Civil Consular español en W. (EE UU), ni en el Registro Civil Consular de S. (República de Corea del Sur). Asimismo resulta competente el Registro Civil Central para los casos en que, por circunstancias excepcionales de guerra u otras cualesquiera que impidan el funcionamiento del Registro correspondiente, no pueda practicarse la inscripción del hecho en dicho Registro competente. Este es el caso de la adopción del menor surcoreano, debido a la prohibición de inscribir impuesta por la normativa de la República de Corea del Sur.

Tanto en un caso como en otro, suponiendo que la adopción del menor surcoreano superara los controles de validez de la adopción, cabría todavía cuestionarse si la limitación de las facultades del Cónsul impuesta por la legislación surcoreana se extiende no sólo a la competencia para constituir una adopción y para practicar la inscripción de la adopción constituida ante autoridad extranjera, sino si alcanza igualmente a la prohibición de practicar la inscripción de los duplicados que le remita el Registro Civil Central español, o el Registro Civil Consular de España en W. (EE UU). En mi opinión, en tal caso, el límite impuesto por el art. 5 del Convenio de Viena no debería alcanzar a este extremo, puesto que se trataría sólo de extender un duplicado, no de practicar propiamente una inscripción.

El problema, por tanto, radica en averiguar si la adopción puede o no superar los controles de validez. En este sentido, es importante tener en cuenta que el límite establecido por la normativa surcoreana no se refiere sólo a la limitación de las competencias de los cónsules acreditados en su territorio, sino que alcanza a la prohibición de constituir adopciones a favor de nacionales de países con los que no exista

convenio internacional de adopción. En la resolución de la DGRN se deja entrever que los adoptantes se hicieron pasar por una familia norteamericana, cuando la madre adoptante era española. De haber sido conocido este dato por las autoridades surcoreanas no habrían concedido el permiso de emigración para el menor, con lo que la adopción no habría podido concluirse con éxito, ni el menor habría salido de Corea. La cuestión se centra entonces en saber si esto implica la nulidad de la adopción. De conformidad con el art. 9.5º Cc. aplicable al caso, las únicas causas para denegar eficacia en España a la adopción constituida por autoridad extranjera serían, bien la falta de competencia de la autoridad que constituyó la adopción, bien la no aplicación de la ley nacional del adoptando a la capacidad y consentimientos necesarios, la no equivalencia de efectos y la posibilidad de revocación de la adopción, con límites. De todos estos requisitos podría pensarse que está en juego el que se refiere a la capacidad. Si se optara por considerar que la prohibición del Derecho surcoreano es un límite a la capacidad de los adoptantes, habría que denegar el reconocimiento de la adopción. Ahora bien, ¿cómo se compatibiliza la decisión no admitir la validez de la adopción con el interés del menor que ya se encuentra en EE UU con su nueva familia desde hace varios años, integrado con la misma y siendo válida la adopción por lo que se refiere al adoptante estadounidense?

En mi opinión, dadas las circunstancias del caso, habría una vía para admitir la validez de la adopción, en interés del menor, reduciendo teleológicamente el alcance del requisito relativo al control de la ley aplicada a la capacidad y circunscribiéndolo a otras cuestiones diferentes, como la edad de los adoptantes, la necesidad o no de que estén casados, la posibilidad de que personas del mismo sexo puedan adoptar... Si admitiéramos que la prohibición del Derecho surcoreano de concluir adopciones con nacionales de países con los que no hay suscrito convenio es un tema que afecta a cuestiones procedimentales, no tendríamos el amparo del art. 9.5º Cc. para realizar este control, lo que permitiría salvaguardar, pese a todo, la validez de la adopción. Esta interpretación estaría en la línea de la STEDH (Sección 1ª) 28 de junio de 2007, caso *Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo* (Aranzadi Westlaw JUR/2007/147388), pues, al igual que en el caso de la adopción peruana, también en este supuesto ya ha surgido una familia protegida por el art. 8 CEDH. Al igual que en la Sentencia *Wagner*, tampoco el rechazo al reconocimiento de la adopción del menor surcoreano está justificado, pues las razones que podrían esgrimirse a favor de la prohibición impuesta por el Derecho de la República de Corea del Sur tienen que ver con la necesidad de asegurar la intervención de las autoridades surcoreanas en el proceso de tramitación de la adopción, y para realizar los controles respecto a los adoptantes. Sin embargo, ninguno de estos objetivos se ha satisfecho en este supuesto, ya que tanto el Ministerio de Sanidad y Bienestar Social de la República de Corea del Sur, como la agencia de adopción allí autorizada han intervenido en todo el proceso de tramitación de la adopción y se han podido asegurar del cumplimiento de todos los requisitos de idoneidad necesarios para la válida constitución de la adopción en interés del menor. (En la misma línea, no admitiendo que por el mero hecho de que no se haya aplicado la ley nacional del adoptando pueda justificarse la denegación del reconocimiento de la adopción válidamente constituida en el extranjero, *vid.* R. Arenas García y C. González Beilfuss, “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 17, 2009, pp. 5 y 6, disponible en :www.reei.org). En todo caso, deberían haber sido las autoridades surcoreanas las que hubieran controlado, en su momento, la nacionalidad de los adoptantes, imponiendo requisitos acreditativos de la nacionalidad más exigentes, que impidieran que se pudiera pasar por alto una circunstancia aparentemente tan importante para el Derecho surcoreano. De no hacerlo así dichas autoridades en el proceso de tramitación de la adopción, no se ve el interés que pueden tener las autoridades españolas en salvaguardar la correcta aplicación del Derecho surcoreano (*vid.* en esta misma línea S. Álvarez González, “Adopción internacional y sociedad multicultural”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gastéiz*, 1998, pp. 188 y 190; *id.*, “Reconocimiento e inscripción en el Registro civil de las adopciones internacionales”, *REDI*, vol. LVIII, 2006, pp. 684–691, espec. p. 689; “El proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, nº 22, 16–31 diciembre, 2007, t. 2, pp. 5–9), máxime cuando se afirma que el objetivo de dicho control es asegurar el interés del menor (*vid.* en relación con la Ley 54/2007 de adopción internacional, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González:

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional, Granada, Comares, 2008, pp. 183–193) y que, en este caso, el interés consiste en salvaguardar la validez de la adopción.

4. La consideración que esta adopción merezca ahora a las autoridades surcoreanas afecta a la nacionalidad del menor. En efecto, de conformidad con la sección 320 de la *US Immigration and Nationality Act (INA)*, (<http://www.uscis.gov/portal/site/uscis/menuitem.f6da51a2342135be7e9d7a10e0dc91a0/?vgnextoid=fa7e539dc4bed010VgnVCM1000000ecd190aRCRD&vgnnextchannel=fa7e539dc4bed010VgnVCM1000000ecd190aRCRD&CH=act>), modificada por la *Child Citizenship Act (CCA)* (http://www.uscis.gov/files/presentation/ChildCitizenshipAct_022701.pdf), los niños nacidos fuera de EE UU y adoptados por ciudadanos norteamericanos pueden adquirir automáticamente la nacionalidad norteamericana, siempre que se cumplan los requisitos de la section 101 (b) 1 de la INA, esto es: que se trate de menores de dieciséis años; que estén bajo la custodia legal y física del progenitor norteamericano y que lleven residiendo legalmente con dicho progenitor al menos dos años con una autorización de residencia permanente. Por tanto, el menor habrá adquirido la nacionalidad del progenitor estadounidense adoptante.

Respecto a la nacionalidad de origen del menor, la República de Corea del Sur se encuentra entre los pocos países que prevén la pérdida de la nacionalidad con motivo de la adopción. Según se desprende del art. 17.2º *Act on Special Cases Concerning the Promotion and Procedure of Adoption* (modificada por el Act No. 5670, de 21 de enero de 1999; Act No. 8435, de 17 de mayo de 2007 y Act No. 8852, de 29 de febrero de 2008), en los supuestos en que el adoptando haya salido de la República de Corea del Sur con el permiso de emigración y haya adquirido la nacionalidad del país al que ha sido desplazado con motivo de la adopción, la institución de adopción debe comunicarlo al Ministerio de Justicia, para que notifique a la agencia que tiene el registro de la familia adoptiva la pérdida de la nacionalidad surcoreana. Esto implica que el menor, tras la adquisición de la nacionalidad estadounidense pierde la nacionalidad surcoreana. Lo mismo sucede con otros países, como Alemania, que prevé la pérdida de la nacionalidad alemana por parte del ciudadano alemán adoptado por extranjero y que adquiera la nacionalidad del adoptante, siempre que la adopción conlleve la ruptura de los vínculos de filiación con el padre o la madre alemán. Iguaes previsiones contiene el Derecho suizo, el belga (*vid. P. Juárez Pérez, Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 125), el de Corea (*Vid. H. Van Loon, "International Co-operation..."*, *loc. cit.*, p. 298), el de Costa de Marfil (Ley núm. 83–802 de 2 de agosto de 1983 que modifica y completa la Ley núm. 64–378 de 7 de octubre de 1964 relativa a la adopción y Código de la nacionalidad de Costa de Marfil: www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/Export/Infancia_Familia), el de Letonia (Código Civil modificado en materia de adopción por la Ley de 1 de septiembre de 2003: www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/Export/Infancia_Familia), el de Senegal (Art. 3 de la Ley 61–10, de 7–3–61 del Código de Nacionalidad de Senegal: www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/Export/Infancia_Familia) o el de Sri Lanka (*Citizenship Act* de 1956, arts. 19 a 21: www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/Infancia_Familia). En todos estos casos, la pérdida va asociada a la adquisición de la nacionalidad de los adoptantes.

Esto implica que, tras la constitución de la adopción ante autoridad de EE UU y, con la adquisición de la nacionalidad norteamericana, los vínculos con la República de Corea del Sur se rompen, a no ser que, habida cuenta del descubrimiento *a posteriori* de circunstancias que habrían impedido la adopción, la República de Corea del Sur considere que no concurren los presupuestos para la pérdida de la nacionalidad, por nulidad de la adopción. Pero esto, ya no afectaría a la validez de esta adopción para el Derecho estadounidense ni para el Derecho español.

Ángeles LARA AGUADO

Profesora titular de Derecho internacinalprivado
Universidad de Granada

INSCRIPCIÓN DE UNA ADOPCIÓN EXTRANJERA POR DOBLE NACIONAL ESPAÑOLA-VENEZOLANA

2010/DGRN/3.- Resolución (3ª) de 9 de octubre de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 37-40.

Adopción.- Reconocimiento de adopción extranjera: adopción rusa.- Doble nacional española-venezolana.- Denegación de la inscripción.

[...] V. La cuestión de fondo planteada se centra en dilucidar si tiene o no acceso al Registro Civil español una adopción constituida por un matrimonio venezolano, cuando la madre adoptante ostenta también la nacionalidad española. El Encargado del RC Consular de M. denegó la inscripción de nacimiento del menor y marginal de adopción, fundándose en el hecho de que en el procedimiento de constitución de la adopción por la autoridad rusa solo se hizo valer por los adoptantes la nacionalidad venezolana de éstos. Sin embargo, la adopción es un acto jurídico que afecta al estado civil de adoptantes y adoptados. Por ello el art. 15 LRC mantiene el carácter obligatorio de la inscripción, al disponer, de manera taxativa, en su párrafo segundo que en el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros. En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el Derecho español. En coherencia con esta disposición, el art. 66 del RRC reitera este mandato y, además, precisa, en el último inciso del párrafo primero que “también se inscribirán los hechos que afecten mediatamente a su estado civil. La duda sobre la nacionalidad del sujeto no será obstáculo para la inscripción del hecho”.

VI. Estas normas no varían por el hecho de que la adopción se haya constituido por un matrimonio mixto, formado por extranjero y española, aún en el caso de que la adoptante española ostente, de manera concurrente, la nacionalidad venezolana y aunque en la constitución de la adopción solo se haya tenido en cuenta esta última, dado que, para estas situaciones de doble nacionalidad el párrafo segundo del art. 9.º Cc prevé que se estará a lo dispuesto en los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, si nada establecieren será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Esta norma, que parte de la consideración, por parte del Derecho español y bajo ciertas condiciones, de que la nacionalidad no es necesariamente un “vínculo exclusivo”, ha sido interpretada y aplicada por este Centro Directivo, a partir de la entrada en vigor de la Constitución Española, en el sentido de que en los supuestos de ciudadanos iberoamericanos y españoles concurren dos nacionalidades activas, debiendo prevalecer la nacionalidad española, a menos que a ello se oponga a una disposición en contrario recogida en los Tratados Internacionales, lo cual no ocurre en el supuesto analizado. Se trata, en definitiva, de supuestos en los que la nacionalidad extranjera se estima compatible con la española en la medida en que su adquisición no provoca la pérdida de ésta y, en tal sentido se habla de doble nacionalidad “prevista por las leyes”.

VII. La consecuencia jurídica de esta admisión es que la autoridad española ante la que se haga valer la cualidad de español de un sujeto con doble nacionalidad habrá de aplicar, preferentemente, la Ley sustantiva española. Es decir, el art. 9.º es una norma conflictual que adquiere todo su sentido cuando se completa con la norma de derecho material aplicable al supuesto concreto planteado. En atención a estas consideraciones, el Encargado del Registro Civil 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 conforme a lo previsto en el Derecho sustantivo español a realizar la actividad calificadoras en orden a verificar si la adopción constituida por la autoridad extranjera reúne o no los presupuestos y requisitos exigidos en el art. 9.5º Cc para acceder al Registro Civil español (cf. art. 9.5º Cc, vigente cuando se dictó el acuerdo recurrido). [...]

**DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN EXTRANJERA POR
INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE LA LEY EXTRANJERA APLICABLE A LA
CAPACIDAD DE LOS ADOPTANTES**

2010/DGRN/4.– Resolución (3ª) de 23 de octubre de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 92–94.

Adopción.– Reconocimiento de adopción extranjera: adopción nepalí.– Capacidad de los adoptantes.– Requisitos de la ley extranjera.– Denegación de la inscripción.

[...] II. Para determinar si la adopción de un menor constituida por la autoridad extranjera a favor de una persona española puede acceder al Registro Civil español, es preciso que el Encargado del Registro ante el que se insta su validez realice un control sobre determinados aspectos de la resolución administrativa o judicial que la constituye. Unos de carácter procesal, relativos a la competencia internacional de la autoridad pública que dicta la resolución y a la validez o legalidad de la propia resolución, conforme al Derecho interno de Nepal; y otros de carácter sustantivos, tanto relativos a los requisitos de edad, capacidad e idoneidad de adoptantes y a la adoptabilidad del menor, como relativos a los efectos jurídicos de la relación de filiación constituida por la competente autoridad extranjera y su correspondencia sustancial de efectos con la adopción regulada en el Derecho sustantivo español.

III. Por esta razón y sin prejuzgar la existencia de otros posibles defectos relativos a las garantías de autenticidad de los documentos extranjeros presentados, se ha de señalar que no pueden prosperar ninguna de las alegaciones formuladas por la recurrente. En primer lugar, para que una adopción constituida por autoridad pública extranjera sea reconocida en España y pueda acceder al Registro Civil español, es preciso que el adoptante reúna los requisitos de capacidad exigidos por la ley aplicable a la capacidad y consentimientos, en este caso, la ley del adoptando, conforme a lo dispuesto por el art. 9.5º Cc, vigente cuando se constituyó la adopción.

En efecto, dada la trascendencia de la adopción para el interés superior del menor, los Ordenamientos jurídicos exigen una capacidad de obrar especial para adoptar, entendiendo por tal capacidad no solo la edad de los adoptantes, sino también la diferencia de edad entre éstos y el adoptando y las “prohibiciones de adoptar”, exigidas por la ley aplicable que en este caso es la ley de Nepal, por ser la ley personal del menor adoptando. La inobservancia por parte de la autoridad competente que constituyó la adopción de estas circunstancias vicia de ilegalidad la resolución de adopción dictada con omisión o en contra de la prohibición establecida por la ley aplicable a la adopción. En el supuesto examinado la recurrente que inició la tramitación de la adopción como persona soltera y como tal obtuvo el certificado de idoneidad expedido por el Instituto Madrileño del Menor y de la Familia para adoptar en Nepal, contrajo matrimonio con un ciudadano indio pocos meses antes de la constitución de la adopción en Katmandú, el 23 de diciembre de 2007. Pues bien, del conocimiento que este Centro Directivo ha tenido de la legislación vigente en Nepal en materia de adopción, constituida por el “*Number 12 A del Chapter on Adoption of the Country Code (“Muluki Ain”)*”, se desprende que esta legislación solo permite la adopción de menores nepalís por parejas casadas que lleven al menos cuatro años de matrimonio. Como quiera que la interesada no puso en conocimiento de la autoridad nepalí que constituyó la adopción esta circunstancia esencial de su estado civil, dicha autoridad no pudo aplicar el límite de capacidad vigente en dicha legislación. En consecuencia, dicha adopción no puede ser reconocida como válida y, por tanto, no puede acceder al Registro Civil español, dado que se ha constituido con vulneración de la ley estatal designada en el art. 9.5º Cc [...].

**DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN EXTRANJERA POR FALTA DE
EQUIVALENCIA DE EFECTOS – CALIFICACIÓN DE REQUISITOS DE CAPACIDAD
DEL ADOPTANDO COMO “EFECTOS”**

2010/DGRN/5.– Resolución (1ª) de 4 de enero de 2010. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 14–16.

Adopción.– Reconocimiento de adopción extranjera: adopción dominicana.– Equivalencia de efectos.– Denegación de la inscripción.

[...] II. Aún cuando el Encargado del Registro Civil Consular debió ceñirse en su calificación negativa al estricto control de validez de la adopción constituida por la autoridad extranjera – en este caso dominicana – y nunca dilucidar supuestas intenciones distintas a las manifestadas por el solicitante de la inscripción de nacimiento y marginal de adopción (*cf.* art. 1902 Cc) lo cierto es que – como se recoge en el HECHO II de esta resolución – el único motivo de la denegación consistió en que siendo el adoptando mayor de edad al momento de constituirse la adopción, el 23 de octubre de 2007, no concurrían los requisitos exigidos por el número 2º del art. 175 Cc para la aplicación de la excepción a la regla general que preside la institución de la adopción en nuestro Ordenamiento Jurídico que proclama la adopción de los menores de edad no emancipados.

III. Es decir, la decisión del Encargado del Registro Civil Consular debe enmarcarse en la obligación que le impone por el art. 27 LAI de reconocer incidentalmente la adopción constituida en el extranjero, valorando jurídicamente si los efectos de dicha adopción internacional se corresponden sustancialmente con los efectos de la adopción regulada en el Derecho español (art. 26.3º LAI). Y a propósito de esta cuestión cabe señalar que 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; y este último 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, y con la consiguiente ruptura radical de vínculos con la familia biológica, o de origen, 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 un poder especial otorgado el 17 de agosto de 2004 por Doña M., madre de D. E., a favor del recurrente para representarla y ejercer la guarda y custodia de hecho, se ha de concluir que no se produjo esa situación de “habitualidad” y no interrupción en la convivencia con anterioridad a que D. E. hubiera cumplido los catorce años. Consecuentemente, los efectos de la adopción constituida en la República Dominicana respecto del recurrente, al no presentar correspondencia de efectos con la regulada en el Derecho español, no puede acceder al Registro Civil Consular de España en S. [...]

Obs.: en el mismo sentido, DGRN, Resolución (2ª) de 4 de enero de 2010. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 16–19.

**DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE ADOPCIONES KAZAJAS RESPECTO DE
LAS QUE SE HA EJERCITADO DERECHO DE REVOCACIÓN**

2010/DGRN/6.— Resolución (7ª) de 26 de febrero de 2010. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 25–35.

Adopción.— Reconocimiento de adopción extranjera: adopción kazaja.— Derecho de revocación ejercitado ante juez kazajo.— Denegación de la inscripción.

[...] II. Como cuestiones previas de carácter procedimental, antes de entrar en el fondo del recurso, se han de examinar las dos siguientes: por un lado la posible acumulación de los dos recursos admitidos a trámite contra la misma resolución de la Encargada del Registro Civil de T. (Providencia de 16 de diciembre de 2008); y, por otro lado, la procedencia y competencia para resolver el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la propia recurrente respecto de las actuaciones realizadas por el citado Registro Civil en relación con la adopción internacional objeto de los citados recursos. En cuanto a la primera cuestión, la posible acumulación de los recursos requiere la concurrencia de dos requisitos: la competencia del mismo órgano para resolver (*cf.* art. 347 RRC) y la existencia de un nexo entre los distintos recursos por razón del título o causa de pedir (*cf.* arts. 72 LEC y 16 RRC). Pues bien, en el presente caso existe una evidente conexión entre los dos recursos entablados, que se refieren a unas mismas actuaciones registrales, por lo que al ser competente esta Dirección General para resolver uno y otro, es procedente su acumulación de oficio conforme permite el citado art. 347 RRC.

En efecto, no cabe duda en cuanto a la competencia de este Centro Directivo para resolver los recursos que los interesados presenten contra la calificación de los Encargados del Registro Civil en aplicación del art. 29 LRC. Tampoco cabe cuestionar la existencia de un título o causa de pedir conexo, a la vista de que en el primer recurso presentado mediante escrito de 14 de enero de 2009 contra la Providencia de 16 de diciembre de 2008 se solicitaba la suspensión de la inscripción de las adopciones, en el posterior de 5 de febrero de 2009 se anuncia una acción de nulidad de la adopción, solicitando se acuerde reformar la Providencia de fecha 16 de diciembre de 2008 dejando en suspenso la inscripción de nacimiento de la menores hasta que se resuelva sobre la nulidad de la adopción de las mismas, y “quede suspendido el plazo para apelar”; petición en la que insiste en el nuevo escrito suscrito por la promotora el 26 de febrero de 2009 en el Registro Civil de T. en el que formalmente formula recurso de apelación contra la repetida Providencia de 16 de diciembre de 2008. A pesar de las diferencias en el contenido preciso de la petición formulada en cada uno de estos escritos no cabe duda de la existencia de un nexo en la causa de pedir puesta de manifiesto en la coincidencia subjetiva de los interesados (adoptante y adoptados) y objetiva en cuanto a la finalidad buscada por la pretensión deducida en cada uno de ellos. Procede, por tanto, la acumulación de oficio de los recursos citados.

Ahora bien, distinto es el caso del nuevo escrito que la Sra. M. presenta el 16 de octubre de 2009 en el que se solicita que “se proceda a controlar la validez de la adopción de las menores”, dictando “resolución por la que se acuerde que dicha adopción no tiene validez en España”, pues, si bien es un principio básico de la legislación registral civil (*cf.* arts. 24 y 26 LRC y 94 RRC) el de procurar lograr la mayor concordancia posible entre el Registro Civil y la realidad extrarregistral, en desarrollo del cual se ha indicado repetidamente por la doctrina de este Centro Directivo que, mientras subsista ese interés público de concordancia, no juega en el ámbito del Registro Civil el principio de autoridad de cosa juzgada, pudiendo reiterar un expediente o actuación registral, incluida la calificación sobre cuestión ya decidida (*vid.* por todas Resoluciones de 4–3ª enero de 2002 y 11–2 diciembre de 2003), sin embargo, es igualmente cierto que una vez admitido a trámite los recursos interpuestos contra la Providencia de 16 de diciembre de 2008 queda sustraída la competencia del Encargado del Registro en relación con el acuerdo impugnado, acuerdo que sólo puede ser revisado por la vía de la resolución que recaiga en el propio procedimiento del recurso, resolución que pertenece al ámbito de la competencia de este Centro Directivo.

vo. Procede, pues, en este punto confirmar la providencia del Registro Civil de T. de 26 de octubre de 2009 reseñado en el ap. 13º de los hechos de esta resolución.

III. En cuanto al incidente de nulidad promovido por la recurrente mediante su escrito de 19 de noviembre de 2009, basado en el art. 240.2º LOPJ, referido a las actuaciones registrales realizadas por el mismo Registro Civil en el expediente de adopción internacional nº586 tramitado por el mismo, tampoco puede este Centro Directivo acoger favorablemente la pretensión anulatoria postulada, pues ésta tropieza con el hecho de que la Providencia de 16 de diciembre de 2008 no constituye un acto de trámite, sino la misma resolución de calificación de la adopción en el ámbito de las competencias que a los Encargados del Registro Civil corresponden sobre los Registros municipales a cargo de los Jueces de Paz en el marco del art. 46 RRC (cf. Directriz 10ª de la Instrucción de 28 de febrero de 2006, sobre competencia de los Registros Civiles municipales en materia de nacionalidad española y adopciones internacionales). Por lo tanto, en este sentido no se está en la fase previa a la resolución definitiva a que se refiere el art. 240 párrafo segundo de la LOPJ. Por ello, en el presente caso sería de aplicación, en la medida en que lo permita la aplicación supletoria de las normas procesales en el ámbito registral a que se refiere el art. 16 RRC, no el citado párrafo segundo, sino el primero del art. 240 de la citada LO, conforme al cual “La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales”.

Abunda en la misma solución el principio de economía procedimental que impone en sede registral el art. 354 RRC, regla de aplicación preferente en esta sede (cf. art. 16 RRC), al ordenar que se evite toda dilación o trámite superfluo con la causa, dilación que se derivaría inevitablemente de la retroacción de las actuaciones al momento previo al pronunciamiento de la Providencia recurrida, siendo así que en todo caso el control sobre su validez e inscribibilidad se puede hacer directamente mediante el presente recurso al revisar su conformidad a Derecho. Por lo demás, la nulidad interesada, por la vía del art. 240.2º sólo podría ser acordada por el propio Registro Civil de T. y no por este Centro Directivo, a quien lo que compete es la resolución de los recursos presentados.

IV. Por otro lado, en cuanto a la presentación en plazo de los recursos, se ha de observar que habiéndose dictado la Providencia apelada el 16 de diciembre de 2008, la recurrente compareció ante el Registro Civil el 5 de enero siguiente a fin de solicitar la suspensión de la inscripción, y si bien el escrito a que se dio trámite de recurso no lo formaliza hasta el 5 de febrero siguiente, esto es fuera del plazo de treinta días previsto por el art. 29 LRC, no consta fehacientemente la fecha en que se practicó la notificación, al haberse omitido este dato en la correspondiente diligencia, por lo que no hay términos hábiles para fijar el *die a quo* para el cómputo del plazo para la interposición del recurso.

Además, consta en las actuaciones una Providencia fechada el 28 de enero de 2009 en que se acuerda la notificación normal de la providencia que es objeto de recurso, de donde se deduce que al ser posterior la notificación del acto recurrido a dicha fecha, o en todo caso de la misma fecha, el recurso se formalizó dentro del plazo legal.

V. Analizadas y resueltas las anteriores cuestiones previas y formales, procede entrar en el fondo de los recursos. En defecto de todo instrumento internacional aplicable, las adopciones internacionales constituidas ante autoridades extranjeras surten efectos legales en España en la forma prevista por art. 26 LAI. Se trata de una norma que fija los requisitos necesarios para que una adopción internacional sea eficaz en España, incluyendo la determinación de la ley aplicable. Por tanto, la autoridad pública española ante la que se suscite la cuestión de la validez de una adopción constituida ante autoridad extranjera controlará, incidentalmente, la validez de dicha adopción en España a través del art. 26 LAI.

Esto es precisamente lo que ha de hacer el Encargado del Registro civil español al que se le solicita la inscripción de una adopción internacional, quien al calificar positivamente la documentación que se le presenta con la solicitud de inscripción realiza un reconocimiento incidental de la adopción internacional (vid. Consulta de la DGRN de 22 de diciembre de 2004), debiendo denegar la inscripción en caso de falta de la concurrencia de tales requisitos en aplicación de la Disposición Adicional Segunda de la LO

1/1996 de 15 enero, de protección jurídica del menor, conforme a la cual “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”, remisión que hoy ha de entenderse hecha a la citada LAI. En el mismo sentido el art. 27 de esta Ley dispone que “La autoridad pública española ante la que se suscite la cuestión de la validez de una adopción constituida por autoridad extranjera, y en especial, el Encargado del Registro Civil en el que se inste la inscripción de la adopción constituida en el extranjero, controlará, incidentalmente, la validez de dicha adopción en España con arreglo a las normas contenidas en esta Ley”.

En el presente caso se trata de la adopción que constituye una ciudadana española residente en España de tres menores kazajas nacidas en 1993, 1994 y 2001, respectivamente. La constitución formal de tales adopciones tuvo lugar mediante S 17 de octubre de 2008 del Tribunal nº2 del distrito K. de la ciudad de K. (Kazajstán), Sentencia que devino firme el 3 de noviembre de 2008. La cuestión planteada versa sobre la posible inscripción en el Registro Civil español de tales adopciones, cuestión que habría de resolverse en sentido positivo siempre que se pueda alcanzar la conclusión de su validez jurídica y su documentación auténtica, y siempre que la adopción kazaja pueda considerarse equivalente a la adopción española, y en sentido negativo en el caso contrario. En el presente caso, la Juez Encargada del Registro Civil ha estimado que tales condiciones concurren en el supuesto planteado por lo que acordó la práctica de las correspondientes inscripciones mediante la providencia recurrida, en tanto que es la propia madre adoptiva la que impugna tal decisión.

Ha de aclararse, con carácter previo, que esta decisión impugnativa no puede equivaler a un desistimiento válido y procedente de la previa solicitud de inscripción, ya que por evidentes razones del principio de concordancia del Registro con la realidad jurídica extraregistrarial (cf. arts. 15 y 26 LRC) no cabe admitir el desistimiento, pues este principio superior está sustraído a la voluntad de los interesados. Refuerza la anterior conclusión el carácter obligatorio con que se impone en nuestra legislación el deber de promover la inscripción en el Registro civil a los padres en relación con el nacimiento de sus hijos (cf. art. 43 LRC). Por lo demás, no ha de olvidarse que la inscripción de la adopción no tiene carácter constitutivo, sino que queda constituida en virtud de la propia resolución judicial que la acuerda (cf. art. 176.1º Cc).

VI. Dos son las razones en que, en esencia, se apoyan los recursos presentados para llegar a la conclusión de la falta de validez jurídica para el Derecho español de las adopciones cuestionadas: la falta de equivalencia entre las adopciones kazajas y las españolas, de un lado, y la revocabilidad de las adopciones constituidas, conforme a la propia legislación de Kazajstán. A fin de resolver este recurso se ha de partir de la premisa de que la validez jurídica será predicable en el supuesto de que la adopción respectiva se haya constituido ante autoridad kazaja competente en la forma establecida por la *lex loci* y que se haya aplicado la ley designada por el Ordenamiento jurídico kazajo, por ser de esta nacionalidad la autoridad que la constituyó (cf. art. 26 Ley 54/2007 y 11 Cc). Presupuesto lo anterior, la cuestión se centra en determinar si, dada la falta de ratificación por parte de Kazajstán del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional y la ausencia de Convenios bilaterales en la materia entre Kazajstán y España, es aplicable al caso la previsión, introducida en el ap. 2 del art. 26 Ley 54/2007, de Adopción Internacional que exige para el reconocimiento en España de la adopción constituida por autoridad extranjera, cuando el adoptante o el adoptado sean españoles, que sus “efectos jurídicos se correspondan, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en el Derecho español”, con independencia del nombre legal de la institución en el Derecho extranjero, principio de equivalencia de efectos—procedente de la regulación anterior contenida en el art. 9.5º Cc—, cuya aplicación al presente supuesto práctico requiere confrontar si los efectos de la adopción kazaja “se corresponden” con la adopción española, regulada por el Código civil.

Pues bien, sobre esta exigencia de “correspondencia de efectos” han recaído ya diversos pronunciamientos de esta Dirección General que, dado su valor interpretativo, resulta conveniente sistematizar:

Primero. Los “concretos efectos” de la adopción extranjera que se deben corresponder con los previstos por la Ley española son los siguientes:

1. Establecimiento del mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza. Se trata de un efecto absolutamente fundamental. La adopción debe ser en este sentido “una institución que procura el desarrollo integral del niño en el seno de una familia estableciendo el mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza” (cf. Resoluciones de 4-3ª de octubre de 1996, 30 de marzo de 1999, 9-9ª de septiembre de 2002, y 24-3ª de septiembre de 2002).

2. Extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art. 178 Cc), como ha señalado esta DGRN (cf. Resoluciones de 19 de mayo de 2001, 5-2ª de abril de 2000, 30 de marzo de 1999, 9-9ª de septiembre de 2002, y 4 de julio de 2005). Se trata de un efecto paralelo al anterior basado en la idea de que la filiación es indivisible y no compartida entre dos familias.

3. Carácter irrevocable de la adopción. Así lo proclama con claridad el art. 180 Cc en su n° 1 conforme al cual “La adopción es irrevocable”, y así lo ha venido interpretando la doctrina oficial de este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 1-2ª de septiembre 1995, 9-9ª de septiembre de 2002, y Consulta DGRN 22 de diciembre de 2004, entre otras). Una adopción revocable por los particulares no podrá acceder a los Registros españoles. Ahora bien, el mismo art. 26.2º LAI prevé que “Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil”, con lo que la adopción extranjera, cumplida tal condición, puede inscribirse en los Registros españoles y surte efectos en España (vid. Resolución de 6-2ª de mayo de 2000). En el caso de las revocaciones judiciales o decretadas por la autoridad judicial, es necesario un estudio caso por caso en función de las causas a que pueda responder dicha revocación, partiendo en todo caso del dato de referencia de que incluso los supuestos de extinción judicial de la adopción presenta en nuestro Derecho un carácter excepcionalísimo, limitado a los casos en que el padre o la madre, sin culpa suya, no hubieren tenido la intervención en el expediente de adopción que prevé el Código civil – art. 180.2º Cc (cf. Resoluciones de 11-1ª de marzo de 1997, 30 de marzo de 1999, y Consulta DGRN de 2 de diciembre de 2004).

En segundo lugar, la “correspondencia de efectos” no debe ser absoluta o total, pero sí “fundamental”, y en este sentido resulta más apropiado hablar de “equivalencia” que de “igualdad” de efectos (cf. Resoluciones de 9-9ª de septiembre de 2002, 24-3ª de septiembre 2002 y Consulta DGRN de 2 de diciembre de 2004).

VII. Pues bien, existen “adopciones extranjeras” cuyos efectos no son equiparables a los que produce la adopción regulada en España y que, por tanto, no surten efectos en España como “adopciones”. Este es el caso de las denominadas “adopciones simples” o “menos plenas”.

El caso al que se refiere el presente recurso es el de la adopción regulada por la legislación de Kazajstán y, en definitiva, se centra en determinar si los efectos que dicha legislación atribuye a las adopciones constituidas a su amparo se corresponden o no con los previstos por la legislación española a los efectos de lo establecido en el art. 26.2º LAI – vigente en el momento de la constitución de la adopción –, esto es, a fin de poder reconocer tales adopciones en España, condición necesaria previa a su inscripción en el Registro Civil español (vid. LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor).

A fin de dar respuesta a este interrogante examinaremos cada uno de estos tres aspectos antes señalados de forma separada.

1. Establecimiento del mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza. Este es un requisito, como antes se indicó, absolutamente fundamental, esencial y que no admite excepción o modulación alguna. Requisito que no hay dificultad alguna en entender concurrente en el caso de las adopciones kazajas a la vista de lo dispuesto al respecto por la Ley de la República de Kazajstán sobre el Matrimonio y la Familia de 17 de diciembre de 1998 – según el conocimiento oficial adquirido de la misma por este Centro Directivo a través de la traducción al español de su original ruso que procedente de la Embajada de España en Kazajstán se ha recibido a través de comunicación de la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares –. Así el art. 89.1º de la citada Ley dispone que “Los hijos adoptados y sus descendientes en relación con sus padres adoptivos y sus familiares, al igual que los padres

adoptivos y sus familias en relación con sus hijos adoptados y sus descendientes obtienen los mismos derechos y responsabilidades personales tanto patrimoniales como no patrimoniales, como cualquier otro familiar de origen”. Por lo demás, también el “contenido” de la filiación es similar en cuanto a derechos y deberes en el Derecho kazajo y en el Derecho español, al no preverse ninguna restricción respecto de los adoptados en materia de orden sucesorio, derechos legitimarios, derecho de alimentos, formas de ejercicio de la patria potestad, etc. Es cierto, como señala la recurrente, que en el presente caso, según se desprende de la sentencia de adopción, el padre biológico de las menores adoptadas renunció a sus derechos paternales por escrito ante notario con carácter previo al proceso de adopción, y que estas renunciaciones no son válidas para el Derecho español. Como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 21 de abril de 2005 “conforme al art. 12.3º Cc en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público español, siendo así que en nuestro Derecho es de orden público el carácter irrenunciable no sólo de la patria potestad, sino del conjunto de facultades y deberes que integran su estatuto, según se desprende claramente no sólo de un principio general de nuestro Derecho, sino también de la regulación positiva de las causas de extinción de la patria potestad, causas que no son otras que la muerte o fallecimiento de los padres o del hijo, la emancipación y la adopción del hijo (cf. art. 169 Cc). Fuera de tales casos nuestro Ordenamiento jurídico no reconoce otras causas de extinción de la patria potestad ni de atribución a terceros de la patria potestad correspondiente a ambos progenitores”. Pero hay que recordar que, tratándose de un supuesto de renuncia previo a un proceso de adopción, que viene a suplir el asentimiento para la adopción de los padres del adoptando exigido por el art. 177.2.2ª Cc español, la correspondencia de efectos exigida por el art. 26.2 LAI española no es absoluta, por lo que se debe entender como equivalencia sustancial y no como igualdad total, equivalencia que, en este caso, a la vista del precepto transcrito de la Ley kazaja sobre el Matrimonio y la Familia no puede negarse.

2. Extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. Se trata de un efecto que resulta en el Derecho español inequívocamente de lo dispuesto en el art. 178.1º Cc: “La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior”. Se trata de un efecto complementario y paralelo al anterior por partirse de la premisa de que la filiación es indivisible y que, como regla general, no puede ser compartida por dos familias.

Nuevamente es ilustrativo sobre este punto el art. 89 de la reseñada Ley kazaja, cuyo apartado segundo establece que “Los hijos adoptados pierden sus derechos personales patrimoniales y no patrimoniales y se liberan de las responsabilidades en relación con sus padres (familiares) biológicos”, de donde se deriva la existencia de un efecto de ruptura de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen. Es cierto, como señala la recurrente, que a tal norma se prevé una excepción en el apartado tercero del mismo artículo en los casos de adopción de un menor por parte de una sola persona, en cuyo caso, “los derechos y responsabilidades personales tanto patrimoniales como no patrimoniales pueden ser conservados, si así lo desea la madre biológica si el adoptante es un hombre o, según expreso deseo del padre biológico si el adoptante es una mujer”. Pero tampoco esta previsión es contraria al principio de equivalencia de efectos toda vez que también en nuestro Derecho se admite junto con los supuestos de adopciones de “sustitución total”, bien de carácter doble (en que se sustituye el doble vínculo de la filiación natural materna y paterna por otro vínculo doble en los casos de adopción conjunta por dos personas admitidos legalmente), bien de carácter simple (en que el doble vínculo de la filiación natural se sustituye por una única relación de filiación), existen otros supuestos de adopciones de “sustitución parcial”, previstas legalmente en los casos en que “el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido” y cuando “sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir” (cf. art. 178.2º Cc), supuestos que demuestran que el requisito de la ruptura de vínculos con la familia anterior no es absoluto, sino sujeto a ciertas excepciones, lo que permite introducir un factor de flexibilidad en la interpretación de este extremo siempre que quede salvaguardada la finalidad que se persigue por el art. 26.2º LAI con el requisito de la “correspondencia de efectos”.

3º. Finalmente, se exige que la adopción constituida ante autoridad extranjera tenga carácter irrevocable. Así resulta del art. 180.11 Cc que categóricamente dispone que “La adopción es irrevocable”. En la legislación kazaja se admite, sin embargo, la revocación de la adopción en términos de cierta amplitud en los arts. 95 ss Ley sobre el Matrimonio y la Familia de 1998. En cuanto a las causas, se prevén como tales no sólo los supuestos en que los adoptantes eluden sus responsabilidades como padres adoptivos, abusan de sus derechos, maltratan a los menores adoptivos, atentan contra su integridad sexual o son reconocidos como enfermos alcohólicos, drogadictos o toxicómanos, sino también “*por otros motivos*” (que no se concretan en la Ley), en base a los intereses del menor (cf. art. 95 de la citada Ley). En cuanto a la forma de llevar a cabo la revocación, la reiterada Ley kazaja prevé que “la revocación de la adopción de un menor se realiza mediante la vía judicial” (cf. art. 96.1º). Pues bien, como ha indicado la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en los Vistos), ha de distinguirse en esta materia entre los supuestos de revocación voluntaria por parte de/los adoptante/s de aquellos otros en que la revocación tiene lugar por resolución judicial. Son los primeros en los que la imposibilidad del acceso de la adopción internacional al Registro Civil español es manifiesta, salvo que se formalice la renuncia a la revocación en la forma prevista por el art. 26.2º Ley 54/2007, conforme al cual “Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil”. Por el contrario, en el caso de las revocaciones judiciales, se hace preciso, a fin de verificar la concordancia o equivalencia de efectos con la adopción española, realizar un estudio detallado de las causas concretas que podrán ser invocadas ante el Tribunal para obtener la revocación e, incluso, de las reglas de legitimación procesal activa.

En el caso de las adopciones kazajas vemos cómo, por un lado, la enunciación de las causas de revocación, en alguno de sus extremos, es muy amplia, y, por otro lado, lo cual es decisivo a estos efectos, se incluye a los adoptantes entre los legitimados procesalmente para promover la acción de revocación, correspondiéndole la postulación activa que le atribuye el art. 97 Ley sobre el Matrimonio y la Familia, que reconoce “el derecho de solicitar la revocación de la adopción” a los “padres biológicos, sus padres adoptivos, el propio menor mayor de 14 años, órganos de tutela y tutoría, al igual que al Ministerio Fiscal en interés del menor”. Vista tal regulación se alcanza la conclusión de la relevancia suficiente que, a fin de impedir un juicio favorable de equivalencia de efectos entre la adopción kazaja y la española, presenta la admisión de las causas de revocación analizadas, salvo que medie la renuncia al ejercicio de la facultad de revocación por parte de la madre adoptiva antes del traslado de la menor a España, conforme a la exigencia del reiterado art. 26.2º Ley española de Adopción Internacional.

En el presente caso no sólo es que no conste de forma fehaciente que la madre adoptiva haya renunciado al ejercicio de la facultad de revocación, que además debería haberse producido antes del traslado de las menores a España, sino que por el contrario consta su voluntad contraria a la renuncia de manera reiterada en las actuaciones seguidas: desde su comparecencia ante el Registro Civil de T. del 14 de enero de 2009 en que manifiesta su falta de conformidad con la sentencia de adopción; y desde la presentación de su escrito de 5 de febrero de 2009 en que expresa su intención de ejercitar acciones de nulidad contra dicha sentencia. Propósito que concretó mediante la presentación de una demanda de revocación ante el Juzgado nº2 del Distrito de K. de la ciudad de K. (Kazajstán), la cual fue estimada por Sentencia de dicho Tribunal de 14 de diciembre de 2009, devenida firme el 30 de diciembre de 2009, por la que se resuelve “Revocar la adopción realizada por M. en relación con las tres menores a que se refiere este recurso, a las que se restablece en virtud de la citada Sentencia los nombres y apellidos que ostentaban con anterioridad, y se obliga a la Sra. M. a que “entregue a las menores bajo la custodia del órgano de tutela y tutoría, con el posterior traslado de éstas a la Casa del Niño “A”. Todo ello lleva a este Centro Directivo a la conclusión de que las adopciones constituidas con arreglo al vigente Derecho kazajo en el caso examinado no cumplen la regla de “correspondencia de efectos” impuesta por el art. 26.1 de la vigente Ley española 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y, por tanto, no pueden ser reconocidas en España como verdaderas adopciones en el sentido pleno del término propio del Derecho español ni, en consecuencia, ser inscritas en el Registro Civil español. [...]

FILIACIÓN POR NATURALEZA

RECONOCIMIENTO DE HIJO: NECESARIA DESTRUCCIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

2010/DGRN/7.– Resolución (3ª) de 24 de febrero de 2010. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 5–7.

Filiación por naturaleza.– Reconocimiento de hijo.– Subsistencia de la presunción de filiación matrimonial.– Denegación de la inscripción.

[...] II. Pretende el promotor inscribir el nacimiento de su hijo, acaecido en Cuba en 2000, cuando la madre estaba casada con persona distinta del solicitante. La inscripción del niño en el Registro Civil local se practicó al día siguiente de su nacimiento, constando en ella como padre del nacido el declarante, quien a su vez nació en Cuba y es hijo de padre español, habiéndose realizado su inscripción de nacimiento en el Registro Civil español en 2007. El marido de la madre en el momento del nacimiento del niño que ahora se pretende inscribir, era un ciudadano cubano, F.. El divorcio tuvo lugar por sentencia de 7 de noviembre de 2003 (ó 2002, según distintos justificantes) y la madre contrajo matrimonio con el promotor del expediente el 9 de enero de 2008. El encargado del Registro Civil consular dictó auto denegando la inscripción de nacimiento del menor por no resultar acreditada su filiación respecto de un español, dado que en el momento del nacimiento subsistía el matrimonio anterior de la madre con un ciudadano cubano. Dicho auto constituye el objeto del presente recurso.

III. La cuestión a dilucidar en las presentes actuaciones es la de la filiación, matrimonial o no, del menor, puesto que de ella depende que se pueda practicar la inscripción de nacimiento en el Registro Civil español, que solo procederá si se estima que es hijo de padre español, condición que no concurre en el marido de la madre en el momento del nacimiento y sí en el solicitante, presunto padre biológico del niño. La solución que deba adoptarse exige que, previamente, se determine si la presunción de paternidad matrimonial (*cf.* art. 116 Cc) queda o no destruida con las declaraciones formuladas y las pruebas aportadas.

IV. En principio, hay que tener en cuenta que, si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de Transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (*cf.* art. 113 Cc) de la presunción de paternidad del marido de la madre del art. 116 Cc mientras la misma no llegue a desvirtuarse (*cf.* arts. 386 LEC). Desde el momento en que se solicita la inscripción de una filiación está cumplido el requisito exigido para admitir como prueba la presunción de paternidad del marido (*cf.* arts. 113 Cc y 2 LRC).

V. En este caso, del examen de las circunstancias que concurren resulta lo siguiente: que cuando nace el menor la madre estaba casada con persona distinta del que dice ser padre biológico; que el nacimiento tuvo lugar en 2000 y el divorcio de los padres se declaró en 2003 (según la inscripción de la madre en el Registro) o en 2002 (según certificado del tribunal que dictó la sentencia); que la inscripción de nacimiento del niño se practicó, constante el matrimonio anterior, sin más trámite que la simple comparecencia de los padres, lo que no deja de plantear dudas sobre la legalidad de la inscripción conforme a la legislación española (*cf.* art. 23.2º LRC) y el cumplimiento de las condiciones exigidas (*cf.* art. 23 LRC y 85 RRC) para dar fe de la filiación del inscrito; que, si bien se afirma que la separación de hecho del primer matrimonio de la madre se produjo mucho antes de la disolución legal del mismo, no se aportan pruebas que acrediten suficientemente cuándo se produjo tal separación y, aun en el caso de que se tuvieran por ciertas las declaraciones realizadas en el sentido de que la madre convive con el promotor desde el 25 de junio de 1999, resultaría que desde esa fecha y hasta el nacimiento del niño no habían transcurrido todavía los 300 días que establece el arriba citado art. 116 Cc. De ahí que la filiación No matrimonial pretendida no pueda quedar determinada en este caso por la vía del expediente gubernativo, sino que deberá acudir para ello a la judicial ordinaria.

Obs.: en el mismo sentido, Resoluciones (1ª) de 25 de febrero de 2010. *BIMJ*, Resoluciones de la

DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 9–11; y (3ª) de 26 de febrero de 2010, *id.*, pp. 12–14.

RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

2010/DGRN/8.– Instrucción de 5 de octubre de 2010. BOE, 7-X-2010.

Gestación por sustitución.– Filiación.– Inscripción registral.– Necesidad de resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

La Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece en su art. 10.1 que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Para estos casos, en el párrafo segundo de dicho precepto se prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. En efecto, el art. 10.3º de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en los arts. 764 ss de la LEC, siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el 22 LOPJ.

Pese a que, como se ha indicado, la legislación española regula otras vías legales que permiten la atribución de paternidad del nacido, ante esta Dirección General ciudadanos españoles han interpuesto recurso contra resoluciones de distintos encargados de Registros civiles consulares, que deniegan la inscripción del nacimiento de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación de sustitución, han renunciado a su filiación materna.

Esta Dirección General ya dictó una Resolución fechada el 8 de febrero de 2009 en la que se ordenaba la inscripción en el Registro Civil de un nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución. La inscripción registral practicada en ejecución de la referida Resolución ha sido recurrida en sede judicial.

Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la presente Instrucción, contemplado desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, nº 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en STS 21 de septiembre de 1999.

Junto a los del menor, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres.

Dentro de las competencias de ordenación y dirección que ostenta la DGRN sobre los Registros civiles en virtud de las atribuciones que le confiere el art. 9 LRC y 41 RRC, mediante la presente Instrucción se fijan las directrices para la calificación de los Encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por ciudadanos españoles, de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución. A estas directrices deberá ajustarse la práctica registral en esta materia en beneficio de su conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica.

Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el art. 10.3º Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

En relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación del menor, dictada por Tribunal extranjero, la presente Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo. De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los arts. 954 y siguientes de la LEC/1981, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC/2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el executó de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el art. 955 LEC/1981 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del executó, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

En definitiva, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el executó de ésta de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción.

En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por executó, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el art. 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana y artículos 764 y siguientes de la LEC.

En consecuencia, esta Dirección General, en ejercicio de las competencias que le vienen atribuidas por el art. 9 LRC, 41 de su Reglamento y 7 RD 1125/2008, de 4 de junio, ha acordado establecer y hacer públicas las siguientes directrices:

Primera.—1. 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.

2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de ejecución según el procedimiento contemplado en la LEC/1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de ejecución.

3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Segunda.—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.

Obs.: Vid. M. Guzmán zapater, “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, en este tomo del Anuario, *supra*, pp. 731–743.

MATRIMONIO

INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO EXTRANJERO (MARROQUÍ) QUE NO RESPONDE A LA FORMA EXTRANJERA POR NO HABERSE OBTENIDO EL CERTIFICADO DE CAPACIDAD MATRIMONIAL ESPAÑOL

2010/DGRN/9. – Resolución (1ª) de 1 de julio de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 1–2.

Matrimonio.— Celebración del matrimonio entre español y marroquí según forma islámica marroquí.— **Inscripción de matrimonios extranjeros.**— Falta de acreditación de legalidad de la forma.— **Ausencia de certificado de capacidad emitido por autoridad española para contrayente español.**— Denegación de la inscripción.

[...] II. Cualquier español puede contraer matrimonio en el extranjero “con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración” (*cf.* art. 49.II Cc) pero, aunque la forma sea válida, para poder practicar la inscripción es necesario comprobar que han concurrido los requisitos legales de fondo exigidos para la validez del vínculo (*cf.* art. 65 Cc), comprobación que puede hacerse mediante la calificación de la “certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración” (*cf.* art. 256 n° 3 RRC) en las condiciones establecidas por dicho precepto reglamentario o, en ausencia de título documental suficiente, a través del expediente previsto en el art. 257 RRC.

III. En este caso concreto, en el que se pretende inscribir un matrimonio celebrado en Marruecos el 6 de mayo de 2005 entre una marroquí española de origen por ser hija de madre española y un marroquí, ha sucedido que, al no reconocer las autoridades locales validez a la nacionalidad de origen, el contrayente español se ha casado como marroquí y, en consecuencia, no se le ha exigido el certificado de capacidad, obligatorio en los matrimonios mixtos. Pero las autoridades españolas no pueden examinar la cuestión del mismo modo porque, en estos supuestos de doble nacionalidad de facto, de un español que ostenta además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales, prevalece en todo caso la nacionalidad española (*cf.* art. 9 n° 9 Cc). Por tanto, para el ordenamiento jurídico español, se trata de un matrimonio de español celebrado en el extranjero con contrayente extranjero y, presupuesta para tal caso la exigibilidad por parte de la ley marroquí de un certificado de capacidad matrimonial del extranjero, no cabe reconocer como título inscribible la mera certificación de la autoridad extranjera, por lo que, prescindiendo de la posible extralimitación reglamentaria del art. 256 n° 3 RRC respecto del art. 73, párrafo segundo de la Ley, la aplicación de tal precepto tropieza con la excepción reconocida en el art. 252 del propio Reglamento que impone, para los casos en él contemplados y en cuyo tipo normativo se subsume el que es objeto del presente recurso, la previa tramitación de expediente registral, a fin de obtener certeza sobre la capacidad matrimonial del contrayente español. Y ello debe mantenerse tanto si se considera que el citado art. 252 del Reglamento constituye una norma material de extensión inversa o ad intra para los supuestos internacionales en ella previstos, por efecto de la cual se “interiorizan” las normas de los ordenamientos jurídicos extranjeros que exigen el certificado de capacidad matrimonial, como si se entiende que, partiendo de la condición de español del contrayente, no se han observado las exigencias para la celebración del matrimonio de la forma prevista por la *lex loci*. [...]

Obs.: En el mismo sentido, DGRN, Resolución (2ª) de 21 de octubre de 2009, *BIMJ*. Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 81–82; (3ª) de 28 de octubre de 2009, *id.*, pp. 108–110; (1ª) de 11 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 134–136; (3ª) de 1 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 215–217; (3ª) de 11 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 268–269; Resoluciones (2ª) de 14 de enero de 2010, *BIMJ*. Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo de 2011, pp. 102–103; (3ª) de 15 de enero, *id.*, pp. 218–220; (7ª) de 28 de enero de 2010, *id.*, pp. 106–107; (7ª) de 2 de febrero de 2010, *id.*, pp. 108–109; (5ª) de 3 de febrero de 2010, *id.*, pp. 110–111; (4ª) de 16 de febrero de 2010, *id.*, pp. 220–222; (7ª) de 23 de febrero de 2010, *id.*, pp. 223–225.

CONTROL DEL FRAUDE EN LOS MATRIMONIOS EXTRANJEROS

2010/DGRN/10.– Resolución (2ª) de 1 de julio de 2009. *BIMJ*. Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 2–4.

Matrimonio.– Celebración del matrimonio ante autoridad extranjera.– Inscripción de matrimonios extranjeros.– Control del fraude por autoridad registral española.– Inscripción.

[...] II. En el expediente previo para la celebración del matrimonio es un trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el Instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (*cf.* art. 246 RRC).

III. La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios objetivos, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (*cf.* arts. 45 y 73.1º Cc).

IV. Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (*cf.* art. 386 LEC).

V. En el caso actual los hechos comprobados por medio de las audiencias reservadas no tienen entidad suficiente como para deducir que no ha concurrido un verdadero consentimiento matrimonial. Si se comparan las declaraciones de uno y otro contrayente no se advierten contradicciones sino coincidencias en las respuestas dadas a las preguntas que se le formularon, lo que no proporciona elementos de juicio necesarios para deducir una utilización fraudulenta del matrimonio, así coinciden en como y dónde se conocieron, gustos, enfermedades que padece cada uno, etc. Por otra parte, los interesados aportan numerosas pruebas de que su relación se ha mantenido en el tiempo. Por tanto, aunque como informa el Encargado del Registro Consular es posible la falta de intención de contraer matrimonio a los fines propios de dicha institución, lo cierto es que no existen elementos de juicio para afirmarlo con suficiente grado de certeza.

VI. Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta de obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aún en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9-2ª de octubre de 1993, “ante tal opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha elegido la primera alternativa”. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (*cf.* art. 74 Cc) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto”. [...]

Obs.: en el mismo sentido, Resoluciones (4ª) de 6 de julio de 2009, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 32-33; (1ª) (4ª) y (5ª) de 29 de julio de 2009, *id.*, pp. 134-145, 139-141 y 141-143; (2ª) de 30 de julio de 2009, *id.*, pp. 149-150; 85ª) de 14 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 308-310; (4ª) de 28 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 381-382; (2ª) y (3ª) de 30 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 385-387 y 388-389; (2ª) de 20 de octubre de 2009, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 73-75; (1ª) de 27 de octubre de 2009, *id.*, pp. 96-97; (2ª) de 2 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 120-121; (1ª) de 6 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 131-132; (3ª) de 13 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 148-149; (2ª) de 27 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 196-197; (4ª) de 30 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 210-211; (1ª) de 7 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 235-236; (3ª) de 15 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 282-284; (1ª) de 16 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 289-281; (1ª) de 17 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 293-295; (3ª) de 22 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 309-310; (4ª) de 5 de enero de 2010, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo de 2011, pp. 389-391; (3ª) de 11 de enero de 2010, *id.*, pp. 391-393; (4ª) de 20 de enero de 2010, *id.*, pp. 393-395; (3ª) de 21 de enero de 2010, *id.*, pp. 104-105; (7ª) y (8ª) de 10 de febrero de 2010, *id.*, pp. 395-397 y 397-399; (6ª) de 15 de febrero de 2010, *id.*, pp. 399-401; (12ª) de 22 de febrero de 2010, *id.*, pp. 404-405; (2ª) de 23 de febrero de 2010, *id.*, pp. 406-407; (6ª) de 24 de febrero de 2010, *id.*, pp. 408-409; (4ª) de 26 de febrero de 2010, *id.*, pp. 410-412.

2010/DGRN/11. – Resolución (2ª) de 2 de julio de 2009. BIMJ. Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 6–7.

Matrimonio.– Celebración del matrimonio ante autoridad extranjera.– Inscripción de matrimonios extranjeros.–Control del fraude por autoridad registral española.– Denegación de la inscripción.

[...] II. El llamado matrimonio de complacencia es indudablemente nulo en nuestro derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (*cf.* arts. 45 y 73.1º Cc). Para evitar en la medida de lo posible la existencia aparente de estos matrimonios y su inscripción en el Registro Civil, esta Dirección General dictó en su momento la Instrucción de 9 de Enero de 1995 y recientemente la de 31 de enero de 2006, dirigidas a impedir que algunos extranjeros obtengan la entrada en España o regularicen su estancia en ella por medio de un matrimonio simulado con ciudadanos españoles.

III. Las Instrucciones citadas tratan de evitar que esos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse dentro del territorio español, recordando la importancia que en el expediente previo a la celebración del matrimonio tiene el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente (*cf.* art. 246 RRC), como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace (*cf.* arts. 56, I, Cc y 245 y 247 RRC), entre ellos, la ausencia de consentimiento matrimonial. Pues bien, análogas medidas deben adoptarse cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la *lex loci*. El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales –sin excepción alguna– para la celebración del matrimonio (*cf.* art. 65 Cc) y esta comprobación, si el matrimonio consta por “certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración” (art. 256.3º RRC), requiere que por medio de la calificación de ese documento y “de las declaraciones complementarias oportunas” se llegue a la convicción de que no hay dudas “de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española”. Así lo señala el art. 256 del Reglamento, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un Registro extranjero, establecen los arts. 23, II, de la Ley y 85 de su Reglamento.

IV. Esta extensión de las medidas tendentes a evitar la inscripción de matrimonios simulados, por más que hayan sido celebrados en el extranjero, viene siendo propugnada por la doctrina de este Centro Directivo a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995, debiendo denegarse la inscripción cuando existan una serie de hechos objetivos, comprobados por las declaraciones de los propios interesados y por las demás pruebas presentadas, de las que sea razonable deducir según las reglas del criterio humano (*cf.* art. 386 LEC) que el matrimonio es nulo por simulación.

V. En este caso concreto se trata de inscribir un matrimonio celebrado en Colombia entre un español y una ciudadana colombiana y del trámite de audiencia reservada practicada a los contrayentes, resultan determinados hechos objetivos de los que cabe deducir que el matrimonio celebrado no ha perseguido los fines propios de esta institución. Ninguno de los dos sabe la fecha de nacimiento completa del otro. Difieren en cuando y como iniciaron su relación sentimental, en la frecuencia de la comunicación entre ambos, en cuando y como decidieron contraer matrimonio en los regalos que se han hecho, en el lugar donde contrajeron matrimonio, etc. Discrepan en el nombre y número de hermanos de cada uno, en el nombre de los hijos de cada uno, comidas preferidas, aficiones, enfermedades y tratamiento médico, teléfonos, con quien convive cada uno, profesión, ingresos, ayuda económica que se prestan. Por otra parte y sin que sea determinante existe una acusada diferencia de edad entre los interesados, siendo el interesado 33 años mayor que la interesada. No aportan prueba alguna de su relación. Todo ello hace pensar que el matrimonio proyectado no tiene los fines propios de esta institución sino otros muy probablemente de carácter migratorio.

VI. De estos hechos, es una deducción razonable y en modo alguno arbitraria entender que el matrimonio es nulo por simulación. Así lo han estimado el Encargado del Registro Consular, quien por su inmediación a los hechos es el que más fácilmente pueden apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos. Esta conclusión, obtenida en momentos cronológicamente más próximos a la celebración del

matrimonio, no quedaría desvirtuada por un expediente posterior, el del art. 257 RRC, del cual debe prescindirse por razones de economía procesal (*cf.* art. 354 RRC), si es que se estima que, además de la vía judicial, quedara abierto este camino ante la denegación adoptada en la calificación efectuada por la vía del art. 256 del Reglamento. [...]

Obs.: en el mismo sentido, Resoluciones (4ª) de 2 de julio de 2009, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 9–11; (6ª) de 3 de julio de 2009, *id.*, pp. 22–24; (2ª) 83ª) (6ª) (9ª) y (10ª) de 6 de julio de 2009, *id.*, pp. 28–29, 30–31, 38–40, 43–45 y 45–47; (1ª) (4ª) y (6ª) de 8 de julio de 2009, *id.*, pp. 53–55, 57–59 y 61–62; (1ª) de 10 de julio de 2009, *id.*, pp. 67–69; (3ª) y (4ª) de 15 de julio de 2009, *id.*, pp. 80–83– y 83–85; (1ª) de 16 de julio de 2009, *id.*, pp. 87–89; (4ª) y (5ª) de 21 de julio de 2009, *id.*, pp. 105–107 y 107–109; (1ª) de 27 de julio de 2009, *id.*, pp. 121–123; (2ª) de 28 de julio de 2009, *id.*, pp. 128–130; (3ª) de 29 de julio de 2009, *id.*, pp. 137–138; (1ª) (3ª) (5ª) (7ª) y (9ª) de 30 de julio de 2009, *id.*, pp. 147–149, 151–152, 154–156, 158–160 y 161–163; (9ª) de 31 de julio de 2009, *id.*, pp. 178–180; (12ª) (14ª) (16ª) y (17ª) de 1 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 207–209, 211–213, 215–217 y 217–219; (6ª) (7ª) (8ª) (10ª) y (11ª) de 2 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 236–238, 238–240, 240–242, 244–246 y 247–248; (3ª) (4ª) y (7ª) de 3 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 257–259, 260–262, 265–267; (1ª) de 7 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 279–280; (1ª) de 11 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 297–299; (3ª) de 14 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 305–307; (1ª) (2ª) y (3ª) de 15 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 310–312– 312–314 y 314–316; (3ª) (4ª) (5ª) y (6ª) de 16 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 320–321, 322–323, 324–325 y 326–326; (2ª) de 17 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 330–331; (3ª) (5ª) y (6ª) de 21 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 343–345, 346–348 y 348–350; (2ª) de 22 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 352–354; (1ª) de 23 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 357–359; (1ª) y (3ª) de 24 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 361–363 y 365–366; (1ª) de 25 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 367–368; (3ª) de 7 de octubre de 2009; *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 22–24; (2ª) y (3ª) de 8 de octubre de 2009, *id.*, pp. 29–31 y 31–33; (2ª) de 9 de octubre de 2009, *id.*, pp. 36–37; (1ª) (2ª) y (3ª) de 13 de octubre de 2009, *id.*, pp. 40–42, 42–44 y 44–46; (2ª) de 14 de octubre de 2009, *id.*, pp. 52–54; (1ª) de 21 de octubre de 2009, *id.*, pp. 79–80; (2ª) y (3ª) de 22 de octubre de 2009, *id.*, pp. 88–90 y 90–92; (1ª) de 26 de octubre de 2009, *id.*, pp. 94–96; (2ª) (3ª) de 27 de octubre de 2009, *id.*, pp. 98–99 y 100–102; (1ª) de 28 de octubre de 2009, *id.*, pp. 104–105; (1ª) de 29 de octubre de 2009, *id.*, pp. 111–113; (1ª) de 30 de octubre de 2009, *id.*, pp. 114–116; (1ª) de 3 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 121–123; (1ª) y (2ª) de 4 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 123–125 y 125–127; 82ª) de 5 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 129–130; (1ª) de 10 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 132–134; (1ª) de 12 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 132–134; (1ª) (4ª) de 13 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 144–146 y 150–152; (1ª) (2ª) y (3ª) de 17 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 157–158, 159–160 y 160–161; (1ª) de 19 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 164–166; (1ª) de 20 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 168–169; (5ª) de 24 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 182–183; (1ª) de 26 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 188–190; (1ª) (3ª) y (4ª) de 27 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 194–195, 197–199 y 199–201; (2ª) y (3ª) de 30 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 205–207 y 208–209; (2ª) y (4ª) de 1 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 213–215 y 217–219; (1ª) de 2 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 222–224; (1ª) de 3 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 227–229; (1ª) de 4 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 232–234; (7ª) de 7 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 244–246; (1ª) de 9 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 248–250; (2ª) (3ª) y (4ª) de 10 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 255–257, 257–259 y 259–261; (1ª) de 11 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 263–265; (1ª) de 14 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 273–275; (2ª) de 15 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 280–282; (2ª) de 16 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 291–293; (1ª) de 18 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 297–298; (3ª) y (4ª) de 21 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 302–304 y 307–309; (2ª) (3ª) y (4ª) de 23 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 312–314, 314–316 y 316–318; (5ª) de 4 de enero de 2010; *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo de 2011, pp. 225–227; (4ª) de 7 de enero de 2010, *id.*, pp. 227–230; (1ª) (2ª) y (3ª) de 8 de enero de 2010, *id.*, pp. 230–232, 232–234 y 234–237; (2ª) de 12 de enero de 2010, *id.*, pp. 237–239; (3ª) y (4ª) de 13 de enero de 2010, *id.*, pp. 239–241 y 241–244; (3ª) de 14 de enero de 2010, *id.*, pp. 244–246; (5ª) de 15 v 246–249; (2ª) y (3ª) de 19 de enero de 2010, *id.*, pp. 249–252 y 252–254; (1ª) y (2ª) de 20 de enero de 2010, *id.*, pp. 254–257 y 257–259; (1ª) (4ª) y (5ª) de 21 de enero de 2010, *id.*, pp. 260–262, 263–265 y 265–267; (1ª) de 22 de enero de 2010, *id.*, pp. 267–269; (1ª) (2ª) y (4ª) de 26 de enero de 2010, *id.*, pp. 269–271, 272–274 y 274–277; (1ª) y (3ª) de 27 de enero de 2010, *id.*, pp. 277–280 y 280–282; (1ª) (5ª) y (6ª) de 28 de enero de 2010, *id.*, pp. 282–284, 285–287 y 287–289;

(1ª) (2ª) (3ª) y (4ª) de 29 de enero de 2010, *id.*, pp. 289–291, 292–294, 294–296 y 297–299; (4ª) y (5ª) de 1 de febrero de 2010, *id.*, pp. 299–301 y 302–303; (3ª) (4ª) y (6ª) de 2 de febrero de 2010, *id.*, pp. 304–306, 306–309 y 309–311; (2ª) de 3 de febrero de 2010, *id.*, pp. 311–313; (1ª) de 4 de febrero de 2010, *id.*, pp. 314–316; (2ª) y (3ª) de 5 de febrero de 2010, *id.*, pp. 316–319 y 319–321; (2ª) de 8 de febrero de 2010, *id.*, pp. 321–323; (2ª) y (3ª) de 10 de febrero de 2010, *id.*, pp. 324–326 y 326–328; (1ª) de 11 de febrero de 2010, *id.*, pp. 329–332; (5ª) de 15 de febrero de 2010, *id.*, pp. 332–334; (8ª) y (9ª) de 16 de febrero de 2010, *id.*, pp. 334–336 y 336–338; (8ª) y (9ª) de 17 de febrero de 2010, *id.*, pp. 339–341 y 341–434; (4ª) (5ª) (6ª) (7ª) y (9ª) de 18 de febrero de 2010, *id.*, pp. 345–347, 347–349, 349–351, 351–353; (4ª) (5ª) y (7ª) de 22 de febrero de 2010, *id.*, pp. 353–355, 355–357 y 357–359; (5ª) (9ª) de 23 de febrero de 2010, *id.*, pp. 359–361 y 361–363; (3ª) de 25 de febrero de 2010, *id.*, pp. 185–186; (4ª) (7ª) y (8ª) de 25 de febrero de 2010, *id.*, pp. 377–380, 380–382 y 382–384; (1ª) y (6ª) de 26 de febrero de 2010, *id.*, pp. 385–387 y 387–389.

2010/DGRN/12.— Resolución (3ª) de 3 de julio de 2009. *BIMJ*. Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 18–19.

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. Se solicita la inscripción en el Registro Civil español de un matrimonio católico, celebrado en Colombia el 9 de diciembre de 1984 e inscrito en el Registro Civil local el 9 de septiembre de 1991 entre dos ciudadanos colombianos, uno de los cuales adquirió la nacionalidad española por residencia el 4 de mayo de 2005. Esta petición no fue atendida por el Encargado del Registro Consular que, mediante escrito dirigido a los interesados el 23 de abril de 2008, les manifestó que se denegaba la práctica de la inscripción por presumirse, como consecuencia de las entrevistas realizadas a los contrayentes, que se trataba de un matrimonio de complacencia. Este escrito constituye el objeto del presente recurso.

III. Dispone al respecto el art. 66 RRC que “en el Registro constarán los hechos que afecten a españoles, aunque hayan acaecido antes de adquirir la condición de tales”. En el presente caso el hecho inscribible —el matrimonio— afecta a un español, acaeció antes de que éste adquiriese por residencia la nacionalidad española y, conforme al art. 15 LRC y al reglamentario transcrito, puede tener acceso al Registro Civil español siempre, claro es, que se cumplan los requisitos exigidos. 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 éste 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”. El acta de matrimonio aportada ha de considerarse válida y eficaz, por no apreciarse defecto formal o material que pudiera invalidarla, y ha de estimarse que en ella concurren los requisitos que señala el citado art. 85 RRC y que, en consecuencia, constituye título válido para la inscripción.

IV. En estos supuestos de matrimonios celebrados en el extranjero por dos ciudadanos de nacionalidad extranjera y en los que, subsistiendo tal matrimonio, uno al menos de los cónyuges ha adquirido la nacionalidad española, pasando el Registro Civil español a ser sobrevenidamente competente para la inscripción (*cf.* art. 15 LRC), la doctrina oficial de este Centro Directivo viene sosteniendo que resulta improcedente que se intenten aplicar las normas españolas sobre ausencia de consentimiento matrimonial. No hay puntos de conexión que justifiquen tal aplicación, ya que la capacidad de los contrayentes a la fecha de 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). Siendo cierto lo anterior, también lo es que dicha doctrina requiere, y así se hace constar reiteradamente en las Resoluciones en la materia de esta Dirección General, 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 los órganos registrales competentes extranjeros, que inscribieron el matrimonio católico.

V. 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. No sucede esto en el presente caso, en el que por dos ciudadanos colombianos primero se contrajo matrimonio católico y posteriormente se inscribió en el Registro Civil extranjero. No habiendo razones que permitan dudar de la validez de dicho matrimonio, procede su inscripción. [...]

Obs.: en el mismo sentido, DGRN, Resolución (2ª) de 10 de septiembre de 2009, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 294–295; Resoluciones (2ª) de 28 de enero de 2010, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo de 2011, pp. 414–416; (2ª) de 4 de febrero de 2010, *id.*, pp. 416–418; (1ª) de 9 de febrero de 2010, *id.*, pp. 418–420.

2010/DGRN/13.– Resolución (2ª) de 20 de julio de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 97–99.

Matrimonio.– Celebración del matrimonio ante autoridad extranjera.– Inscripción de matrimonios extranjeros.– No cabe desistimiento una vez solicitada inscripción.– Control del fraude por autoridad registral española.– Denegación inscripción por falta consentimiento.

[...] II. Mediante el presente expediente se pretende inscribir un matrimonio celebrado en Cuba el 25 de enero de 2007 entre un nacional español y una menor cubana. Con fecha de 8 de noviembre de 2007 el Registro Civil Consular dictó auto denegatorio contra el que el interesado interpuso recurso, presentando posteriormente ante esta Dirección General escrito de 18 de junio de 2008 desistiendo de dicho recurso.

III. No cabe el desistimiento formulado por el recurrente, porque lo impide el principio de concordanza entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral (*cf.* arts. 15 y 26 LRC), principio superior sustraído a la voluntad de los contrayentes. Refuerza la anterior conclusión el carácter obligatorio con que se impone en nuestra legislación el deber de promover la inscripción en el Registro Civil a aquellos a quienes se refiere el hecho inscribible, esto es, a los contrayentes en el caso del matrimonio (*cf.* arts. 24 y 71 L RC). Por lo demás, no ha de olvidarse que, conforme a los arts. 61 Cc y 70 LRC, los efectos civiles del matrimonio se producen desde su celebración. El desistimiento va referido en este caso al recurso presentado, pero el criterio a aplicar ha de ser necesariamente el mismo, porque el expediente promovido se refiere a materia de orden público y con la interposición del recurso se inició una cuestión procesal que, en tanto no sea resuelta, continúa abierta. [...]

Obs.: en el mismo sentido, *vid.* Resolución (2ª) de 21 de septiembre de 2009, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre 2010, pp. 340–342; y (1ª) de 9 de octubre de 2009, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre 2010, pp. 33–36.

CONTROL DEL FRAUDE EN MATRIMONIOS CIVILES

2010/DGRN/14.– Resolución (1ª) de 2 de julio de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 4–5.

Matrimonio.– Celebración del matrimonio en España.– Matrimonio celebrado en forma civil.– Matrimonios fraudulentos.– Denegación autorización.

[...] II. En el expediente previo para la celebración del matrimonio es un trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el Instructor, asisti-

do del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cf. art. 246 RRC).

III. La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos, especialmente en los matrimonios entre español y extranjero, en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cf. arts. 45 y 73.1º Cc).

IV. Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cf. art. 386 LEC).

V. En el caso actual se trata de la solicitud de autorización para contraer matrimonio civil en España entre una española y un marroquí y de las audiencias reservadas se desprenden una serie de hechos que impiden que se autorice el matrimonio. Los interesados no tienen una lengua en común, en este sentido uno de los motivos que la resolución arriba citada del Consejo de la Unión Europea señala como factor que permite presumir la existencia de un matrimonio de complacencia es el hecho de que los contrayentes no tengan un idioma en común y eso es lo que sucede en este caso. El interesado desconoce el domicilio, las edades de los hijos de la interesada, el trabajo que ésta realiza, etc. Por su parte la interesada desconoce el domicilio del interesado ya que dice que vive en la calle A. cuando vive en S., la empresa en la que trabaja, el número de hermanos que tiene, etc. Estas circunstancias hacen pensar que el matrimonio proyectado no tiene el fin propio de esta institución sino otro muy probablemente de carácter migratorio. [...]

Obs.: en el mismo sentido, *vid.* Resoluciones de la DGRN, (3ª) de 2 de julio de 2009, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 7-9; (2ª) de 3 de julio de 2009, *id.*, pp. 16-17; (7ª) y (8ª) de 6 de julio de 2009, *id.*, pp. 40-41 y 42-43; (1ª) y (3ª) de 7 de julio de 2009, *id.*, pp. 47-49 y 51-53; (2) de 9 de julio de 2009, *id.*, pp. 64-65; (3ª) de 13 de julio de 2009, *id.*, pp. 74-76; (2ª) de 15 de julio de 2009, *id.*, pp. 78-80; (3ª) de 20 de julio de 2009, *id.*, pp. 100-102; (2ª) de 22 de julio de 2009, *id.*, pp. 112-113; (1ª) de 24 de julio de 2009, *id.*, pp. 120-121; (6ª) de 29 de julio de 2009, *id.*, pp. 143-145; (2ª), (3ª), (4ª), (7ª) y (8ª) de 31 de julio de 2009, *id.*, pp. 165-167, 167-168, 169-170, 174-175 y 176-177; (11ª), (13ª) y (19ª) de 1 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 205-207, 209-211 y 222-223; (4ª) de 4 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 273-275; (2ª) de 7 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 281-282; (1ª) y (2ª) de 9 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 286-288 y 288-290; (1ª) y (3ª) de 10 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 291-293 y 296-297; (2ª) de 11 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 299-301; (1ª), (2ª) y (4ª) de 14 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 301-303, 303-305 y 307-308; (2ª) de 16 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 317-319; (1ª) de 17 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 328-329; (1ª) de 18 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 333-335; (1ª) y (4ª) de 21 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 338-340 y 345-346; (2ª) de 28 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 370-371; (1ª) de 30 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 383-385; (2ª) de 2 de octubre de 2009; *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 5-6; de 3 de octubre de 2009, *id.*, pp. 5-8; (1ª), (2ª) y (3ª) de 5 de octubre de 2009, *id.*, pp. 8-9, 9-11 y 11-14; (1ª) y (3ª) de 6 de octubre de 2009, *id.*, pp. 14-16 y 20-22; (2ª) de 7 de octubre de 2009, *id.*, pp. 25-26; (1ª) de 8 de octubre de 2009, *id.*, pp. 27-28; (4ª) de 13 de octubre de 2009, *id.*, pp. 47-48; (3ª) de 14 de octubre de 2009, *id.*, pp. 54-56; (2ª) de 15 de octubre de 2009, *id.*, pp. 57-59; (1ª) y (2ª) de 16 de octubre de 2009, *id.*, pp. 63-44 y 65-66; (3ª) y (4ª) de 19 de octubre de 2009, *id.*, pp. 69-71 y 71-73; (2ª) (3ª) de 20 de octubre de 2009, *id.*, pp. 75-77 y 77-78; (3ª) y (4ª) de 21 de octubre de 2009, *id.*, pp. 82-84 y 84-86; (1ª) de 22 de octubre de 2009, *id.*, pp. 86-88; (4ª) de 28 de octubre de 2009, *id.*, pp. 109-111; (2ª) y (3ª) de 30 de octubre de 2009, *id.*, pp. 116-118; (1ª) de 5 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 127-128; (2ª) de 11 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 136-137; (3ª) de 12 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 143-144; (2ª) de 13 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 146-148; (1ª) de 16 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 152-153; (3ª) de 16 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 155-157; (1ª) de 18 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 162-164; (2ª) y (3ª) de 23 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 171-173 y 173-174; (2ª) de 24 de noviembre

de 2009, *id.*, pp. 179–180; (1ª) y (3ª) de 25 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 185–186 y 186–188; (3ª) de 26 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 192–193; (5ª) de 27 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 202–203; (1ª) de 30 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 204–205; (5ª) de 1 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 219–222; (2ª) y (4ª) de 7 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 236–238 y 240–241; (3ª) de 9 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 252–253; (1ª) y (5ª) de 10 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 254–255 y 262–263; (2ª) de 11 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 265–267; (2ª) y (3ª) de 14 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 275–277 y 277–270; (1ª) de 5 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 279–280; (3ª) de 7 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 238–239; (2ª) de 9 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 250–251; (4ª) y (5ª) de 11 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 269–271 y 217–273; (4ª) de 15 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 284–286; (1ª) de 21 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 299–300; (1ª) de 29 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 318–320; (1ª) de 30 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 320–322; (4ª) de 4 de enero de 2010; *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo de 2011, pp. 112–113; (5ª) de 5 de enero de 2010, *id.*, pp. 114–115; (1ª) de 18 de enero de 2010, *id.*, pp. 120–121; (2ª) de 18 de enero de 2010, *id.*, pp. 121–123; (1ª) de 19 de enero de 2010, *id.*, pp. 124–125; (2ª) de 21 de enero de 2010, *id.*, pp. 125–127; (5ª) de 2 de febrero de 2010, *id.*, pp. 131–134; (4ª) de 5 de febrero de 2010, *id.*, pp. 136–137; (1ª) de 8 de febrero de 2010, *id.*, pp. 138–139; (4ª) de 9 de febrero de 2010, *id.*, pp. 139–141; (1ª) de 10 de febrero de 2010, *id.*, pp. 143–145; (4ª) de 12 de febrero de 2010, *id.*, pp. 145–146; (3ª) de 16 de febrero de 2010, *id.*, pp. 147–148; (7ª) de 16 de febrero de 2010, *id.*, pp. 148–150; (6ª), (7ª) y (10ª) de 17 de febrero de 2010, *id.*, pp. 152–154, 154–156 y 157–158; (8ª) de 18 de febrero de 2010, *id.*, pp. 159–160; (4ª) (5ª) y (6ª) de 19 de febrero de 2010, *id.*, pp. 165–167, 167–169 y 169–170; (6ª) (8ª) y (11ª) de 22 de febrero de 2010, *id.*, pp. 171–172, 172–174 y 175–176; (4ª) de 23 de febrero de 2010, *id.*, pp. 176–178; (5ª) de 24 de febrero de 2010, *id.*, pp. 178–180; (5ª) de 26 de febrero de 2010, *id.*, pp. 188–191.

2010/DGRN/15.— Resolución (2ª) de 6 de octubre de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 16–18.

Matrimonio.— Celebración del matrimonio en España.— Matrimonio celebrado en forma civil.— Matrimonios fraudulentos.— No se deduce simulación: autorización.

[...] V. En el caso actual se trata de autorizar un matrimonio entre un español, y una ciudadana boliviana y los hechos comprobados por medio de esas declaraciones complementarias oportunas no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Las audiencias reservadas practicadas han revelado que el conocimiento respecto de sus circunstancias personales y familiares alcanza un grado que puede considerarse suficiente. Así se deduce de las respuestas dadas, en las que no se aprecian grandes contradicciones ni revelan desconocimiento de datos que pudieran considerarse de importancia a los efectos de poder deducir una utilización fraudulenta de la institución matrimonial. Así coinciden en gustos y aficiones, como y donde se conocieron, hijos, apodos por los que se los conoce, regalos que se hicieron, etc.

VI. Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9–2ª de octubre de 1993, “ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubi*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa”. “Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cf. art. 74 Cc) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto”. [...]

Obs.: en el mismo sentido, Resoluciones de la DGRN (3ª) de 7 de julio de 2009, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 51–53; (3ª) de 9 de julio de 2009, *id.*, pp. 66–67; (2ª) de 16 de julio de 2009, *id.*, pp. 89–91; (1ª) y (6ª) de 4 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 267–269 y 277–278; 83ª) de 18 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 336–338; (4ª) de 22 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 356–357; (2ª) de 16 de octubre de 2009; *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de

2010, pp. 68–69; (2ª) de 16 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 154–155; (1ª) de 23 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 170–171; (1ª) de 1 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 211–213; (2ª) y (3ª) de 2 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 224–225 y 226–227; (3ª) de 3 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 231–232; (2ª) de 21 de diciembre de 2009, *id.*, pp. 300–302; (1ª) y (2ª) de 15 de enero de 2010; *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo de 2011, pp. 115–117 y 117–119; (1ª) de 25 de enero de 2010, *id.*, pp. 127–128; (3ª) de 1 de febrero de 2010, *id.*, pp. 129–131; (5ª) de 9 de febrero de 2010, *id.*, pp. 141–143, (4ª) de 17 de febrero de 2010, *id.*, pp. 150–152; (2ª) y (3ª) de 19 de febrero de 2010, *id.*, pp. 161–162 y 163–164; (7ª) de 24 de febrero de 2010, *id.*, pp. 180–182; (2ª) de 25 de febrero de 2010, *id.*, pp. 182–184; (2ª) de 26 de febrero de 2010, *id.*, pp. 186–188.

CONTROL DEL FRAUDE EN LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS EN FORMA RELIGIOSA EN ESPAÑA

2010/DGRN/16.– Resolución (1ª) de 3 de julio de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 14–16.

Matrimonio.– Celebración del matrimonio en España.– Matrimonio celebrado en forma religiosa.– Matrimonio islámico.– Matrimonios fraudulentos.– Control del fraude por la autoridad registral.– Nulidad del matrimonio por simulación.

[...] III. Las Instrucciones citadas tratan de evitar que esos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse dentro del territorio español, recordando la importancia que en el expediente previo a la celebración del matrimonio tiene el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente (*cf.* art. 246 RRC), como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace (*cf.* arts. 56, I, Cc y 245 y 247 RRC), entre ellos, la ausencia de consentimiento matrimonial. Pues bien, análogas medidas deben adoptarse cuando se trata de inscribir un matrimonio celebrado en España según la forma religiosa de alguna de las confesiones que tienen suscrito un Acuerdo de Cooperación con el Estado Español legalmente prevista como suficiente por la ley española (art. 256.2º RRC). El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales –sin excepción alguna– para la celebración del matrimonio (*cf.* art. 65 Cc) y esta comprobación requiere que por medio de la calificación de la certificación expedida y “de las declaraciones complementarias oportunas” se llegue a la convicción de que no hay dudas “de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española”. Así lo señala el art. 256 del Reglamento, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un Registro extranjero, establecen los arts. 23, II, de la Ley y 85 de su Reglamento. El citado art. 256 se remite al 63 Cc, el cual, con referencia a los matrimonios celebrados en España en forma religiosa, dispone en su párrafo II que “Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título” y uno de esos requisitos comprendidos en dicho título, esencial para la validez del matrimonio, es la existencia de consentimiento (*cf.* art. 45 y 73.1º Cc). (...).

V. En este caso se pretende inscribir un matrimonio islámico celebrado el 15 de abril de 2005 en España entre un pakistaní y una española, inscripción que es denegada por la Juez Encargada, por estimar que el matrimonio no se ha celebrado con las finalidades propias de la institución matrimonial. No tienen idioma común en este sentido uno de los motivos que la resolución arriba citada del Consejo de la Unión Europea señala como factor que permite presumir la existencia de un matrimonio de complacencia es el hecho de que los contrayentes no tengan idioma en común y eso es, precisamente, lo que sucede en este caso. Discrepan en cuando comenzaron a vivir juntos pues ella declara que fue prácticamente desde que se conocieron mientras que él dice que fue a raíz de contraer matrimonio hace tres meses. El interesado desconoce el nombre del hijo de ella, edad y sexo pues afirma que tiene un niño de casi tres años y que no sabe como se llama, cuando es una niña de cuatro años, a pesar de que ella manifiesta que conviven los tres en el domicilio conyugal. El interesado dice que ella no tiene trabajo, cuando trabaja de camarera los fines de semana. Así mismo el interesado no tiene trabajo y carece de permiso de residencia en España a pesar de lo cual vive desde hace un año en el domicilio de un primo en G., familiar con el que ha continuado vivien-

do después del matrimonio. Todos estos hechos hacen pensar que el matrimonio proyectado no persigue los fines propios de esta institución sino otros muy probablemente de carácter migratorio. [...]

2010/DGRN/17.— Resolución (1ª) de 17 de julio de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 92–94.

Matrimonio.— Celebración del matrimonio en España.— Matrimonio celebrado en forma religiosa.— Matrimonio canónico.— Matrimonios fraudulentos.— No se controla el fraude por la autoridad registral.

[...] III. Establece el art. 49 Cc que “Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 2º En la forma religiosa legalmente prevista”. Entre estas formas religiosas legalmente previstas está la del matrimonio canónico, cuya regulación en España se rige por los Acuerdos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, cuyo art. VI dispone que “El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de la certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio”. A estos efectos el Protocolo final de los citados Acuerdos prevé que “Inmediatamente de celebrado el matrimonio canónico, el sacerdote ante el cual se celebró entregará a los esposos la certificación eclesiástica con los datos exigidos para su inscripción en el Registro Civil”.

IV. En coherencia con lo anterior, el art. 63 Cc, adaptado al citado Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, mediante reforma introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, dispone que “la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil”.

Así ha sido recordado para el matrimonio canónico por la Circular de esta DGRN sobre inscripción en el Registro Civil de los matrimonios canónicos de 15 de febrero de 1980, insistiendo en que el “Único título para practicar la inscripción es la simple certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio, bien la presenten directamente los interesados, bien sea remitida por el párroco al Registro competente”.

V. No obstante, si bien es cierto que la misma Circular estableció que “El Encargado del Registro Civil practicará la inscripción mediante transcripción de los datos oportunos de la certificación eclesiástica, sin que pueda denegar el asiento a pretexto de que pudiera haber algún error u omisión en las circunstancias exigidas y a salvo lo que dispone el art. 252 RRC”, igualmente lo es que en su ap. 4º insta a los Encargados a recabar la colaboración de los párrocos de sus respectivos territorios, a fin de que las certificaciones eclesiásticas contengan las circunstancias para la inscripción, “especialmente los datos registrales de los asientos de los nacimientos de los esposos”, extremo que si ya en la fecha de aquella Circular resultaba de gran importancia, hoy todavía la tiene mayor a la vista del fenómeno creciente que se viene observando en diversos países europeos de fraude documental en materia de estado civil.

VI. A este respecto se ha de recordar que la reciente Instrucción de 20 de marzo de 2006 de esta DGRN sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil acordó hacer público el texto de la Recomendación nº 9 de la Comisión Internacional del Estado Civil relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil y su memoria explicativa adoptadas en Estrasburgo por la Asamblea General el 17 de marzo de 2005 y comunicar a todos los Encargados de los Registros Civiles españoles, Municipales, Consulares y Central, que los criterios y orientaciones prácticas que en orden a la prevención del fraude documental en materia de estado civil se contienen en la citada Recomendación de la Comisión Internacional del Estado Civil deberán ser valorados y, en su caso, invocados conforme a lo dispuesto en los arts. 23 y 27 LRC y 85 de su Reglamento, en la calificación de las certificaciones de las actas de los Registros Civiles extranjeros que se presenten en un Registro Civil español bien como título directamente inscribible, bien como documento complementario en cualquier tipo de expediente o actuación registral, que por identidad de causa y razón deben ser aplicados analógicamente al caso ahora

examinado de certificaciones eclesiásticas de matrimonio, y entre cuyas recomendaciones se incluye la de que “Cuando existan indicios que hagan dudar de la exactitud de los datos que figuran en el documento presentado o de la autenticidad de las firmas, el sello o el documento en sí mismo, la autoridad competente en el asunto realizará todas las comprobaciones necesarias, en particular con el interesado” y la de que “Cuando de los elementos verificados se desprenda el carácter fraudulento del documento presentado, la autoridad competente se negará a otorgarle efecto alguno”.

VII. Al margen de lo anterior, el art. 63 Cc dispone en su párrafo segundo –tras prever que la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva– que “Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título”. Es cierto que este precepto ha generado dudas interpretativas cuando se trata de matrimonios canónicos celebrados en el extranjero que, conforme al art. 73 LRC, exigirían para su inscripción en el Registro Civil español la tramitación de un expediente previo, dado que una interpretación literal de los arts. 63 y 65 Cc llevaría a la conclusión de que en la legalidad actual, y con respecto de los matrimonios contraídos una vez entrada en vigor la citada Ley 30/1981, la inscripción del matrimonio celebrado fuera de España en forma religiosa requeriría, además de la presentación de la certificación de la Iglesia y de que de los documentos presentados o de los asientos del Registro no resulte la nulidad del matrimonio, que el Encargado del Registro compruebe, antes de practicar el asiento, si concurren los requisitos legales para su celebración. Pero este criterio no procede aplicarlo cuando se trata de matrimonios religiosos celebrados en España, en los que, como se ha visto, para la inscripción basta con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva (*cf.* art. 63 Cc).

VIII. Por tanto, en el presente caso lo que ante todo ha de examinarse es el acta de matrimonio canónico que constituye el título para la inscripción, con el fin de comprobar si reúne los requisitos exigibles para la inscripción tanto respecto de su contenido –en cuanto a que contenga los datos de que la inscripción hace fe– (*cf.* art. 69 LRC), como en los aspectos formales (*cf.* art. 81 RRC), así como que no adolece de tacha de nulidad que pueda imputarse al matrimonio celebrado a la vista del contenido del citado acta. El documento aportado es original (art. 81 RRC) y figura en el mismo la celebración del matrimonio y la fecha, hora y lugar en que se contrajo y demás datos exigidos para su inscripción, y, finalmente, no cabe apreciar a su vista la concurrencia de ninguno de los impedimentos legales para su celebración ni ninguna otra de las causas de nulidad previstas legalmente, sin que pueda basarse una denegación como la acordada en el auto apelado en el resultado de unas audiencias reservadas a los contrayentes, cuya práctica en este caso, no procedían. [...]

Obs.: En el mismo sentido, *vid.* Resolución (2ª) de 29 de septiembre de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 377–379.

CONTROL DEL FRAUDE EN LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS DE CAPACIDAD

2010/DGRN/18.– Resolución (7ª) de 3 de julio de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 24–26.

Matrimonio.– Futura celebración del matrimonio ante autoridad extranjera.– Certificado de capacidad español.– Matrimonios fraudulentos.– Denegación expedición.

[...] II. Cuando un español desea contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y esta ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial (*cf.* art. 252 RRC), el expediente previo para la celebración del matrimonio ha de instruirse conforme a las reglas generales (*cf.* Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 5ª e Instrucción de 31 de enero de 2006, VII. b), siendo, pues, trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por sepa-

rado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cf. art. 246 RRC).

III. La importancia del trámite de audiencia ha aumentado en los últimos tiempos en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para que el promotor extranjero obtenga las ventajas que el matrimonio puede proporcionar. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar –ni contribuir, como en este caso, a la autorización un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cf. arts. 45 y 73.1º Cc).

IV. Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cf. art. 386 LEC).

V. En el caso actual de un matrimonio proyectado entre una española y un marroquí, del trámite de audiencia reservada habida con ellos, resultan determinados hechos objetivos de los que puede deducirse que el propósito de los interesados al celebrar el matrimonio persigue fines distintos de los propios de esta institución. Los interesados no tienen una lengua común, en este sentido uno de los motivos que la resolución arriba citada del Consejo de la Unión Europea señala como factor que permite presumir la existencia de un matrimonio de complacencia es el hecho de que los contrayentes no tengan un idioma común y eso es, precisamente, lo que sucede en este caso. La interesada no sabe la fecha completa de nacimiento de él, no sabe su domicilio manifestando que vive en una casa propiedad de su tío cuando es de un primo, dice que él no fuma cuando lo hace a veces. No coinciden en gustos culinarios, aficiones, regalos que se han hecho. Discrepan en cuando se conocieron, en si han convivido o no antes del matrimonio, cuando y donde decidieron contraer matrimonio, hijos, hermanos, etc. El interesado no sabe el número de teléfono de ella. Ella desconoce los ingresos de él. Aunque ambos manifiestan que se comunican por teléfono e Internet, no aportan prueba alguna de ello. Por otra parte, aunque no sea determinante existe una importante diferencia de edad entre ellos. Todos estos hechos llevan a la convicción de que el matrimonio proyectado no tiene la finalidad propia de esta institución sino otra muy probablemente de carácter migratorio.

VI. A la vista de lo que antecede, se considera que existe base suficiente para entender que el Ministerio Fiscal y la Juez Encargada del Registro Civil de Aranjuez hayan deducido la inexistencia de una voluntad de contraer matrimonio con los fines propios de ésta institución. Su deducción no es ilógica ni arbitraria y siempre ha de tenerse en cuenta que, por razones de inmediatez, las personas que han presenciado las manifestaciones de los interesados son las que están en mejores condiciones para apreciar una posible simulación [...]

Obs.: en el mismo sentido, Resoluciones de la DGRN (2ª) de 7 de julio 2009, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 49-51; (2ª) de 10 de julio de 2009, *id.*, pp. 69-71; (5ª) de 15 de julio de 2009, *id.*, pp. 85-86; (1ª) de 23 de julio de 2009, *id.*, pp. 113-115; (2ª) de 29 de julio de 2009, *id.*, pp. 136-137; (2ª) y (3ª) de 4 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 269-271 y 271-273; (3ª) de 28 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 372-374; (1ª) de 7 de octubre de 2009, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 18-20; (2ª) de 12 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 141-142 y (6ª) de 23 de noviembre de 2009, *id.*, pp. 177-179; (3ª) de 7 de enero de 2010; *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo de 2011, pp. 191-193; (2ª) de 13 de enero de 2010, *id.*, pp. 193-195; (2ª) de 25 de enero de 2010, *id.*, pp. 195-197; (3ª) de 4 de febrero de 2010, *id.*, pp. 197-199; (3ª) y (8ª) de 23 de febrero de 2010, *id.*, pp. 199-201 y 201-203; (1ª) de 24 de febrero de 2010, *id.*, pp. 203-205; (5ª) de 22 de febrero de 2010, *id.*, pp. 205-208.

2010/DGRN/19.– Resolución (6ª) de 25 de febrero de 2010. BIMJ. Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo de 2011, pp. 208–210.

Matrimonio.– Celebración del matrimonio ante autoridad extranjera.– Certificado de capacidad español.– Matrimonios fraudulentos.– No se estima que concurra fraude: expedición.

[...] II. Dentro de la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio civil existe un trámite esencial e imprescindible (cf. Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 3ª), como es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cf. art. 246 RRC).

III. La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos, –especialmente en los matrimonios entre español y extranjero– en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cf. arts. 45 y 73.1º Cc).

IV. Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cf. art. 386 LEC).

V. En este proyectado matrimonio entre un ciudadano español y una filipina, los hechos comprobados no son lo suficientemente clarificadores como para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de simulación. Las audiencias reservadas practicadas no han revelado grandes contradicciones ni desconocimiento de datos que pudieran considerarse de importancia para deducir una utilización fraudulenta de la institución matrimonial. Los interesados se comunican en inglés como así lo demuestran las pruebas presentadas, y dichas pruebas acreditan la existencia de una comunicación fluida y continua que impide llegar a la convicción plena de que no hay verdadero consentimiento matrimonial.

VI. Si se tienen en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad el matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en casos de duda, no poner trabas a la celebración del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9–2ª de Octubre de 1993, “ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa”. [...]

DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO EXTRANJERO POR CONCURRIR IMPEDIMENTO DE LIGAMEN

2010/DGRN/20. Resolución (1ª) de 9 de julio de 2009. BIMJ. Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 63–64.

Matrimonio.– Celebración del matrimonio ante autoridad extranjera.– Inscripción de matrimonios extranjeros.– Existencia de vínculo matrimonial en el momento de la celebración.– Denegación de la inscripción.

[...] IV. El matrimonio celebrado en Perú el 30 de octubre de 2006 entre una ciudadana peruana y un nacional español es nulo, por concurrir impedimento de ligamen. La capacidad de los contrayentes ha de ser valorada en el momento de celebración del matrimonio y, a esa fecha, el interesado continuaba

ligado por el vínculo matrimonial contraído en Sevilla el 17 de septiembre de 1972 y disuelto por sentencia dictada el 13 de noviembre de 2007.

V. El estado civil de los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio es un dato obligado en la inscripción (*cf.* arts. 35 LRC y 12 y 258 RRC) y evidentemente no puede practicarse en el Registro Civil español una inscripción de matrimonio en la que conste que el contrayente español estaba casado cuando se celebró el acto. [...]

Obs.: en el mismo sentido, DGRN, Resolución (1ª) de 14 de julio de 2009, *BIMJ*. Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 76–77; (8ª) de 30 de julio de 2009, *id.*, pp. 160–161; (5ª) de 3 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 262–263; (2ª) de 18 de septiembre de 2009, *id.*, pp. 335–336; Resolución (1ª) de 15 de octubre de 2009, *BIMJ*. Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 56–57; Resoluciones (2ª) de 28 de enero de 2010, *BIMJ*. Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo de 2011, pp. 414–416; (2ª) de 4 de febrero de 2010, *id.*, pp. 416–418; (1ª) de 9 de febrero de 2010, *id.*, pp. 418–420.

CELEBRACIÓN IN ARTICULO MORTIS DE MATRIMONIOS ENTRE EXTRANJEROS

2010/DGRN/21.— Resolución (7ª) de 29 de julio de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 146–148.

Matrimonio.— Celebración del matrimonio en España.— Matrimonio en peligro de muerte.— Comprobación de la capacidad de los contrayentes.— Denegación de la inscripción.

[...] II. El consentimiento matrimonial es en nuestro Derecho un requisito sine qua non (*cf.* art. 45 Cc) y ha de expresarse en el acto solemne de celebración (*cf.* art. 58 Cc). Conforme a la singular regulación legal del matrimonio en peligro de muerte, que da prioridad a la formalización del consentimiento, por razón de la urgencia no debe tramitarse el expediente previo (*cf.* art. 52 Cc), de modo que la comprobación de la inexistencia de obstáculos para el matrimonio queda, con frecuencia, diferida al momento de inscripción del acta en el Registro Civil.

III. Precisamente porque dicho control de legalidad no ha podido completarse con carácter previo, para inscribir un matrimonio en forma civil celebrado en peligro de muerte es necesario que se compruebe que concurren los requisitos legales exigidos para la celebración (*cf.* art. 65 Cc), lo cual ha de hacerse mediante la calificación del acta levantada y de las declaraciones complementarias oportunas que lleve al convencimiento de que no hay dudas de la realidad del hecho y de su legalidad (*cf.* art. 256 RRC), o mediante expediente, cuando no se haya extendido la oportuna acta (*cf.* art. 257 RRC).

IV. En este caso, no se ha acreditado ante la Encargada del Registro el cumplimiento de los requisitos exigidos para la celebración del matrimonio (*cf.* art. 240 RRC) y se ha acreditado parcialmente al interponer el recurso. Aun cuando podría rechazarse por no presentada cuando fue requerida, se admite en este momento procesal la nueva documentación aportada –pasaporte alemán del contrayente difunto y constancia dada por los Consulados de Alemania en A. y de Suiza en B. sobre la no exigencia de publicación de edictos en ninguno de los dos países–. En el mismo escrito en el que certifica este extremo el Cónsul General de Suiza en B. informa a la promotora de que, habida cuenta de que el matrimonio ya se ha celebrado y de que su cónyuge ha fallecido, las autoridades suizas no pueden atender a su petición de un certificado de capacidad, que solamente puede emitirse antes del matrimonio, pero que puede acreditar ante las autoridades españolas que estaba divorciada en la fecha de celebración del matrimonio con un *Certificat d'état civil* expedido por el Registro Civil suizo y apostillado por la Cancillería del Cantón de Vaud. Dicho certificado no se ha aportado, como tampoco los de nacimiento de ninguno de ambos contrayentes y, aunque en el caso del difunto se alega que es de imposible aportación porque el Registro Civil correspondiente fue destruido durante la Segunda Guerra Mundial, este hecho no ha sido acreditado.

V. Con el escrito con el que se inicia el expediente matrimonial “se presentará la prueba del nacimiento y, en su caso, la prueba de la disolución de los anteriores vínculos” (cf. art. 241 RRC). La promotora no presentó prueba del nacimiento ni del estado civil de ninguno de los dos contrayentes y, reiteradamente requerida a fin de aportara los documentos imprescindibles para acreditar la capacidad de ambos en la fecha de celebración del matrimonio, no lo ha hecho. [...]

2010/DGRN/22.— Resolución (1ª) de 17 de febrero de 2010. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 216–218.

Matrimonio.— Celebración del matrimonio en España.— Matrimonio en peligro de muerte.— Consentimiento.— Inscripción.

[...] II. La misión de las personas facultadas para autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte (cf. art. 52 Cc) es especialmente delicada porque las circunstancias subjetivas del contrayente pueden hacer dudar si está en condiciones psíquicas suficientes para prestar el consentimiento matrimonial, el cual es un requisito imprescindible para la validez del matrimonio (cf. arts. 45 y 73.1ª Cc). Por esto, los autorizantes de tales enlaces han de extremar el cuidado en la apreciación de la capacidad del afectado. Sin duda, los Jueces Encargados del Registro Civil, cuando la urgencia del caso lo permita, deberán recabar el oportuno dictamen médico, pues, aunque éste está previsto para el expediente previo al matrimonio (cf. art. 56.II Cc) y en este expediente debe emitir aquél el Médico Forense (cf. art. 245.II RRC y R.D. 181/1993, de 9 de febrero), concurren las mismas o más fuertes razones para que, si ello es posible, no haya de prescindirse de esta garantía en el matrimonio en peligro de muerte de un enfermo.

III. El caso presente es verdaderamente límite, pues concierne a una persona en la fase terminal de una grave enfermedad y en peligro inminente de muerte, estando sometida a medicación propia de cuidados paliativos, según resulta del certificado emitido por el Doctor M. con fecha 6 de marzo de 2008, fecha de la celebración del matrimonio, en el que se añade que la paciente presenta “bajo nivel de conciencia”. En cualquier caso, lo cierto es que, frente a ello, y en cumplimiento de providencia acordada por la Encargada del Registro Civil de S. de 6 de marzo de 2008, se procedió al reconocimiento de la contrayente y a la emisión de un informe médico por parte de la Médico Forense Dª M. en la misma fecha de la anterior providencia en la que se afirma textualmente lo siguiente: “En el momento de la exploración se encuentra consciente, orientada auto y alopsíquicamente (siendo capaz de decir tanto su nombre y edad, como los nombres de las personas que la acompañan y el día en que nos encontramos) y colaboradora en todo momento. Se muestra atenta durante todo el tiempo que dura la entrevista, sin mostrar signos de fatigabilidad durante la misma, y es perfectamente capaz de mantener una conversación coherente durante todo el tiempo que S.Sª y la perito informante hablan con ella. Se encuentra adecuadamente aseada y cuidada. No se aprecian alteraciones de las funciones psíquicas superiores, siendo capaz de evocar recuerdos pasados y recientes (recordando la fecha de la boda, relata problemas con sus hijos, cuenta las razones que la impulsan a contraer matrimonio...) y no apreciándose alteraciones en la exploración de la memoria ni del pensamiento ni de las demás funciones psíquicas superiores”. Tras ello, la informante declara como conclusión que “De lo expuesto se puede extraer como única conclusión que Dña. L. no presenta alteraciones de sus funciones psíquicas siendo capaz de prestar consentimiento para contraer matrimonio”.

Por otra parte, el mismo día de la emisión del anterior informe tuvo lugar una audiencia de la contrayente ante la propia Encargada del Registro Civil, en el que la contrayente tras declarar acerca de diversas circunstancias personales, reitera su voluntad de contraer matrimonio. Y a la vista de lo anterior la Juez Encargada del Registro Civil procedió a autorizar el matrimonio, en presencia de las contrayentes y dos testigos, levantándose el acta oportuna. Este acta (cf. art. 256 RRC) es inscribible en el Registro Civil, sin necesidad de tramitar un expediente, “siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española”, sirviendo de título para la inscripción “el documento expresado y las declaraciones complementarias oportunas”.

IV. En el limitado ámbito en que se desenvuelve este recurso y ante las afirmaciones rotundas de la Médico Forense en el informe antes transcrito y a la vista de la decisión del Encargado, precedida de una audiencia personal a la contrayente, quien por su inmediación a los hechos es el que más fácilmente puede apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos, es preciso que este Centro Directivo, sin perjuicio de lo que pueda decidirse más tarde por los Tribunales ordinarios, ordene la inscripción de un matrimonio que formalmente, vistos los antecedentes obrantes en las actuaciones, no adolece de defecto alguno. [...]

DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIOS EXTRANJEROS POR NO QUEDAR DEBIDAMENTE ACREDITADA LA CELEBRACIÓN

2010/DGRN/23.– Resolución (2ª) de 23 de septiembre de 2009. BIMJ. Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 360–361.

Matrimonio.– Celebración del matrimonio ante autoridad extranjera.– Inscripción de matrimonios extranjeros.– Ausencia de certificación registral.– No acreditados extremos necesarios para la práctica del asiento.– Denegación de la inscripción.

[...] II. En el presente caso, el interesado, de nacionalidad española adquirida por residencia pretende inscribir un matrimonio que se celebró en Marruecos, sin embargo la inscripción que es denegada por el Juez Encargado por estimar que no está suficientemente probada la celebración del acto cuya inscripción se solicita ni acreditados determinados datos de los que la inscripción hace fe.

III. Los hechos que afectan a españoles, aunque hayan acaecido antes de adquirir la nacionalidad española, son inscribibles en el Registro Civil español competente (*cf.* arts. 15 LRC. y 66 RCC), siempre, claro es, que se cumplan los requisitos en cada caso exigidos. Por esta razón ha de examinarse la cuestión sobre si cumple estas exigencias el matrimonio de los promotores celebrado, según se dice, en Marruecos en 1965.

IV. La competencia para decidir la inscripción corresponde al Registro Civil Central por estar el promotor domiciliado en España. (*cf.* art. 68,II RRC) y la vía registral para obtener el asiento ha de consistir bien en la certificación del Registro extranjero, expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (*cf.* arts. 23 LRC y 85 y 256–3º RRC), bien en el expediente al que se refiere el art. 257 del Reglamento “en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos”.

V. En el caso actual sólo se aporta un documento marroquí, en el que simplemente se certifica que el señor M. está casado con la señora G., pero no precisan circunstancias de celebración como hora y lugar de celebración del enlace (*cf.* art. 35 LRC) ni los datos de quien autorizó el matrimonio, así mismo el interesado presenta distintas actas con contenidos diferentes referidas desde el año en que se contrajo matrimonio, inclusive el promotor da distintas fechas de celebración del matrimonio y diferentes ciudades. 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. Lo anterior no ha de impedir que, si llegan a suministrarse más pruebas, sea factible reiterar el expediente y obtener, bien la inscripción, bien la anotación del matrimonio. [...]

Obs.: en el mismo sentido, DGRN, Resolución (3ª) de 15 de enero de 2010, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo de 2011, pp. 412–413; (6ª) de 16 de febrero de 2010, *id.*, pp. 420–422.

EL MATRIMONIO CANÓNICO CELEBRADO EN COLOMBIA ES CONSIDERADO MATRIMONIO EXTRANJERO

2010/DGRN/24.– Resolución (1ª) de 14 de octubre de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 49-51.

Matrimonio.– Celebración del matrimonio ante autoridad extranjera.– Inscripción de matrimonios extranjeros.– Matrimonio canónico celebrado en Colombia.– Ausencia de consentimiento matrimonial.– Denegación de la inscripción.

[...] V. En este caso concreto se pretende inscribir un matrimonio celebrado en Colombia el 25 de agosto de 2007 entre una española y un ciudadano colombiano y, del trámite de audiencia reservada, resultan determinados hechos objetivos de los que cabe deducir que el matrimonio celebrado no ha perseguido los fines propios de esta institución.

Discrepan en como y donde se conocieron, en gustos culinarios, cinematográficos, musicales, costumbres diarias y aficiones, en cuando tiempo han convivido antes del matrimonio, con quien han convivido antes del matrimonio, etc.

VI. De estos hechos es razonable deducir que el matrimonio es nulo por simulación. Así lo ha estimado el Encargado del Registro Civil Consular quien, por su inmediación a los hechos, es el que más fácilmente puede apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos. Esta conclusión, obtenida en momentos cronológicamente más próximos a la celebración del matrimonio, no quedaría desvirtuada por un expediente posterior, el del art. 257 RRC, del cual debe prescindirse por razones de economía procesal (*cf.* art. 354 RRC), si es que se estima que, además de la vía judicial, quedara abierto este camino ante la denegación adoptada en la calificación efectuada por la vía del art. 256 del Reglamento.

VII. No obstante, antes de confirmar la anterior conclusión, ha de examinarse si constituye obstáculo el hecho de que el matrimonio extranjero examinado tenga carácter canónico, dado el particular régimen jurídico que los matrimonios autorizados bajo tal forma tienen en el Derecho español.

Pues bien, antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, si el matrimonio de españoles en el extranjero en forma religiosa se celebraba en forma canónica, bastaba para la inscripción la simple certificación eclesialística (Circular de 15 de febrero de 1980) y, si se trataba de otra forma religiosa era necesario acudir al expediente previsto en el art. 73 LRC (Resolución de 25 de noviembre de 1978). La entrada en vigor de la citada Ley 30/1981 suscitó ciertas dudas ya que de la vigente redacción del art. 51 Cc podría deducirse que, a diferencia del matrimonio canónico celebrado en España, el que tuviera lugar en el extranjero exigiría para su inscripción en el Registro Civil español la tramitación del expediente previo previsto en el citado artículo LRC. Ciertamente una interpretación literal de los arts. 63 y 65 Cc llevaría a la conclusión de que en la legalidad actual, y con respecto de los matrimonios contraídos una vez entrada en vigor la citada Ley 30/1981, la inscripción del matrimonio celebrado fuera de España en forma religiosa requeriría, además de la presentación de la certificación de la Iglesia y de que, de los documentos presentados o de los asientos del Registro, no resulte la nulidad del matrimonio, que el Encargado del Registro compruebe, antes de practicar el asiento, si concurren los requisitos legales para su celebración. Las dudas surgen porque tal interpretación literal tropieza con la disposición general contenida en el art. 49 del propio Código civil que, sin distinciones y, por tanto, con un carácter indiferenciado y general, permite a cualquier español contraer matrimonio en la forma religiosa legalmente prevista “dentro o fuera de España”. Igualmente podría entenderse que el artículo VI, número 1, de los Acuerdos vigentes sobre asuntos jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede constituye otro elemento obstativo a aquella interpretación literal, dado que, también en este caso sin distinciones por razón del lugar de celebración, establece que la inscripción en el Registro Civil “se practicará con la simple presentación de certificación eclesialística de la existencia del matrimonio”. Esta aparente contradicción con una norma que refleja un compromiso internacional suscrito por España fue lo que llevó a este Centro Directivo a estimar en su Resolución de Consulta de 2 de noviembre de 1981 que no existen en

nuestro Ordenamiento jurídico motivos suficientes para establecer, a efectos de su inscripción en el Registro, una diferencia tajante entre los matrimonios en forma canónica celebrados dentro o fuera del territorio español, especialmente porque todos ellos están sometidos al control impuesto por el segundo párrafo del art. 63 Cc, a cuyo tenor “se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título”, por lo que, concluíamos entonces, resulta excesivo obligar, además, al Encargado a comprobar por otros medios no concretados, si concurren los requisitos legales para su celebración.

Sin embargo, lo anterior no ha de impedir, antes al contrario, que cuando se solicite la inscripción, como en este caso, por transcripción de la certificación de la inscripción causada por el matrimonio canónico en el Registro Civil extranjero del lugar de celebración, el Encargado cumpla con su función de comprobación de que el matrimonio que se pretende inscribir reúne todos los requisitos legales exigidos para su validez a la vista de los documentos presentados entre los cuales figurará no sólo “la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración” (cf. art. 256.3º RRC), sino también “las declaraciones complementarias oportunas” exigidas por el párrafo final del citado precepto reglamentario, tendentes a formar la convicción del Encargado sobre la “realidad del hecho y su legalidad conforme a la ley española”, lo que obliga a examinar con tal objeto el contenido de las audiencias reservadas practicadas a cada uno de los contrayentes de acuerdo con el art. 246 RRC, tal y como hizo el Encargado, alcanzando con ello la conclusión examinada en los anteriores fundamentos jurídicos que, por ser ajustada a Derecho, este Centro Directivo debe confirmar. [...]

Obs.: En el mismo sentido, DGRN, Resolución (5ª) de 15 de diciembre de 2009, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 286–289.

INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO EXTRANJERO CELEBRADO ANTE EL CAPITÁN DE UN VELERO

2010/DGRN/25.– Resolución (5ª) de 7 de diciembre de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 241–242.

Matrimonio.– Celebración del matrimonio entre español y alemana ante capitán de velero australiano.– Inscripción de matrimonios extranjeros.– Falta de acreditación de legalidad de la forma.– Denegación de la inscripción.

[...] III. El interesado solicita que se inscriba en el Registro Civil español un matrimonio celebrado en el extranjero el 13 de diciembre de 2006, inscripción que es denegada por el Registro Civil Central porque no se aporta un certificado literal de matrimonio sino un acta levantada en esa fecha “en Chile”, sobre papel blanco –sin membrete ni distintivo que acredite que se trata de un documento oficial– por un ciudadano australiano que, en idioma español, dice ser capitán y máxima autoridad de un velero con matrícula de Australia y, a grandes rasgos, informa de que, estando el barco fondeado en la C., Chile, procedió a celebrar el matrimonio cuya inscripción se solicita, sin precisar datos de los que la inscripción da fe –hora de celebración, estado civil de los contrayentes, etc.– ni circunstancias del matrimonio que han de permitir apreciar que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos. Tampoco se ha acreditado que la ley australiana reconozca validez formal al matrimonio celebrado en un velero ante su capitán, concurriendo, adicionalmente, la circunstancia de que ninguno de los contrayentes es de nacionalidad australiana.

IV. Visto cuanto antecede, forzoso es concluir que, por exigencias del principio de legalidad, básico en el Registro civil español (cf. arts. 23 LRC y 85 RRC), ha de denegarse la inscripción del matrimonio celebrado el 13 de diciembre de 2006 en un velero australiano entre un nacional español y una ciudadana al parecer alemana, porque hay dudas sobre la realidad del hecho y sobre su legalidad conforme a la

legislación española y porque, conforme a la legislación australiana, no se ha acreditado que la forma de celebración sea válida ni que la persona ante la que se celebra esté habilitada para ello. [...]

INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO EXTRANJERO ENTRE ESPAÑOL Y MENOR DE EDAD EXTRANJERA

2010/DGRN/26.— Resolución (4ª) de 15 de enero de 2010. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 422–423.

Matrimonio.— Celebración del matrimonio entre español y dominicana menor de edad.— Inscripción de matrimonios extranjeros.— Necesaria dispensa según ley extranjera.— Denegación de la inscripción.

[...] II. Se discute en las presentes actuaciones si es inscribible, mediante la presentación de la correspondiente certificación extranjera (*cf.* arts. 65 Cc; 23 LRC y 85 y 256 RRC), un matrimonio celebrado con arreglo a la *lex loci* en Colombia entre un español soltero y una dominicana de dieciséis años de edad en la fecha de celebración del matrimonio.

III. El matrimonio se ajusta a una de las formas previstas por el ordenamiento español, al haberse celebrado con arreglo a la ley del lugar de su celebración (*cf.* art. 49 Cc), por lo que el reparo opuesto por la decisión apelada se centra en la edad de la contrayente basándose en que, si bien los menores de edad mayores de catorce años pueden contraer matrimonio, para ello deben obtener la dispensa de edad del juez de primera instancia (*cf.* arts. 46 y 48 Cc), sin que conste la obtención de tal dispensa.

IV. No hay duda de que la capacidad para contraer matrimonio forma parte del estatuto personal determinado por la ley nacional (*cf.* art. 9.1º Cc). Pues bien, conforme al conocimiento adquirido por este centro directivo, el régimen legal que rige en esta materia en Colombia es similar al contenido en la ley española, de forma que debe estimarse prohibido el matrimonio de los menores de edad no emancipados (*cf.* art. 46 Cc), siendo el matrimonio celebrado en contradicción de esta prohibición nulo y no inscribible, salvo que la interesada obtenga la dispensa ulterior de edad que concede en primera instancia el juez encargado del Registro Civil del domicilio (*cf.* arts. 48 y 365 RRC). Dicha nulidad no queda salvada por el mero consentimiento prestado por los padres de la menor, al no tener éste fuerza legal para suplir la decisión judicial sobre la dispensa. [...]

NOMBRE Y APELLIDOS

APLICACIÓN DE LA JURISPRUENCIA DEL TJ PARA CAMBIO DE APELLIDOS DE DOBLE NACIONAL ESPAÑOL – PORTUGUÉS: DETERMINACIÓN CONFORME A LEY PORTUGUESA

2010/DGRN/27.— DGRN, Resolución (2ª) de 11 de febrero de 2010. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo de 2011, pp. 46–48.

Nombre y apellidos.— Determinación del apellido de doble nacional español–portugués.— Cambio para adaptación a la ley portuguesa.

[...] II.— Pretende la promotora, de nacionalidad española y actualmente residente en L., que en la inscripción de nacimiento de su hija, nacida en L. y que posee doble nacionalidad española y portuguesa por ser hija de padre portugués, se rectifique el primer apellido de la misma, “Monteiro”, y se haga

constar el de “Ferreira”, que es el que considera correcto según el criterio de atribución de apellidos en Portugal, alegando, por otro lado, que el hijo mayor de la pareja consta inscrito en el Registro Civil de B. con los apellidos ahora solicitados para su hermana menor. El encargado del Registro Civil consular denegó la solicitud y esa resolución constituye el objeto del presente recurso.

III.— El art. 194 RRC dispone que, si la filiación está determinada por ambas líneas —en este caso lo está—, 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 en este caso el primer apellido del padre es el que se hizo constar en la inscripción practicada en el consulado de L., por lo que no se advierte la existencia de error y, por tanto, no cabe la rectificación pretendida ni la revocación de la resolución apelada.

En principio, no es admisible, como pretende la promotora, una interpretación finalista del art. 194 RRC, basándose en que conforme a las normas de Portugal debía hacerse constar como primer apellido de la hija el segundo paterno. Dicha interpretación no se estima conforme con la evolución y modificaciones habidas en materia de atribución de apellidos y no puede ser estimada. Basta pensar en la facultad que tienen los progenitores de invertir el orden de los apellidos de los hijos para poner en duda que el art. 194 RRC deba interpretarse actualmente en el sentido de que son los 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.

IV.— Es cierto que este criterio presenta el inconveniente de que la menor inscrita, que ostenta la doble nacionalidad hispano-portuguesa, puede verse abocada a una situación en la que sea identificada con apellidos distintos en los 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. Este criterio ha sido contrastado en sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 octubre 2003, en el asunto G., 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). Pero la legislación española, cuando el interesado está inscrito en otro Registro Civil extranjero de su nacimiento con otros apellidos, admite que este hecho, que afecta al estado civil de un español según una ley extranjera, pueda ser objeto, y así se ha hecho constar en el presente supuesto, de anotación registral conforme al art. 38.3 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 esta 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, 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 obtener los apellidos 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 y siguientes 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 Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

V.— Es esta posibilidad de cambio la que debe ser examinada en el presente caso, ya que, como se ha dicho, ha de quedar excluida la vía de la rectificación en la inscripción practicada porque no hay constancia de la existencia de error.

VI.— De dicho examen resulta que la competencia para el cambio corresponde al Ministerio de Justicia (cf. arts. 57 L.R.C. y 205 R.R.C.) y hoy, por delegación (ORDEN JUS/3770/2008, de 2 de diciembre), a la DGRN. La fase de instrucción del expediente se ha seguido ante el Registro Civil del domicilio (cf. art. 365 R.R.C.) y se aprecia que concurren los requisitos necesarios para el cambio (cf. arts. 57 L.R.C. y 205 R.R.C.). Por último, razones de economía procesal aconsejan el examen (cf. art. 354 R.R.C.), dado que sería superfluo y desproporcionado con la causa exigir la reiteración formal de otro expediente que no conduciría sino al mismo fin práctico.

VII.– La cuestión apuntada, por tanto, merece una respuesta afirmativa a la vista de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no solo en el referido caso G. sino también en la reciente Sentencia de 14 de octubre de 2008 sobre el asunto G., que en un supuesto similar al presente ha considerado que el art. 18 TCE se opone a que las autoridades de un Estado miembro (en nuestro caso España), aplicando el derecho nacional, denieguen el reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro (aquí el Reino Unido) en el que ese niño nació y reside desde entonces y quien, al igual que sus padres, no posee la nacionalidad de ese segundo Estado miembro. Concurren pues en este caso todos los requisitos necesarios y existe un hermano mayor que figura inscrito en el Registro Civil de B. con los apellidos que se pretenden para la afectada por este expediente. [...]

**ADAPTACIÓN A LOS APELLIDOS POR LEY ESPAÑOLA DEL NATURALIZADO
ESPAÑOL: LÍMITES A LA POSIBILIDAD DE CONSERVARLOS CON ARREGLO A LA
LEY ANTERIOR**

2010/DGRN/28.– Resolución (7ª) de 19 de febrero de 2010. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 49–50.

Nombre y apellidos.– Determinación del apellido naturalizado español.– Cambio para adaptación a la ley española.– Conservación con arreglo a ley nacional anterior.– La duplicidad de apellidos y la infungibilidad de líneas constituyen principios de orden público.

[...] II. Los promotores del expediente, una vez concedida la nacionalidad española a su hija, menor de edad y nacida en España, solicitaron que en la inscripción de nacimiento de la misma se hiciera constar la conservación de los apellidos que venía utilizando según su ley personal. El encargado del Registro Civil de M. comunicó a los padres, mediante providencia, que no es posible mantener el régimen de apellidos solicitado por ser contrario al orden público español en tanto que los dos apellidos proceden de la línea paterna, por lo que se mantiene en suspenso la inscripción de la nacionalidad. Los promotores interpusieron recurso contra dicha providencia alegando que su hijo mayor, nacionalizado en 2003, ostentaba los mismos apellidos solicitados ahora para su hermana.

II. El art. 199 RRC invocado por los padres dispone, en efecto, que “*El que adquiere la nacionalidad española conservará los apellidos en forma distinta de la legal, siempre que así lo declare en el acto de adquirirla, o dentro de los dos meses siguientes a la adquisición o a la mayoría de edad*”. Dos son los requisitos que se deben examinar para apreciar la procedencia de la aplicación de la opción de conservación que prevé esta disposición: el cumplimiento del plazo fijado, y la no contrariedad con el orden público del resultado de dicha declaración de conservación.

IV. No plantea problema en este caso lo referido al primer aspecto citado, pues la solicitud de conservación se realizó en el acta de aceptación de la nacionalidad y antes de proceder a la inscripción de la misma.

V. En cuanto al segundo de los requisitos, el transcrito art. 199 RRC debe entenderse, no obstante, sin perjuicio de la regla general que establece la excepción en la aplicación de la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público internacional español (*vid.* art. 12.3º Cc). Esta excepción la ha aplicado este centro directivo, al menos, en relación con dos principios jurídicos rectores de nuestro ordenamiento en materia de apellidos: el principio de la duplicidad de apellidos de los españoles (en todo caso han de consignarse dos apellidos de acuerdo con el sistema español de identificación de las personas) y el principio de la infungibilidad de las líneas cuando existe filiación paterna y materna. Este principio, que no se excepciona ni siquiera en el ámbito de los expedientes registrales de cambio de apellidos de la competencia de este Ministerio de Justicia (*vid.* art. 59.3º LRC), significa que resulta contrario a nuestro orden público la transmisión exclusiva de los dos apellidos por una sola de las líneas y en el presente caso, según la pretensión de los padres, solo estaría representada la línea paterna.

VI. Por lo que se refiere a la alegación de los promotores en el sentido de que su hijo mayor, nacionalizado anteriormente, ostenta los mismos apellidos ahora solicitados, debe señalarse que en la inscripción realizada se hace constar que los apellidos se consignaron de acuerdo a la ley personal de los padres al amparo del art. 219 RRC. Pero resulta que el inscrito ya no es extranjero, sino español, y aún cuando la referencia al art. 219 se pudiese tomar como errónea y se entendiese que, realmente, se había querido amparar en el art. 199 RRC, tampoco sería procedente la petición por las razones antes expuestas, de modo que la atribución de apellidos en este caso se realizó con infracción de las normas establecidas.

SOBRE RECONOCIMIENTO DE LOS APELLIDOS INSCRITOS EN LOS REGISTROS CIVILES DE OTROS PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

2010/DGRN/29.- Instrucción de 24 de febrero de 2010. BOE, 10-III-2010

Apellidos.- Apellidos determinados e inscritos en el Registro Civil extranjero.- Condiciones de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil español.- Opción por los apellidos determinados conforme a la ley del país del nacimiento.- Solicitud por ambos progenitores o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) de las Comunidades Europeas, en el asunto C-353/06 (*Grunkin-Paul*), cuestión prejudicial planteada conforme al art. 234 CE por el Amtsgericht de Flensburg (Alemania), ha dictado Sentencia de 14 de octubre de 2008 en la que declara que “el art. 18 CE se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a 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”.

Hay que recordar que la autoridad de las decisiones prejudiciales adoptadas por el Tribunal de Luxemburgo, en atención a la finalidad particular de estos procedimientos dirigidos a proporcionar una interpretación auténtica que asegure la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario en el Conjunto de la Unión Europea, tienen fuerza obligatoria y vinculan, en el marco del procedimiento principal, no sólo al juez de reenvío y a los demás órganos jurisdiccionales que deban intervenir en dicho procedimiento principal en vía de recurso, sino que, además, tienen un alcance general respecto de todos los órganos jurisdiccionales del conjunto de los Estados miembros (*cf.* TJCE 27 de marzo de 1963, *Da Costa*, as. 28 a 30/62), sin perjuicio de la posible revisión de su doctrina que el Tribunal de Luxemburgo pueda realizar en virtud de un nuevo reenvío (9 de julio de 1969, *Portelange*, as. 10/69). Por tanto, la interpretación dada por el Tribunal forma un cuerpo con la propia norma interpretada.

Además, en función de la naturaleza puramente declarativa de la decisión prejudicial, la interpretación contenida en la sentencia tiene eficacia *ex tunc*. Así lo ha declarado el propio Tribunal al afirmar que “la interpretación que, en el ejercicio de su competencia prejudicial, da el Tribunal de Justicia del Derecho comunitario aclara y precisa, cuando es necesario, el significado y el alcance de esta regla tal como la misma debe o habría debido ser comprendida y aplicada desde el momento de su puesta en vigor. De ello resulta que la regla así interpretada debe ser aplicada por todos los jueces de la Comunidad, incluso para unas relaciones jurídicas surgidas y constituidas antes de la sentencia que decide sobre la demanda de interpretación” (TJCE, 27 de marzo de 1980, *Denkavit*, as. 61/79), sin perjuicio de la excepción que, en atención al principio de seguridad jurídica, ha reconocido el propio Tribunal en los casos en que la aplicación retroactiva de su interpretación provocaría graves consecuencias económicas o sociales.

Con arreglo al principio de primacía del Derecho comunitario, la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de octubre de 2008 en el caso *Grunkin-Paul* debe prevalecer frente a la aplicación de las normas del Derecho interno español, con arreglo a las cuales el nombre y los apellidos de los españoles, aún cuando tengan además otra nacionalidad, se hayan regulados por la ley española (*cf.* art. 9 n.º 1 y n.º 9 Cc), básicamente integrada en la materia por los arts. 109 Cc y 55 LRC y sus

concordantes del Reglamento del Registro Civil (así resulta también de lo dispuesto por el Convenio n.º 19 de la Comisión Internacional del Estado Civil, hecho en Munich, el 5 de septiembre de 1980, en vigor para España desde el 1 de enero de 1990, sobre la ley aplicable a los apellidos y los nombres).

El objeto de la presente Instrucción es clarificar las dudas que puedan plantearse en la aplicación práctica de la doctrina surgida de la citada Sentencia, fijando los criterios y directrices que habrán de orientar la práctica registral en la referida materia, en beneficio de la conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica en el ámbito de la actuación de los Encargados de los Registros Civiles españoles.

I. Mediante la cuestión prejudicial del asunto *Grunkin–Paul* el Tribunal remitente planteaba el interrogante de si “dada la prohibición de discriminación contenida en el art. 12 CE y habida cuenta del derecho a la libre circulación que confiere el art. 18 CE a todos los ciudadanos de la Unión, es compatible con dichas disposiciones la regla alemana en materia de conflicto de leyes prevista por el art. 10 de la EGBGB, en la medida en que vincula las normas que regulan el apellido de una persona exclusivamente a la nacionalidad”, lo que en el terreno práctico se traduce en cuestionar si los citados arts. 12 y 18 CE se oponen a que las autoridades competentes de un Estado miembro denieguen el reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que el niño ha nacido y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres sólo posee la nacionalidad del primer Estado miembro.

II. El Tribunal de Justicia reconoce que en el estado actual del Derecho comunitario las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros pero, al tiempo, advierte que éstos deben respetar el Derecho comunitario al ejercer dicha competencia cuando se trata de situaciones que, no siendo meramente internas, presenten algún vínculo con el Derecho comunitario. El Tribunal ya había declarado la existencia de este vínculo comunitario en el caso de los niños que, siendo nacionales de un Estado miembro, residen legalmente en el territorio de otro Estado miembro (*vid.* Sentencia de 2 de octubre de 2003, caso *García Avello*, C– 148/02). De nuevo ahora, en la Sentencia de 14 de octubre de 2008, caso *Grunkin–Paul*, vuelve el Tribunal a declarar la existencia de un vínculo con el Derecho comunitario a pesar de que en este asunto, a diferencia del antes citado, no concurre ninguna situación de binacionalidad, puesto que tanto el padre y la madre como el hijo tienen una única nacionalidad (la alemana). En este sentido enfatiza que, desde el punto de vista de la salvaguardia del principio de libre circulación y residencia en el territorio de otro Estado miembro, resulta indiferente que las dificultades derivadas de la diversidad de apellidos, que pueden producir una restricción sobre aquel principio, sean consecuencia de la doble nacionalidad de los interesados (caso *García Avello*), o de la circunstancia de que en el Estado miembro de nacimiento y residencia la determinación del apellido se vincule a la residencia, como sucede en Dinamarca, en tanto que en el Estado del que los interesados son nacionales dicha determinación se vincule a la nacionalidad, como sucede en Alemania (caso *Grunkin–Paul*).

III. El Tribunal de Justicia considera que “el hecho de estar obligado a llevar en el Estado miembro del que es nacional el interesado un apellido diferente del ya atribuido e inscrito en el Estado miembro de nacimiento y de residencia puede obstaculizar el ejercicio del derecho garantizado por el art. 18 CE a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”, cuando de la diversidad de apellidos se desprendan graves inconvenientes para los interesados, tanto de orden profesional como privado, como consecuencia de las dificultades de prueba de su identidad que de tal situación se deriven. Estos graves inconvenientes se aprecian en el caso del litigio principal en que el niño cuyo apellido se debate mantiene vínculos estrechos tanto con Dinamarca (país en que sigue residiendo), como con Alemania (país de su nacionalidad y en el que reside su padre).

IV. El Tribunal entiende que una restricción a la libre circulación como la indicada, que deriva de la regla del Derecho alemán –ampliamente compartida por otros Estados miembros– de vincular de forma exclusiva la determinación del apellido a la nacionalidad del individuo, sólo podría justificarse en base a consideraciones objetivas y de forma proporcionada al objetivo perseguido, descartando que cumplan tales requisitos las alegaciones formuladas por el Gobierno alemán, basadas en la idea de asegurar que el

apellido de la persona quede determinado de forma cierta y continuada, ya que esta finalidad queda incumplida al obligar al interesado a cambiar de apellidos cada vez que cruza la frontera. Otras alegaciones formuladas por el Gobierno alemán, como la relativa al criterio del mantenimiento de la unidad de apellidos entre hermanos, es refutado como elemento determinante en el presente caso por no plantearse el problema en el litigio principal. Finalmente destaca el Tribunal que no se ha invocado en el procedimiento ningún motivo de orden público que se pueda oponer al reconocimiento por las autoridades alemanas del apellido atribuido e inscrito en Dinamarca.

En base a estas consideraciones el Tribunal declara que el Derecho comunitario “se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a 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 consecuencia, esta Dirección General, en ejercicio de las competencias que le vienen atribuidas por el art. 9 LRC, 41 de su Reglamento y 7 del RD 1125/2008, de 4 de junio, ha acordado establecer y hacer públicas las siguientes directrices:

Primera.—Los españoles que nazcan fuera de España en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea 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, siempre que en el mismo tenga fijada su residencia habitual al menos uno de los progenitores del nacido/a, podrán inscribirse con esos mismos apellidos en el Registro Civil Consular español competente.

Segunda.—La regla anterior será aplicable aún cuando los apellidos con que figure inscrito el nacido/a en el Registro Civil extranjero del país del nacimiento no se correspondan con los resultarían de la aplicación de la ley española por regir en el país del nacimiento como punto de conexión para la determinación de los apellidos no la ley de la nacionalidad, sino la ley de la residencia habitual, y aún cuando el nacido/a no tenga, además de la española, la nacionalidad del país en que ha nacido.

Tercera.—La inscripción del nacimiento en el Registro Civil español con los apellidos determinados e inscritos en el Registro Civil extranjero queda condicionada a la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.º Que el nacimiento haya tenido lugar fuera de España pero dentro del territorio de algún otro Estado miembro de la Unión Europea.

2.º Que ambos progenitores, o al menos uno de ellos en caso de determinación bilateral de la filiación por ambas líneas, o el único progenitor cuya filiación esté determinada, tenga su residencia habitual fijada en el país en que el hijo/a haya nacido.

3.º Que la legislación sobre Derecho Internacional Privado del Estado del nacimiento vincule la determinación de los apellidos al criterio de la residencia habitual.

4.º Que en el acta de nacimiento del niño/a en el Registro Civil del país del nacimiento se hayan consignado los apellidos que correspondan conforme a las leyes materiales de dicho país, sin admitir el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a leyes distintas de las españolas (*cf.* art. 12, nº 2 Cc).

5.º Que la opción por los apellidos determinados conforme a la ley del país del nacimiento sea solicitada por ambos progenitores o por uno de ellos con el consentimiento del otro, conforme al principio general sentado en el párrafo primero del art. 156 Cc, salvo que uno de los progenitores haya sido privado o suspendido del ejercicio de la patria potestad.

Cuarta.—Por excepción, no procederá la aplicación de la regla contenida en la directriz primera de esta Instrucción, aún cuando se cumplan los requisitos antes indicados, en los siguientes casos:

1.º Cuando los apellidos determinados conforme a la ley extranjera del país del nacimiento resulten contrarios al orden público español. Son supuestos en que procede la aplicación de la excepción de orden público en la materia los previstos en la directriz tercera de la Instrucción de este Centro Directivo de 23 de mayo de 2007 sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles, y cualquier otro en que puede producirse una violación de los valores superiores del ordenamiento jurídico español.

2.º Cuando la aplicación de la regla de la directriz primera produjera como resultado una infracción al principio de la homopatrimonia entre hermanos de doble vínculo por diferir los apellidos consignados en el Registro Civil local extranjero de los que ya ostente legalmente otro hijo mayor de idéntica filiación (cf. art. 55 LRC).

Quinta.—Cuando la solicitud de opción por los apellidos correspondientes a la ley del lugar del nacimiento se formalice ante el encargado del Registro Civil Consular español en un momento posterior a la inscripción del nacimiento del niño/a en el citado Registro, y siempre que el nacido mantenga su residencia habitual en el país de su nacimiento, habrá de tramitarse a través del cauce procedimental de los expedientes registrales de cambio de apellidos regulados por los arts. 57 ss LRC, pero debiendo aplicarse en su resolución los criterios materiales de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de octubre de 2008 que resultan de esta Instrucción, que prevalecen sobre los requisitos materiales fijados en la citada Ley.

Sexta.—Los supuestos de diversidad de apellidos derivados de los conflictos de leyes generados por razón de la plurinacionalidad de los niños/as nacidos en España, cuando se trate de españoles que posean además concurrentemente la nacionalidad de otro país miembro de la Unión Europea, se resolverán en la forma prevista en la Instrucción de este Centro Directivo de 23 de mayo de 2007, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español.

NOTA

1. En esta Instrucción de 24 febrero 2010, la DGRN asume la labor de circunscribir la aplicación en el Registro Civil español de la doctrina del TJ sentada en la Sentencia de 14 octubre 2008, C-355/06, *Grunkin y Paul* (AEDIPr, t. VIII, 2008, pp. 1.028-1.031; J. Basedow, “Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union”, *IPRax*, 2011-2; obs. J.J. Forner Delaguya, AEDIPr, t. VIII, 2008, pp. 1.031-1.034; C. González Beilfuss, nota en *RJC*, 2009, pp. 581-586; J.J. Kuipers, “Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law”, <http://www.ejls.eu/5/68UK.pdf>, pp. 82 ss; A. Lara Aguado, “El impulso de la ciudadanía de la Unión Europea al reconocimiento intracomunitario de actos de estado civil (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2008: Grunkin-Paul y Standesamt Stadt Niebüll)”, *La Ley (Unión Europea)*, diario 30 enero 2009 (nº 7.104), pp. 1-7). La diferencia en la situación de partida entre el caso *Grunkin y Paul* y el precedente caso *García Avello* (resuelto por STJ 2 octubre 2003, C-148/02; J. Basedow, “Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union”, *IPRax*, 2011-2; J.J. Kuipers, “Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law” <http://www.ejls.eu/5/68UK.pdf>, pp. 82 ss; R. Viñas Farré, obs. AEDIPr 2004, pp. 1.062 ss.; M. Requejo Isidro, nota *REDI* 2003-2, pp. 938 ss.; J.J. Forner Delaguya, nota *RJC* 2004-2 pp. 271 ss.; A. Lara Aguado, “Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso García Avello y el avance irresistible de la autonomía de la voluntad)”, *La Ley*, diario 15 octubre 2004 (nº 6.107), pp. 1-12; M. Requejo Isidro, “Estrategias para la 'comunitarización': descubriendo el potencial de la ciudadanía europea”, *La Ley (Unión Europea)*, diario 28 noviembre 2003 (nº 5.903), pp. 1-4; A. Quiñones Escámez, “Ciudadanía europea, doble nacionalidad y cambio de los apellidos de los hijos: autonomía de la voluntad y conflicto positivo entre las nacionalidades de dos estados miembros (STJCE, As. C-148/02 García Avello, de 2 octubre 2003)”, *RJC* 2004-3, pp. 203-224; M. Gardeñes Santiago, “Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la ley nacional de la persona (Reflexiones en torno a la sentencia del TJCE García Avello, de 2 octubre 2003)”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la competencia*, 2004-marzo/abril, pp. 19-26) radica en que mientras que en el segundo caso (*García Avello*) las autoridades del lugar de residencia habitual y de una de las nacionalidades de la persona afectada (belgas) han de reconocer los apellidos impuestos por las autoridades de la otra nacionalidad (españolas), en el primer caso (*Grunkin y Paul*), son las autoridades de la única nacionalidad de la persona afectada (alemanas) las que han de reconocer los apellidos impuestos por las autoridades del lugar de la residencia habitual de dicha persona (danesas).

A partir de esta premisa, en la Instrucción de 24 febrero 2010, la DGRN efectúa una lectura muy restrictiva de la STJ *Grunkin y Paul* en dos aspectos: a) primeramente, al ceñir la adaptación de las normas españolas autónomas a la STJ a casos idénticos al resuelto por el TJ en *Grunkin y Paul*; b) en segundo lugar, añadiendo otras restricciones derivadas de una interpretación muy particular de ciertas normas de DIPr español.

2. a) Acerca del primer aspecto (casos idénticos al resuelto por el TJ en *Grunkin y Paul*), hay tres datos relevantes: Por una parte, el Estado Miembro que ha de reconocer los apellidos impuestos por las autoridades de otro EM en *Grunkin y Paul* utiliza, como España, la conexión nacionalidad. Por otra, el propio TJ reitera hasta no dejar lugar a duda que la respuesta dada vale “en circunstancias como las del litigio principal” (además de en el fallo, en fundamentos 31, 32, y 39). Dichas circunstancias son las siguientes, relevantes a efectos del art. 18 CE (ahora 21 TFUE): interesado nacido en el Estado miembro de residencia habitual desde entonces, que es hijo de padres asimismo residentes habituales al menos uno de ellos en dicho EM en el momento relevante, sin que ninguno de ellos sea nacional de ese mismo EM; además las autoridades del EM de residencia son las que imponen el apellido con arreglo a la ley del lugar de residencia, es decir, su ley interna. En *Grunkin y Paul* el TJ indica efectivamente, en cuanto a los inconvenientes de la diversidad de apellidos según las leyes de distintos Estados miembro, que “poco importa en este aspecto si la diversidad de los apellidos es consecuencia de la doble nacionalidad de los interesados, o de la circunstancia de que en el Estado miembro de *nacimiento y de residencia* [énfasis añadido] la determinación del apellido se vincula a la residencia, en tanto que en el Estado del que esos interesados son nacionales dicha determinación se vincula a la nacionalidad” (fundamento 24). De las dos opciones posibles, es decir, o bien considerar el caso como una categoría más junto a *García Avello* de entre las que pueden quedar afectadas por el art. 21 TFUE o bien considerarla aisladamente, la DGRN opta por la segunda. En la medida en que la Instrucción anotada tienda a resolver un tipo de consultas de los Encargados que vienen propiciadas por *Grunkin y Paul* (art. 9.2º LRC y 9.1º.b RD 1.203/2010, de 24 septiembre—que deroga el RD 1.125/2008, de 4 junio, citado en la Instrucción), esta intervención minimalista queda justificada y sería imprudente avanzar su aplicación a otras categorías de casos todavía no planteados o resueltos por el TJ. Si bien muchas situaciones que podrían darse caerían fuera del ámbito de competencia del Registro civil español, por no tener el interesado nacionalidad española o no haber nacido en España (artículos 15 LRC y 66 RRC), hay otras que sí que caerían dentro y no se subsumen en la tipología *García Avello* o *Grunkin y Paul*: p. ej., inscripciones derivadas de adquisición de la nacionalidad española por extranjeros nacidos en el extranjero o inscripciones en el extranjero de extranjeros nacidos en España no efectuadas con arreglo a la ley nacional. Finalmente, el tercer dato relevante es que en *Grunkin y Paul* el TJ no entra a considerar la relevancia que pueda tener en otros casos el mantenimiento de la unidad de apellidos entre hermanos ni la posible incidencia del orden público.

Con arreglo a lo anterior, la Instrucción marca unas directrices procedimentales (Quinta y Sexta: la Instrucción de 23 mayo 2007 a la que se refiere la directriz Sexta está anotada por R. Viñas Farré, *AE-DIPr*, t. VII, 2007, pp. 1.275 ss) y otras de contenido más substantivo: “Primera.— Los españoles que nazcan fuera de España en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea [énfasis añadido] cuyo nacimiento se haya inscrito en el Registro Civil local del país del nacimiento [énfasis añadido] con los apellidos que resulten de la aplicación de las leyes propias de este último, siempre que en el mismo tenga fijada su residencia habitual al menos uno de los progenitores del nacido/a, podrán inscribirse con esos mismos apellidos en el Registro Civil Consular español competente. Segunda.— La regla anterior será aplicable aún cuando los apellidos con que figure inscrito el nacido/a en el Registro Civil extranjero del país del nacimiento no se correspondan con los resultarían de la aplicación de la ley española por regir en el país del nacimiento como punto de conexión para la determinación de los apellidos no la ley de la nacionalidad, sino la ley de la residencia habitual, y aún cuando el nacido/a no tenga, además de la española, la nacionalidad del país en que ha nacido.” Reiterativamente, los tres primeros puntos de la directriz tercera exigen “1.º Que el nacimiento haya tenido lugar fuera de España pero dentro del territorio de algún otro Estado miembro de la Unión Europea. [énfasis añadido] 2.º Que ambos progenitores, o al menos uno de ellos en caso de determinación bilateral de la filiación por ambas líneas, o el único

progenitor cuya filiación esté determinada, tenga su residencia habitual fijada en el país en que el hijo/a haya nacido. 3.º Que la legislación sobre Derecho Internacional Privado del Estado del nacimiento vincule la determinación de los apellidos al criterio de la residencia habitual.” Las palabras enfatizadas ponen de manifiesto que la Instrucción se ciñe y aferra al supuesto resuelto en *Grunkin y Paul*, al no considerar la posibilidad de que el nacimiento se inscriba, *v.gr.*, en Estado Miembro de residencia de la madre o del padre, distinto al Estado del nacimiento.

3. b) Adicionalmente, la Instrucción restringe o trata de restringir la incidencia de *Grunkin y Paul* efectuando una interpretación muy particular de ciertas normas de DIPr español. En primer lugar, la directriz Tercera remacha todavía más en su punto 4º la ya mencionada exigencia de su punto 3º acerca de que los apellidos se hayan consignado de conformidad con la ley interna del Estado Miembro de residencia del interesado y de uno de sus progenitores, al menos: “4.º Que en el acta de nacimiento del niño/a en el Registro Civil del país del nacimiento se hayan consignado los apellidos que correspondan conforme a las leyes materiales de dicho país” y añade a continuación “sin admitir el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a leyes distintas de las españolas (*cf.* art. 12, nº 2 Cc).” Ciertamente, *Grunkin y Paul* se ciñe al caso de que las autoridades del lugar de nacimiento y residencia apliquen su ley interna, pero es dudoso que haya de limitarse a este supuesto, pues como se decía en el comentario a esta sentencia *AEDIPr* t. VIII, 2008, p. 1.033 “el Derecho comunitario es insensible a la conexión utilizada por la norma de conflicto de leyes del EM, de hecho es insensible a todo el enfoque basado en la ley aplicable”; luego cabe contemplar la posibilidad de que la autoridad del lugar de residencia habitual haya conferido los apellidos con arreglo a otra conexión (nacionalidad extranjera comunitaria o no del progenitor no español, autonomía de la voluntad). Y si bien este caso no está literalmente resuelto por *Grunkin y Paul* y por ende no se ocupa de él la Instrucción comentada, resulta sin embargo excesivo vedar su posibilidad con cita del art. 12.2º Cc. Este precepto atañe a la actuación de las autoridades españolas, no a la actuación las autoridades extranjeras; y si de lo que se trata es de control de la competencia legislativa en fase de reconocimiento de un acto extranjero, lo que se verifica es qué ley (o con qué resultado) se ha aplicado, y no si se ha llegado o no a la misma mediante “reenvío”.

En segundo lugar, el punto 5º de la directriz Tercera exige que “la opción por los apellidos determinados conforme a la ley del país del nacimiento sea solicitada por ambos progenitores o por uno de ellos con el consentimiento del otro, conforme al principio general sentado en el párrafo primero del art. 156 Cc, salvo que uno de los progenitores haya sido privado o suspendido del ejercicio de la patria potestad”, lo que se justificaría en que el interesado es español por hipótesis y la cuestión relativa a su representación en materia de nombre y apellidos se rige por la ley española (art. 9.1º Cc en relación en su caso al 9.9º Cc, en una interpretación extensiva de la exclusión del art. 4.c del Convenio de la Haya de 19 octubre 1996 –protección de menores–). No obstante, es preferible entender que la exclusión del nombre no alcanza a excluir los aspectos generales de representación del menor aunque se ejerza en materia de nombre, en cuyo caso la ley aplicable es la de la residencia habitual (arts. 16 y 17 del Convenio de la Haya de 19 octubre 1996 –protección de menores–), no la nacional de la que dependería la aplicación del art. 156 Cc o u otra normativa española. De hecho, en el Informe explicativo del Convenio de la Haya de 19 octubre 1996 –protección de menores– el profesor Paul Lagarde afirma que la “exclusión de nombre y apellidos del niño parecía evidente, ya que estas materias no afectan a la protección del niño. Su mención expresa en la lista de exclusiones fue decidida en un deseo de clarificación, para evitar problemas de calificación debido a la creciente complejidad de algunas legislaciones en materia de nombre.” (<http://www.hcch.net/upload/expl34s.pdf>).

En tercer lugar y por último, la Instrucción señala las excepciones basadas en el orden público internacional español en la directriz Cuarta: “Por excepción, no procederá la aplicación de la regla contenida en la directriz primera de esta Instrucción, aún cuando se cumplan los requisitos antes indicados, en los siguientes casos: 1.º Cuando los apellidos determinados conforme a la ley extranjera del país del nacimiento resulten contrarios al orden público español. Son supuestos en que procede la aplicación de la excepción de orden público en la materia los previstos en la directriz tercera de la Instrucción de este Centro Directivo de 23 de mayo de 2007 sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles, y cualquier otro en que puede producirse una violación de los valores superiores del ordenamiento jurídico

español. 2.º Cuando la aplicación de la regla de la directriz primera produjera como resultado una infracción al principio de la homopatrimonia entre hermanos de doble vínculo por diferir los apellidos consignados en el Registro Civil local extranjero de los que ya ostente legalmente otro hijo mayor de idéntica filiación (cfr. art. 55 de la Ley del Registro Civil).” Los supuestos previstos en la directriz Tercera de la Instrucción de 23 mayo 2007 se refieren al principio de duplicidad de apellidos de los españoles y al principio de infungibilidad de las líneas (cf. R. Viñas Farré, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 1.276 y 1.278). Estos principios y el que veda la homopatrimonia de los hermanos de doble vínculo, que vienen siendo aplicados por la DGRN en sus resoluciones, quedan sujetos en su caso y sin perjuicio de su solidez, a los controles de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

Joaquim J. Forner Delaygua

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona

NACIONALIDAD

NACIONALIDAD ESPAÑOLA *IURE SOLI*: NO LA TIENEN ATRIBUIDA LOS NACIDOS EN ESPAÑA HIJOS DE PAQUISTANÍES, VENEZOLANOS, GEORGIANOS

2010/DGRN/30.– Resolución (1ª) de 21 de julio de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), septiembre 2010 (1 de junio de 2009 a 30 de septiembre de 2009), pp. 102–103.

Nacionalidad.– Atribución por *ius soli* para evitar apatridia.– No corresponde a hija de padre y madre pakistaníes.

[...] II. Pretenden los promotores del expediente que se declare con valor de simple presunción que tiene la nacionalidad española de origen una niña nacida en España en 2004, hija de padre y madre pakistaníes. Como está determinada la filiación, su eventual nacionalidad española de origen solo podría fundarse en lo establecido en el art. 17.1º.c Cc, según el cual son españoles de origen “los nacidos en España de padres extranjeros, si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”.

III. Sin embargo, este precepto no beneficia a la interesada porque, por aplicación de la ley paquistaní de los padres y según resulta del conocimiento adquirido de dicha legislación por parte de este centro directivo (cf. art. 12.6º Cc), los hijos nacidos en el extranjero de un nacional paquistaní nacido en Pakistán tienen, por nacimiento, la nacionalidad paquistaní del progenitor, sin que en tal supuesto –con tratamiento distinto en la legislación paquistaní al caso en que el padre o madre paquistaníes hubieran nacido fuera del territorio de Pakistán– esté condicionada la atribución de la nacionalidad a la previa inscripción en el registro consular correspondiente.

IV. Consiguientemente, como la finalidad del precepto citado Cc es evitar situaciones de apatridia originaria, que aquí no se producen, no es posible declarar que la nacida ostenta la nacionalidad española. [...]

Obs.: En el mismo sentido, DGRN, Resolución (2ª) de 21 de julio de 2009, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), septiembre 2010 (1 de junio de 2009 a 30 de septiembre de 2009), pp. 103–104.

2010/DGRN/31.– Resolución (4ª) de 28 de julio de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, p. 132.

Nacionalidad.– Atribución por *ius soli* para evitar apatridia.– No corresponde a hijo de venezolanos nacidos en Venezuela.

[...] II. Se ha intentado por este expediente que se declare con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen de un niño nacido en España en 2005, hijo de padres venezolanos nacidos en Venezuela. 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. De acuerdo con el conocimiento adquirido por este centro directivo de la legislación constitucional venezolana, el hijo tenía al nacer la nacionalidad venezolana de los padres, sin que importe a estos efectos el hecho de que el nacido no conste inscrito como nacional venezolano según acredita la certificación consular que se acompaña. En efecto, la Constitución de Venezuela establece sin ningún tipo de restricción que son venezolanos los nacidos en el extranjero de padre y madre venezolanos por nacimiento (cf. art. 32.2º). Sin embargo, el art. 32.3º del mismo texto legal que alegan los recurrentes se refiere al supuesto de hecho del nacido en el extranjero cuando sólo el padre o la madre sea venezolano por nacimiento pero no cuando concurra esta condición en ambos progenitores. No se da, pues, una situación de apatridia originaria que justificaría la atribución *iure soli* de la nacionalidad española. [...]

2010/DGRN/32.– Resolución (5ª) de 28 de julio de 2009. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, p. 133.

Nacionalidad.– Atribución por *ius soli* para evitar apatridia.– No corresponde a hija de georgianos nacidos en Georgia.

[...] II. Se ha intentado este expediente que se declare con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen de una niña nacida en España en 2002, hija de padres georgianos nacidos en Georgia. 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. De acuerdo con el conocimiento adquirido por este centro directivo de la legislación georgiana, son georgianos los nacidos en el extranjero cuando ambos padres sean de nacionalidad georgiana, sin que la inscripción del nacimiento en la sección consular correspondiente sea condición indispensable para la atribución de tal nacionalidad. Dicha inscripción actuará, posiblemente, como requisito formal para el reconocimiento de la nacionalidad ya atribuida *ex lege* y que los padres pueden hacer efectiva en cualquier momento, pero no como elemento determinante para la atribución de la nacionalidad. Por consiguiente, no concurre el supuesto de hecho para la atribución de la nacionalidad española *iure soli* del art. 17.1º.c Cc, previsto para el caso de que el nacido en España no tenga otra nacionalidad *iure sanguinis*, evitando con dicha norma situaciones de apatridia originaria. [...]

NACIONALIDAD ESPAÑOLA *IURE SOLI*: LA TIENEN ATRIBUIDA LOS HIJOS DE BOLIVIANOS NACIDOS EN ESPAÑA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA

2010/DGRN/33.– Resolución (2ª) de 1 de febrero de 2010. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 56–57.

Nacionalidad.– Atribución por *ius soli* para evitar apatridia.– Corresponde a hija de bolivianos nacidos en Bolivia, nacida en España antes de la entrada en vigor de la nueva Constitución boliviana.

[...] 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 en 2007, hija de padres bolivianos nacidos en Bolivia. 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. De acuerdo con el conocimiento de la legislación boliviana adquirido por esta dirección general, y confirmado por la certificación consular acompañada al expediente, hay que concluir que los hijos de bolivianos nacidos en el extranjero antes de la entrada en vigor de la nueva Constitución boliviana el 7 de febrero de 2009, no adquirirían automáticamente por el solo hecho del nacimiento la nacionalidad boliviana, la cual sólo podía adquirirse por un acto posterior. Se daba pues una situación de apatridia originaria en la que se imponía la atribución de la nacionalidad española *iure soli*. No ha de importar que la nacida pueda adquirir más tarde “*iure sanguinis*” la nacionalidad de sus progenitores, porque este solo hecho no puede llevar consigo la pérdida de nacionalidad atribuida *ex lege* 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”.

V. Hay que advertir, no obstante, que la nueva regulación contenida en la reciente 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 ya 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. [...]

OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR HIJOS DE ESPAÑOLES NACIDOS EN ESPAÑA

2010/DGRN/34.– Resolución (3ª) de 9 de febrero de 2010. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 75–76.

Nacionalidad.– Opción a la nacionalidad española.– Hijos de españoles nacidos en España.– Acreditación de la doble condición.

[...] II. Los promotores, de nacionalidad cubana, solicitaron la declaración de la nacionalidad española alegando ser hijos de español de origen nacido en España. La encargada del Registro Civil requirió a los solicitantes para que aportaran la inscripción de nacimiento de su padre y, finalmente, denegó la petición por falta de acreditación de la filiación española de los interesados. Estos autos denegatorios constituyen el objeto del presente recurso.

III. La reforma operada en el Código civil por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, dio nueva redacción al art. 20 del citado cuerpo legal, reconociendo en su ap. 1 el derecho de optar por la nacionalidad española a “*b) Aquellos cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España*”. El supuesto de hecho objeto del presente expediente resulta subsumible en la citada norma, toda vez que concurre en los interesados el doble requisito de ser hijos de padre originariamente español y nacido en España, extremos ambos acreditados mediante la inscripción de nacimiento aportada al expediente con el recurso.

IV. Este documento probatorio no fue presentado en su momento por los promotores, a pesar de haber sido requeridos para ello, habiéndolo aportado al tiempo de interposición del recurso. Por tanto, han de estimarse correctos los autos recurridos que se atuvieron, al tiempo de ser dictados, a los hechos acreditados por los interesados. Es cierto que los documentos adjuntados al recurso pudieron haberlo sido anteriormente, por lo que podrían ser ahora rechazados; no obstante, en aras del principio de concordancia del Registro con la realidad y aplicando criterios de economía procesal con el fin de evitar la

reiteración del expediente, conviene tomar en consideración dichos documentos para la resolución del recurso. [...]

2010/DGRN/35.— Resolución (5ª) de 10 de febrero de 2010. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 81–82.

Nacionalidad.— Opción a la nacionalidad española.— Hijos de españoles nacidos en España.— Acreditación de la doble condición.

[...] II. La interesada, nacida en Cuba en 1920, ha pretendido optar a la nacionalidad española al amparo de lo dispuesto en el vigente art. 20.1º.b) Cc, basándose en que es hija de padre originariamente español y nacido en España. La encargada del Registro denegó la petición por estimar que no estaban suficientemente acreditados los requisitos necesarios, pues en el acta de nacimiento de la petitionería consta que el nombre de su padre es M., mientras que en la inscripción de nacimiento de éste en el Registro Civil español figura consta como R.

III. El art. 20.1º.b) Cc, reconoce el derecho a optar por la nacionalidad española a aquellas personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España. El requisito que crea cuestión en el presente caso es el del nombre del padre de la interesada. Es evidente que existe una disparidad respecto a este dato entre las certificaciones de nacimiento correspondientes a la promotora y a su padre. Sin embargo, a la vista del conjunto de la documentación, parece demostrado que la solicitante es hija de quien dice ser, un español de origen nacido en España. Así, según la inscripción de nacimiento cubana de la interesada, resulta que ésta es hija de M., natural de C. e hijo a su vez de S. y J.. Se aporta también la inscripción de nacimiento en C. en agosto de 1886 de R., hijo de S. y de J., así como la partida de bautismo en el mismo mes y año de M., hijo de S. y de J. A la vista de tales documentos, parece razonable considerar que M. es la misma persona que R. y M., por lo que cabe admitir que a la promotora le asiste el derecho de optar a la nacionalidad española. [...]

2010/DGRN/36.— Resolución (2ª) de 12 de febrero de 2010. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 81–82.

Nacionalidad.— Opción a la nacionalidad española.— Hijos de españoles nacidos en España.— Acreditación de la doble condición.

[...] II. Se ha pretendido por estas actuaciones inscribir en el Registro Civil español a una ciudadana cubana nacida en 1947 en virtud del ejercicio de la opción prevista por el art. 20.1º.b) Cc, en su redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, conforme al cual tienen derecho a optar por la nacionalidad española “aquellas [personas] cuyo padre o madre hubiere sido originariamente español y nacido en España”. En este caso el derecho de opción se basa en que la madre de la interesada, nacida en España en 1915, era española de origen.

III. La pretensión no puede ser estimada porque no resulta acreditada la nacionalidad española originaria de la progenitora, primer requisito que exige el citado precepto para que prospere el ejercicio del derecho de opción. En efecto, en la inscripción de nacimiento aportada consta que su padre, es decir, el abuelo de la interesada, era natural de Cuba. La posibilidad de que prosperase la opción ejercitada precisaba que se hubiese acreditado que el abuelo era español y transmitió esta nacionalidad *iure sanguinis* al nacer su hija (madre de la petitionería), puesto que según la legislación vigente en el momento del nacimiento de ésta, la madre solo transmitía la nacionalidad en defecto de padre. Por tanto, al no quedar acreditado que la madre de la solicitante hubiese adquirido de origen la nacionalidad española, no procede la opción basada en el art. 20.1º.b) Cc. [...]

2010/DGRN/37.— Resolución (1ª) de 15 de febrero de 2010. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 84–86.

Nacionalidad.— Opción a la nacionalidad española.— Hijos de españoles nacidos en España.— Acreditación de la doble condición.— Padre español nacido en Cuba en 1890.

[...] II. La interesada, nacida en Cuba en 1949, ha pretendido optar a la nacionalidad española al amparo de lo dispuesto en el vigente art. 20.1º.b) Cc, basándose en que es hija de padre originariamente español y nacido en España. La encargada del Registro denegó la petición por estimar que no estaban suficientemente acreditados los requisitos necesarios, pues el hecho de que el padre naciera en Cuba antes de la descolonización de la misma no es por sí mismo suficiente a los efectos de considerar que era originariamente español y nacido en España, siendo preciso que hubiera ejercido la opción a la nacionalidad española según establecía el Código Civil en la redacción vigente en el momento de su nacimiento.

III. El art. 20.1º.b) Cc, reconoce el derecho a optar por la nacionalidad española a aquellas personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España. Fundamenta la recurrente su pretensión en que la redacción originaria del art. 17 Cc establecía que tenían la condición de españoles las personas nacidas en territorio español, entendiéndose que dicha circunstancia concurría en su padre al haber nacido éste en 1890 en Cuba, provincia española de ultramar, que en aquella fecha, afirma, era territorio español. Así planteado el problema, la cuestión se centraría en primer lugar en determinar si la expresión “territorio español” es equivalente a “España” a los efectos de poder optar a la nacionalidad española por la vía del art. 20.1º.b) Cc.

IV. Hay que recordar al respecto que, ciertamente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de noviembre de 1999 (sala de lo contencioso-administrativo) elaboró una doctrina jurídica sobre el concepto de “territorio español” a propósito de la interpretación del art. 22.2º.a) Cc, que permite la reducción del plazo legal de residencia necesario para adquirir la nacionalidad española a un solo año respecto del que “haya nacido en territorio español”. El debate jurídico se centraba en la correcta interpretación de la expresión “territorio español” utilizada por tal precepto, que se presentaba como concepto que comprende y abarca antiguos territorios coloniales. La cuestión fue dilucidada en la citada sentencia precisando con gran rigor los conceptos de “territorio español” y “territorio nacional”, llegando a la conclusión de que sólo éste se circunscribe al territorio metropolitano, en tanto que aquél admite dos acepciones, una amplia y otra restringida, de forma que en su acepción amplia (la restringida se confunde con el concepto de territorio nacional) incluye todos aquellos espacios físicos que estuvieron bajo la autoridad del Estado español y sometidos a sus leyes, ya sean colonias, posesiones o protectorados. La consecuencia que el Tribunal Supremo alcanza de ello es que el Sáhara español (que era el territorio colonial objeto de la sentencia en el caso que se debatía), “era, pese a su denominación provincial, un territorio español – es decir, sometido a la autoridad del Estado español – pero no un territorio nacional”. Basándose en tal diferenciación y en el hecho de que el art. 22.2º.a) Cc habla, no “del que haya nacido en territorio nacional”, sino “del que haya nacido en territorio español”, entiende que el nacido en el antiguo territorio del Sáhara español durante el periodo de dominación española del mismo cumple tal requisito, por lo que puede acceder a la nacionalidad española mediante residencia legal abreviada de un año. Estas consideraciones cabría extenderlas por identidad de ratio a las denominadas “provincias de Ultramar”, entre las que, efectivamente, figuraba Cuba y a las que con tal calificativo se refería el art. 89 de la Constitución de la Monarquía española de 30 de junio de 1876, vigente a la fecha del nacimiento del padre de la promotora.

V. No obstante lo anterior, conviene precisar que los nacidos en los antiguos territorios coloniales no adquirieron, por el mero hecho del nacimiento en ellos, la calidad de españoles de origen, es decir, por atribución automática *iure soli*, como en un principio pudiera pensarse de la lectura aislada del art. 17 Cc en su redacción originaria.

VI. Pues bien, en el presente caso, el padre de la recurrente habría adquirido la nacionalidad española no por la vía del *ius soli* sino por filiación, como hijo de padre nacido en la provincia de L. en 1838 y

nieto de españoles naturales de la misma localidad, según se desprende de la documentación aportada (inscripción de nacimiento en Cuba del padre de la solicitante y diversa documentación militar correspondiente al abuelo), por lo que la interesada sí puede acogerse al derecho de opción establecido en el art. 20.1º.b) Cc al darse por acreditada la doble condición de hija de español de origen y nacido en España. El fundamento de la denegación basado en la necesidad de optar que establecía la redacción originaria de los arts. 18 y 19 Cc para poder gozar de la condición de españoles no es aplicable a este caso en tanto que dicho requisito, como expresamente señalan dichos artículos, era exigible para los nacidos de padres extranjeros, mientras que los hijos de padre español (como es el caso del padre de la promotora), ya hubieran nacido en territorio español o en el extranjero, nacían españoles y poseían la nacionalidad de sus padres mientras permanecieran bajo su patria potestad (redacción originaria de los arts. 17 y 18 Cc). Cuestión distinta es la referente a la posible pérdida de dicha nacionalidad después de la descolonización en función de lo establecido en el Tratado de París de 1898. [...]

A EFECTOS DE LA OPCIÓN PREVISTA EN EL ART. 20.1.B) CC, EL PROTECTORADO DE ESPAÑA EN LA ZONA NORTE DE MARRUECOS SE CONSIDERA TERRITORIO ESPAÑOL

20010/38/Doc – Resolución (5ª) de 6 de julio de 2009. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 33– 37.

Nacionalidad.– Opción a la nacionalidad española.– Hijos de españoles nacidos en España.– Acreditación de la doble condición.– Padre nacido en protectorado español de Marruecos.

[...] II. El promotor solicitó la adquisición de la nacionalidad española por opción basada en que su padre, nacido en Marruecos en 1948, era originariamente español y nacido en España (art. 20.1b, Cc). El encargado del Registro Civil Central dictó resolución denegando la solicitud por considerar que no concurrían los supuestos contemplados en los arts. 20.1º.a) y 20.2º.c) Cc, dado que el interesado nunca estuvo bajo la patria potestad de un español (el padre había perdido la nacionalidad española y la recuperó posteriormente en 2000, cuando el solicitante ya era mayor de edad) y era mayor de 20 años en el momento de presentación de la solicitud. El promotor presentó recurso alegando que su solicitud se basaba en el supuesto del art. 20.1º.b), considerando que el nacimiento de su padre en Marruecos se produjo en territorio español.

III. La cuestión hay que centrarla en determinar si el protectorado de España en la zona norte de Marruecos puede considerarse territorio español a los efectos de la legislación española sobre nacionalidad y, en particular, si el nacimiento en dicho territorio durante el periodo de vigencia de dicho protectorado permite entender o no satisfecha la exigencia impuesta por el art. 20.1º.b) Cc, en su redacción dada por Ley 36/2002, de 8 de octubre, a fin de permitir el ejercicio de la opción a la nacionalidad española basándose en el nacimiento en España del padre o madre del optante, además de la concurrencia en el mismo de la condición de español/a de origen. Esta cuestión ha sido abordada por esta Dirección General en consulta de 9 de junio de 2006 y en varias resoluciones (entre otras: 20–1ª de julio de 2004, 18–2ª de julio, 4–2ª y 3ª de octubre de 2005, 11 de octubre de 2006, 16–5ª y 18–4ª de mayo y 18–6ª de septiembre de 2007) que contienen un cuerpo de doctrina que ha de dar la pauta para el presente caso.

IV. La naturaleza del territorio es una de las cuestiones más oscuras del Derecho Internacional y quizás de las menos abordadas por la doctrina científica. En efecto, si la naturaleza del mismo se revela clara cuando el Estado ejerce su soberanía sobre un determinado espacio físico esencial, inalienable, imprescriptible e infungible, reconocido como tal en la Comunidad Internacional, la cuestión se complica en aquellos otros supuestos en los que, por una acción expansiva de los estados, existen otros territorios distintos sujetos a su autoridad, como consecuencia de un proceso previo de colonización. Surgen entonces las dudas sobre la naturaleza jurídica esos territorios colonizados, cedidos, o administrados por los colonizadores. La cuestión fue abordada por el Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 7

de noviembre de 1999, dictada en casación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, a propósito de la adquisición de la nacionalidad en el plazo abreviado de un año de residencia legal en España, establecido en el art. 22.2º.a) Cc, a favor de quienes hubieran nacido en el Sahara español, manteniendo la tesis, a partir de la distinción entre “territorio nacional” y “territorio español”, de que las posesiones españolas en África occidental y ecuatorial, cuando estuvieron sujetas a la autoridad del Estado español, formaron parte del territorio español.

Aun cuando el ordenamiento jurídico español no siempre utilizó con la debida precisión ambos términos, pues en ocasiones empleó el término “territorio español” en una acepción restringida –coincidente con el concepto “territorio nacional”– y en otras en una acepción amplia –abarcando todos aquellos espacios sujetos a su autoridad– no obstante, en un sentido riguroso, para determinar el alcance del art. 22.2º.a) Cc, debe entenderse que los nacidos en alguno de los citados territorios, antes de la declaración de independencia, retrocesión o descolonización, nacieron en territorio español. En efecto, el debate jurídico que subyacía en la *litis* se centraba, como se ha indicado, en la correcta interpretación de la expresión “territorio español” utilizada por tal precepto que se presentaba como concepto que comprende y abarca el antiguo territorio colonial del Sahara español. La cuestión fue dilucidada en la citada sentencia precisando con gran rigor los conceptos de “territorio español” y “territorio nacional”, llegando a la conclusión de que sólo éste se circunscribe al territorio metropolitano, en tanto que aquél admite dos acepciones, una amplia y otra restringida, de forma que en su acepción amplia (la restringida se confunde con el concepto de territorio nacional) incluye todos aquellos espacios físicos que estuvieron bajo la autoridad del Estado español y sometidos a sus leyes, ya sean colonias, posesiones o protectorados. La consecuencia que el Tribunal Supremo alcanza de ello es que el Sahara español, lo mismo que Ifni y Guinea Ecuatorial, “era, pese a su denominación provincial, un territorio español – es decir, sometido a la autoridad del Estado español – pero no un territorio nacional”. Basándose en tal diferencia, y en el hecho de que el art. 22.2º.a) Cc habla, no “del que haya nacido en territorio nacional”, sino “del que haya nacido en territorio español”, entiende que el nacido en los antiguos territorios del Sahara español durante el período de dominación española del mismo cumple tal requisito, por lo que puede acceder a la nacionalidad española mediante residencia legal abreviada de un año.

V. Ciertamente, la cuestión relativa a la naturaleza de los territorios del norte de Marruecos no fue específicamente tratada en dicha sentencia, que solo contempló un momento histórico de la comunidad internacional, a partir de la política de descolonización impulsada por la ONU, cuyo impacto se dejó sentir en el derecho español de la época y, en concreto, en el Decreto de 4 de julio de 1958 de provincialización. Sin embargo, las dudas que pudiera suscitar la relación entre el Estado español y el Reino de Marruecos, con relación al Convenio Franco Español de 27 de noviembre de 1912, cuyo art. 1 reconoció cierto grado de soberanía marroquí sobre sus territorios del norte, deben resolverse considerando que durante los 44 años que estuvieron sujetos a la acción protectora y autoridad de España (*vid.* RD 27 de febrero de 1913), fueron territorios españoles, en aplicación de la tesis del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 7 de noviembre de 1999, a los efectos de adquirir la nacionalidad española por residencia abreviada de un año y también a los de entender integrado el requisito del nacimiento en España del progenitor del interesado que pretenda ejercer la opción a la nacionalidad española por la vía del art. 20.1º.b) Cc, en su redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre. Así lo han sostenido ya las resoluciones de este centro directivo, entre otras, 18–1ª de julio de 2004 y 4–2ª y 3ª de octubre de 2005.

VI. Ahora bien, las resoluciones mencionadas dan un paso más en el proceso lógico-jurídico de la interpretación, al extender la citada conclusión, alcanzada en la interpretación del nº 1 del art. 22.2º.a) Cc, que reduce el plazo de residencia legal necesaria para la adquisición de la nacionalidad española a favor de “el que haya nacido en territorio español”, al supuesto de opción previsto en el art. 20.1º.b) Cc a favor de aquellas personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y “nacido en España”. La razón de esta interpretación extensiva la fundamentan las resoluciones citadas en el hecho de que concurre identidad de razón, y sin que a ello estorbe el hecho de que el precepto hable en este caso de “España” y no de “territorio español”, ya que habida cuenta de la finalidad de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, encaminada a facilitar la adquisición de la nacionalidad española a las estirpes de españoles que, ellos o sus descendientes, perdieron su nacionalidad por razón de emigración, aquél término de

“España” se debe interpretar con la perspectiva histórica e intergeneracional que su finalidad le impone, por referencia al tiempo del nacimiento de la persona a la cuál se refiere el precepto. Esta interpretación está avalada por la justificación que de las razones de la reforma emprendida por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, ofrece su propia Exposición de Motivos, en la que se destaca el objetivo de cumplir los mandatos, en este ámbito concreto de la nacionalidad, de la Constitución española de 1978, atendiendo, en concreto, al que se contiene en el art. 42 de la misma cuando encomienda al Estado la misión de velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, a la que añade la obligación de orientar su política hacia su retorno. Facilitar la conservación y transmisión de la nacionalidad española es, sin duda, una forma eficaz de cumplir este mandato y éste es el principal objetivo de la presente Ley. De este modo, afirma la Exposición de Motivos, “se da cumplida respuesta, por un lado, a la recomendación contenida en el informe publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el 27 de febrero de 1998, elaborado por la Subcomisión del Congreso de los Diputados, creada para el estudio de la situación de los españoles que residen en el extranjero y, por otro, a las reclamaciones que éstos han hecho llegar al Consejo de la Emigración pidiendo se superara el sistema de plazos preclusivos de opción establecidos sucesivamente por las Leyes 18/1990, 15/1993, y 29/1995”, leyes que claramente vinculaban la opción introducida, si bien que con carácter transitorio, al fenómeno de la emigración de españoles al extranjero. Así, la exposición de motivos de la Ley 18/1990 justifica la opción a la nacionalidad española que introdujo – equivalente a la hoy recogida en el art. 20.1b) Cc vigente – como un beneficio “sobre todo, a los hijos de emigrantes que, al nacer, ya no eran españoles. Se estima así que, por medio de la opción que se concede, quedarán solucionadas las últimas secuelas perjudiciales de un proceso histórico, la emigración masiva de españoles, hoy difícilmente repetible”.

VII. Ahora bien, el hecho de que para cumplir esta finalidad sea preciso que el término de “España” se deba interpretar con la perspectiva histórica e intergeneracional que dicha finalidad le impone, por referencia al tiempo del nacimiento de la persona a que el precepto se refiere, de forma que quedan amparados y comprendidos en la norma las estirpes de los españoles que se desplazaron a territorios distintos de los metropolitanos pero sometidos a la autoridad española o, dicho en la terminología de la redacción originaria Cc, “territorios sujetos a la legislación peninsular” (*vid.* art. 1º), no quiere decir que dicho concepto territorial amplio sólo beneficie a tales estirpes, excluyendo la hipótesis de aquellos cuyo padre o madre fuese español de origen por ser hijo de un ciudadano extranjero que hubiese obtenido carta de naturaleza como español, y que, además, hubiese nacido en tales territorios durante el período de su sometimiento a la autoridad de la legislación española y acción protectora de España. Obsérvese cómo el preámbulo de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, de Reforma Cc en materia de Nacionalidad, precursora en la introducción del derecho de opción que estamos analizando, habla de beneficiar “sobre todo” a los hijos de emigrantes, pero no de forma exclusiva. Una cosa es la finalidad de la norma, y otra su ámbito de aplicación. En este caso el ámbito de aplicación supera al que, de forma estricta, sería necesario para atender aquella finalidad, al no haberse formulado restricciones en la tipología de los supuestos de hecho a que se refiere por una vinculación exclusiva a la figura del emigrante o sus descendientes, a diferencia de otras normas como las relativas a la recuperación de la nacionalidad española, que limitan la dispensa de algunos requisitos concretos a esta cualidad personal del beneficiario.

VIII. No obstante lo anterior, conviene precisar que los nacidos en los territorios del antiguo protectorado español en Marruecos no adquirieron, por el mero hecho del nacimiento en ellos, la calidad de españoles de origen, es decir, por atribución automática *iure soli*, como en un principio pudiera pensarse de la lectura aislada del art. 17 Cc en su redacción originaria. En efecto, la redacción originaria Cc no establecía un mecanismo de atribución automática *iure soli* a favor de los hijos de extranjeros nacidos en territorio español, sino que se condicionaba tal atribución al requisito indispensable de que los padres optasen en nombre de sus hijos y durante su minoría de edad por la nacionalidad española, con renuncia de toda otra, opción que también podían ejercitar por sí los propios hijos dentro del año siguiente a su mayoría de edad o emancipación (*cf.* arts. 18 y 19 Cc, redacción originaria). Es cierto, no obstante, como ha indicado esta Dirección General en resolución de 26 de marzo de 2006, que la Constitución de la

Monarquía española de 1876 afirmaba en su art. 1 que “Son españoles: 1.º Las personas nacidas en territorio español», norma que se introdujo ya en la anterior Constitución de 18 de junio de 1837 (son españoles «todas las personas nacidas en los dominios de España»), de donde pasó a las Constituciones de 23 de mayo de 1845 y a la posterior de 1 de junio de 1869, si bien en esta última se sustituye la expresión “dominios de España” por la de “territorio español”, esto es, acogiendo una formulación idéntica a la incorporada al art. 1 de la Constitución canovista de 1876 y al tenor del ap. 1 del art. 17 de la redacción originaria Cc. Con ello, una primera impresión resultante de la lectura apresurada de tales preceptos podría trasladar la idea de que tanto el texto constitucional como el texto legal citados imponían el criterio del *ius soli*. Sin embargo, hay que advertir inmediatamente contra el error de tal interpretación. En efecto, el mandato del número 1 del art. 17 se complementa con lo dispuesto en los arts. 18 y 19 Cc, en su misma redacción originaria, de donde resulta la necesidad de ejercer la opción antes indicada para adquirir la nacionalidad española, opción a la que faculta el hecho del nacimiento en territorio español. Con ello el Código civil utilizaba en este precepto el nacimiento en el territorio español como condición o presupuesto para la adquisición de la nacionalidad española y no como causa directa de tal adquisición. En definitiva, como indicara el profesor De Castro en su exégesis de dicho precepto, el Código civil utilizaba el territorio como causa de adquisición de la nacionalidad, pero como causa supletoria o secundaria, de forma que no imponía a los nacidos en el ámbito de la soberanía española la condición de súbditos del Estado español, sino que empleaba el criterio del *ius soli* sólo para tener en cuenta una probabilidad y ofrecer una facultad al extranjero.

IX. Por tanto, una vez determinado que el nacimiento en T. en la época en que dicho territorio formaba parte del protectorado español es equiparable al nacimiento en España y habiendo resultado probada condición de español de origen del padre del solicitante por medio de la aportación al expediente de la correspondiente inscripción de nacimiento en el Registro Civil español, el caso presente se ajusta indudablemente a los presupuestos establecidos en el art. 20.1º.b) Cc en la redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre. [...]

NO CONSOLIDA LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA QUE NO DERIVA DE UN TÍTULO INSCRITO. EL DNI NO BASTA COMO PRUEBA DE LA NACIONALIDAD

2010/DGRN/39.— Resolución (1ª) de 15 de julio de 2009. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 77–78.

Nacionalidad.— Consolidación de la nacionalidad española.— Posesión y empleo durante diez años de la nacionalidad española.— Necesario título inscrito en el Registro civil.

[...] II. El promotor del expediente solicitó ante el Registro Civil la declaración de la nacionalidad española por consolidación alegando haber nacido en C., estar inscrito en el Registro Civil de dicha localidad y haber estado en posesión de DNI español expedido en 1973 y renovado en 1980, por lo que consideraba que cumplía los requisitos establecidos en el art. 18 Cc. La encargada del Registro Civil dictó auto el 24 de enero de 2005 denegando la solicitud por no estar acreditado que el interesado hubiera utilizado y poseído la nacionalidad española durante 10 años.

III. Según el art. 18 Cc la nacionalidad española puede consolidarse si se posee y utiliza durante diez años, con buena fe y sobre la base de un título inscrito en el Registro Civil que después es anulado. La vía registral para comprobar esta consolidación es el expediente de declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción (cf. art. 96.2º LRC y 338 RRC), que decide en primera instancia el encargado del registro civil del domicilio (cf. art. 335 RRC).

IV. Por tanto, uno de los requisitos exigidos por el art. 18 Cc como condicionante de la consolidación de la nacionalidad española es el de ostentar un título inscrito en el Registro Civil. Para que la inscripción de nacimiento del interesado fuese idónea a estos efectos, tendría que haber resultado del Registro que la filiación o el nacimiento en España del interesado produjeron, según la legislación

aplicable en el momento del nacimiento, la adquisición de la nacionalidad española (*vid.* apartado III Instrucción de 20 de marzo de 1991). Y no es esto lo que sucede en este caso, ya que con arreglo a la regulación vigente en materia de nacionalidad a la fecha del nacimiento del interesado, integrada por la redacción originaria Cc, no concurría en aquél ningún título atributivo de la nacionalidad española ni *iure soli* ni *iure sanguinis*, puesto que los padres no eran españoles y para que los nacidos de extranjeros en territorio español pudieran obtener la condición de españoles era requisito indispensable que los padres manifestaran ante los funcionarios correspondientes que optaban en nombre de sus hijos por la nacionalidad española renunciando a toda otra, circunstancia que no consta en la inscripción aportada al expediente.

V. El hecho de que el interesado haya sido considerado español durante algún tiempo por la Administración y haya estado en posesión del correspondiente DNI constituye un error de la Administración que podrá surtir otros efectos, pero no basta para probar legalmente su actual nacionalidad española (*cf.* art. 18 Cc). Es cierto que el Documento Nacional de Identidad sirve para acreditar, salvo prueba en contrario, la nacionalidad española del titular (disposición adicional 1ª del RD 1245/1985, de 17 de julio, y art. 1.2º RD 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del Documento Nacional de Identidad y sus certificados de firma electrónica) pero, como viene reiterando este centro directivo a partir de la resolución de 18 de mayo de 1990, esa presunción no es absoluta, pues su ámbito se ciñe exclusivamente al de los expedientes administrativos e incluso en éstos puede ser desvirtuada por otros documentos o datos que consten en el mismo expediente. En cualquier caso no rige en el ámbito del Registro Civil porque afecta a materias de Derecho privado en cuya tramitación se aplican supletoriamente las leyes procesales (*cf.* art. 16 y 349 RRC) y en las que la prueba de los hechos inscritos se regula por lo dispuesto en los arts. 2 y 96 LRC. [...]

INCOMPETENCIA DEL ENCARGADO DEL REGISTRO PARA INADMITIR SOLICITUD DE NATURALIZACIÓN: COMPETENCIA DE LA DGRN

2010/DGRN/40.– Resolución (5ª) de 23 de noviembre de 2009. *BIMJ*. Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 176–177.

Nacionalidad.– Naturalización.– Concesión competencia del Ministerio de Justicia.– Incompetencia del Juez encargado del Registro para inadmitir solicitud.

[...] II. La concesión de la nacionalidad española por residencia es competencia del Ministerio de Justicia, careciendo el encargado del Registro Civil de facultad decisoria respecto a tales expedientes (*cf.* arts. 21 y 22 Cc). Si el encargado que ha de instruir la primera fase del expediente (*cf.* art. 365 RRC) estima que no se cumplen los requisitos legales para la concesión, ha de limitarse a elevar el expediente a la DGRN, una vez tramitado conforme a las reglas generales, con el correspondiente informe propuesto, que puede ser desfavorable.

III. No se ha hecho así en el presente caso, en el que el juez encargado no ha admitido la solicitud, por lo que procede, al resolver el recurso interpuesto, declarar la nulidad de las actuaciones por incompetencia de aquél. Así resulta de la aplicación de los arts. 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 16 RRC.

IV. Por lo demás, no habiéndose terminado la tramitación del expediente, es oportuno devolver las actuaciones al Registro Civil del domicilio para que, completadas las mismas (*cf.* art. 221 RRC), se cierre la instrucción del expediente y se eleve a este centro directivo. [...]

Obs.: En el mismo sentido, DGRN, Resolución (6ª) de 24 de noviembre de 2009, Boletín de Información, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 184–185; Resolución (1ª) de 13 de enero de 2010, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 92–93.

PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL DE RESOLUCIONES INGLÉSAS DE APERTURA DE QUIEBRA

2010/DGRN/41.— Resolución de 11 de junio de 2010. *BIMJ*, núms. 2115–2116, 15 de febrero de 2011, pp. 1944–19.

Inscripción de resoluciones inglesas de apertura de quiebra.— Reconocimiento de la resolución.— Reconocimiento automático a través de Reglamento 136/2000.— No precisa tramitación de procedimiento específico.

[...] 1. Se debate en este recurso la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad de dos resoluciones judiciales inglesas por las que se declara la apertura de sendos procedimientos concursales frente a dos nacionales ingleses. El Registrador deniega la inscripción al entender que, en aplicación del juego combinado de los arts. 38.1º y 39 del Reglamento 44/2001, 4 LH y 10.1º Cc, resulta necesaria la obtención de un auto judicial previo en el que se decreta “un asiento procedente conforme a la legislación hipotecaria pertinente”. Por el contrario, en opinión del recurrente es posible inscribir directamente las declaraciones de concurso de los cotitulares de la finca conforme a lo dispuesto en los arts. 17 y 18 Reglamento (CE) nº1346/2000 de 29 de mayo, del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia.

2. La correcta resolución del presente recurso obliga a identificar, con carácter previo, las normas que resultan aplicables y la delimitación de sus respectivos ámbitos de aplicación.

En primer lugar, y al contrario de lo que se señala en la nota de calificación, el Reglamento 44/2001, no es aplicable al reconocimiento de una declaración de apertura de concurso extranjero, desde el momento en que en el art. 1 del mencionado instrumento se excluyen de su ámbito material de aplicación los procedimientos de insolvencia (*vid.* ATS 4 de diciembre de 2007). Tampoco resulta aplicable a esta cuestión el art. 10.1º Cc, un precepto en el que se contiene la norma de conflicto que determina el Derecho aplicable a la constitución y eficacia de un derecho real, cuestiones que en ningún caso se plantean en el presente supuesto.

La respuesta a la cuestión planteada debe buscarse, por el contrario, en la normativa sobre concurso internacional, normativa que, contiene, con carácter general, en el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y en los arts. 10–11 y 199–230 de la Ley Concursal. Las soluciones acogidas por el Reglamento de Insolvencia y por la Ley Concursal poseen una gran semejanza y responden a principios comunes. Sin embargo, existe una diferencia esencial entre una y otra norma, precisamente en la cuestión que se plantea en el presente recurso: el reconocimiento de una declaración extranjera de apertura de concurso. El instrumento comunitario, siguiendo en este punto la senda ya iniciada por el Reglamento 44/2001, establece en su art. 16 el reconocimiento automático de las declaraciones de apertura adoptadas por las autoridades de un Estado miembro, al señalar que «Toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia adoptada por el tribunal competente de un Estado miembro en virtud del art. 3, será reconocida en todos los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura» (*vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2010, as. C–444/2007). La regla del art. 16 constituye una nueva expresión del ya mencionado “principio de confianza comunitaria” (*vid.* STJUE 2 de mayo de 2006, as. C–341/2000) y se complementa con la que contiene el art. 17.1, según la cual, “La resolución de apertura de un procedimiento del ap. 1 del art. 3 producirá, sin ningún otro trámite, en cualquier Estado miembro, los efectos que le atribuya la Ley del Estado en que se haya abierto el procedimiento (...)”. En otros términos, la declaración de apertura de un concurso adoptada por las autoridades de un Estado miembro debe reconocerse en el resto de Estados miembros ex lege y con los efectos que le atribuye el ordenamiento del Estado de origen, sin que, por lo tanto, sea necesario acudir a ningún procedimiento previo de homologación judicial de la decisión en el Estado en el que ésta se quiera hacer efectiva. A ello hay que

añadir que el art. 22 reconoce al Síndico de la quiebra la facultad de solicitar la inscripción de la declaración en cualquier Registro de un Estado miembro, siempre que se trate de una modalidad de Síndico incluida en el Anexo C del Reglamento. Por el contrario, la regulación de la Ley Concursal relativa a la eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia concursal contenida en el art. 220, parte de una concepción radicalmente diferente y somete el reconocimiento de la declaración de apertura extranjera al régimen de *execuátur*, lo que obligaría, con carácter previo a la inscripción, a acudir al procedimiento contemplado en la LEC/1881.

Dada la primacía de los reglamentos comunitarios sobre el ordenamiento nacional, la aplicación de las soluciones contempladas en la Ley Concursal depende de que el supuesto quede fuera del ámbito de aplicación del Reglamento 1346/2000. En el caso concreto de las reglas que ahora resultan de interés para la resolución del presente recurso, esto es, las relativas al reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones en materia concursal, las soluciones del Reglamento 1346/2000 se aplican a todas aquellas resoluciones extranjeras que se quieran reconocer o declarar ejecutables en un Estado miembro, siempre que cumplan tres requisitos: 1) que hubieran sido dictadas en otro Estado miembro salvo Dinamarca, para la que no está en vigor este instrumento; 2) que las autoridades de tal Estado hubieran basado su competencia en las reglas del propio Reglamento, algo que, según el art. 3, sucederá siempre que el deudor concursal tenga su centro de intereses principales en el territorio de un Estado miembro y; 3) que las resoluciones estuvieran incluidas dentro del ámbito material del Reglamento, para lo cual es necesario que hubieran sido dictadas en el marco de un procedimiento que cumpla los requisitos contemplados en el art. 1 y además se encuentre recogido en los Anexos A o B del Reglamento. Fuera de estos casos, el reconocimiento de una declaración extranjera de apertura, provenga o no de un Estado comunitario, quedaría sometida al art. 220 LC y, con ello, al trámite del *execuátur*. Es necesario además poner de manifiesto que un modelo de reconocimiento automático como el instaurado por el Reglamento de Insolvencia no implica la ausencia absoluta de control. Por el contrario, en el caso de que se pretenda el reconocimiento de una declaración de apertura de un concurso extranjero, el Reglamento permite denegar éste cuando sus efectos resulten manifiestamente contrarios al orden público del Estado requerido (art. 26). En cuanto al reconocimiento del resto de resoluciones derivadas de un procedimiento concursal extranjero, el Reglamento añade, al margen de la eventual vulneración del orden público del Estado requerido, un motivo adicional de denegación: la ausencia de una limitación de la libertad personal o del secreto postal (art. 26).

Ahora bien, pese a que no suponga una ausencia de control de la resolución extranjera, la apuesta por un modelo de reconocimiento automático sí tiene una especial incidencia sobre el modo de realizar tal control. A diferencia de lo que acontece en un modelo de homologación previa como el contenido en la LEC/1881, donde el reconocimiento se supedita a la obtención de una autorización por parte de las autoridades del Estado requerido en la que, a título principal y con fuerza de cosa juzgada, se permita que despliegue sus efectos en ese Estado, el Reglamento 1346/2000 posibilita la obtención del reconocimiento incidental de una resolución extranjera ante aquella autoridad del Estado requerido frente a la cual tal resolución se quiera invocar, sea aquélla una autoridad judicial o, como acontece en el presente supuesto, un Registrador. Ello supone que, en un caso como el presente, es al propio Registrador a quien corresponde, con carácter previo a la inscripción del título extranjero, controlar con carácter incidental si la resolución extranjera de declaración de apertura de concurso reúne los requisitos para ser reconocida en España como trámite previo a su inscripción.

En definitiva, pese a la flexibilización del régimen de reconocimiento de resoluciones extranjeras que propone el Reglamento 1346/2000, el propio instrumento comunitario exige un comportamiento activo del Registrador que le obliga, de un lado, a constatar que la resolución concursal extranjera queda dentro del ámbito de aplicación del propio instrumento y, en consecuencia, puede beneficiarse de su régimen privilegiado de reconocimiento y, de otro, que no se encuentra inmersa en uno de los motivos de denegación (Informe Virgós/ Schmit, citado en los Vistos, nº 183). El Reglamento carece, sin embargo, de normas propias en las que se establezca el procedimiento que deben seguir las autoridades nacionales a la hora de practicar el control incidental de una resolución extranjera, lo que obliga a acudir a las normas nacionales, normas, que en el caso del Registrador, necesariamente han de ser las que regulan el ejerci-

cio del control de legalidad. Ello supone que el Registrador ha de incorporar a dicho control el examen de los requisitos que permiten atribuir eficacia en España a la declaración de apertura extranjera, un examen que necesariamente ha de ser de carácter limitado y que ha de ceñirse exclusivamente a los requisitos ya mencionados, es decir, la constatación de que el supuesto queda dentro del propio Reglamento y, en consecuencia, puede beneficiarse del régimen de reconocimiento incidental y, de constatarse la aplicación del instrumento comunitario, la verificación de que el reconocimiento de la declaración de apertura extranjera no supone una manifiesta vulneración del orden público español. Por otro lado, el Reglamento tampoco regula la forma y el contenido de la inscripción, lo que supone que ésta ha de respetar las exigencias de la autoridad que lleve el registro nacional (en este sentido, Informe Virgós/Schmit, nº 182) exigencias, claro está, cuyo cumplimiento también deberá ser verificado por el propio Registrador y entre las que se incluyen las relativas a la inscripción de documentos extranjeros contenidas en el art. 3 LH y 36 RH. Debe señalarse además que siempre que resulte de aplicación el régimen de reconocimiento de resoluciones extranjeras contenido en el Reglamento de Insolvencia queda sin efecto la remisión del art. 4 LH al sistema interno de ejecución contemplado en los arts. 951-958 LEC/1881, por lo que, al contrario de lo señalado en la nota de calificación, este precepto no podría ser invocado para exigir el ejecución de la resolución extranjera como requisito previo a su inscripción. Tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el principio de confianza mutua entre los Estados miembros del que parte el Reglamento de Insolvencia supone, al margen de un elenco unificado de reglas de competencia “la renuncia correlativa por los Estados miembros a sus normas internas de reconocimiento y de ejecución a favor de un mecanismo simplificado de reconocimiento y ejecución de las resoluciones adoptadas en el marco de los procedimientos de insolvencia” (STJUE 2 de mayo de 2006, as. C-331/2004, cdo. 40).

3. Una vez examinadas las circunstancias que concurren en el supuesto, la aplicación del Reglamento de Insolvencia resulta indiscutible. De un lado, las resoluciones cuya inscripción se solicita son dictadas por una autoridad de un Estado comunitario. De otro, en la nota de calificación no se cuestiona ni el hecho de que los deudores concursales tengan su centro de intereses principales en un Estado comunitario ni la inclusión del procedimiento inglés dentro del elenco de procedimientos incluidos en los Anexos del Reglamento, por lo que este Centro Directivo no pueda ahora entrar a discutir ambas cuestiones. En el presente supuesto, la inscripción se deniega al considerarse que resultaba necesario obtener con carácter previo a la inscripción, una resolución judicial que homologase las resoluciones extranjeras. Pues bien, de acuerdo a la exposición que se acaba de realizar, tal solución no puede ser compartida. Ya se ha señalado que el art. 16 del Reglamento de Insolvencia parte del reconocimiento automático de las declaraciones extranjeras de apertura y permite al Registrador realizar un control incidental de la decisión en los términos antes apuntados. Como ya se apuntó, el Registrador invocaba, entre otras normas los arts. 38.1 y 39 del Reglamento, para justificar la necesidad de obtener el ejecución previo de las resoluciones inglesas y, desde luego, es cierto que el Reglamento 1346/2000 realiza una remisión en su art. 25 a la regulación contenida en los arts. 31 a 51 del Convenio de Bruselas de 1968 (actuales arts. 38-58 del Reglamento 44/2001), con la excepción del art. 34.2 (art. 45.1 del Reglamento 44/2001). Ahora bien, al margen de que el Reglamento 44/2001 también contempla el reconocimiento automático y, como ya se apuntó, es el texto que sirve de modelo en este ámbito al propio Reglamento de Insolvencia, es necesario aclarar que tal remisión, al margen de no ser aplicable a las declaraciones de apertura sino al resto de resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia, se refiere, no al reconocimiento, sino al procedimiento de obtención de una declaración de ejecutividad de tales resoluciones, es decir, al procedimiento para declarar ejecutable una decisión extranjera como paso previo a su posterior ejecución, un problema, por tanto, distinto al suscitado en el presente recurso.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos. Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los arts. 325 y 328 LH.

SUCESIONES

INSCRIPCIÓN DE INMUEBLE RESULTADO DE ADJUDICACIÓN DE HERENCIA: EXIGENCIA DE NIE A EXTRANJEROS SIN RESIDENCIA EN ESPAÑA

2010/DGRN/42.— Resolución 13 de diciembre de 2010. *BIMJ*, nº 2127, 15 de febrero de 2011, pp. 1054–1056.

Sucesión testamentaria.— Adjudicación de la herencia.— Legatarios extranjeros no residentes en España.— Inscripción de bien inmueble.— Exigencia de NIE

[...] 1. El único problema que plantea el presente recurso radica en dilucidar si la falta del número de identificación Fiscal (N.I.F. o del N.I.E. cuando se trate de extranjeros) de tres personas, legatarias de bienes no inmuebles (y en el presente supuesto, además, de escaso valor), es motivo que impide la inscripción del único bien inmueble inventariado, cuyo adjudicatario sí ha aportado el N.I.E. correspondiente.

2. La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, modificó el art. 254 LH, adicionando al mismo los párrafos 2, 3 y 4. En el párrafo 2 estableció que 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.

Esta exigencia de hacer constar el número de identificación fiscal o el N.I.E. si se trata de personas extranjeras, trata de combatir uno de los tipos de fraude fiscal, consistente en la ocultación de la verdadera titularidad de los bienes inmuebles por su adquisición a través de personas interpuestas, y tiene por finalidad aflorar todas las rentas que se manifiestan a través de las transmisiones de inmuebles en las distintas fases del ciclo inmobiliario, desde la propiedad de terrenos que se van a recalificar, hasta las adjudicaciones en la ejecución urbanística.

Una de las finalidades de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, según su Exposición de Motivos, es la prevención del fraude fiscal en el sector inmobiliario, en el que las novedades que introduce aquélla “se dirigen a la obtención de información que permita un mejor seguimiento de las transmisiones y el empleo efectivo que se haga de los bienes inmuebles”. El examen de dicha finalidad, que ha sido resaltada por la doctrina constituye un referente esencial para la resolución del presente problema, ya que, por una parte, sería desproporcionado que la falta del N.I.E. por parte de extranjeros que no residen en España, y que son legatarios de bienes muebles en una herencia que ha satisfecho el correspondiente impuesto sucesorio, impida el derecho del único legatario de bien inmueble, que sí ha cumplido tal obligación, a inscribir el bien adquirido por legado. Por otra parte, atendida la finalidad de la Ley, se debe concluir que, en sentido estricto, el único N.I.E. necesario es el del adquirente de un bien inmueble, adquirente que ha cumplido con dicho requisito.

progenitor cuya filiación esté determinada, tenga su residencia habitual fijada en el país en que el hijo/a haya nacido. 3.º Que la legislación sobre Derecho Internacional Privado del Estado del nacimiento vincule la determinación de los apellidos al criterio de la residencia habitual.” Las palabras enfatizadas ponen de manifiesto que la Instrucción se ciñe y aferra al supuesto resuelto en *Grunkin y Paul*, al no considerar la posibilidad de que el nacimiento se inscriba, *v.gr.*, en Estado Miembro de residencia de la madre o del padre, distinto al Estado del nacimiento.

3. b) Adicionalmente, la Instrucción restringe o trata de restringir la incidencia de *Grunkin y Paul* efectuando una interpretación muy particular de ciertas normas de DIPr español. En primer lugar, la directriz Tercera remacha todavía más en su punto 4º la ya mencionada exigencia de su punto 3º acerca de que los apellidos se hayan consignado de conformidad con la ley interna del Estado Miembro de residencia del interesado y de uno de sus progenitores, al menos: “4.º Que en el acta de nacimiento del niño/a en el Registro Civil del país del nacimiento se hayan consignado los apellidos que correspondan conforme a las leyes materiales de dicho país” y añade a continuación “sin admitir el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a leyes distintas de las españolas (*cf.* art. 12, nº 2 Cc).” Ciertamente, *Grunkin y Paul* se ciñe al caso de que las autoridades del lugar de nacimiento y residencia apliquen su ley interna, pero es dudoso que haya de limitarse a este supuesto, pues como se decía en el comentario a esta sentencia *AEDIPr* t. VIII, 2008, p. 1.033 “el Derecho comunitario es insensible a la conexión utilizada por la norma de conflicto de leyes del EM, de hecho es insensible a todo el enfoque basado en la ley aplicable”; luego cabe contemplar la posibilidad de que la autoridad del lugar de residencia habitual haya conferido los apellidos con arreglo a otra conexión (nacionalidad extranjera comunitaria o no del progenitor no español, autonomía de la voluntad). Y si bien este caso no está literalmente resuelto por *Grunkin y Paul* y por ende no se ocupa de él la Instrucción comentada, resulta sin embargo excesivo vedar su posibilidad con cita del art. 12.2º Cc. Este precepto atañe a la actuación de las autoridades españolas, no a la actuación las autoridades extranjeras; y si de lo que se trata es de control de la competencia legislativa en fase de reconocimiento de un acto extranjero, lo que se verifica es qué ley (o con qué resultado) se ha aplicado, y no si se ha llegado o no a la misma mediante “reenvío”.

En segundo lugar, el punto 5º de la directriz Tercera exige que “la opción por los apellidos determinados conforme a la ley del país del nacimiento sea solicitada por ambos progenitores o por uno de ellos con el consentimiento del otro, conforme al principio general sentado en el párrafo primero del art. 156 Cc, salvo que uno de los progenitores haya sido privado o suspendido del ejercicio de la patria potestad”, lo que se justificaría en que el interesado es español por hipótesis y la cuestión relativa a su representación en materia de nombre y apellidos se rige por la ley española (art. 9.1º Cc en relación en su caso al 9.9º Cc, en una interpretación extensiva de la exclusión del art. 4.c del Convenio de la Haya de 19 octubre 1996 –protección de menores–). No obstante, es preferible entender que la exclusión del nombre no alcanza a excluir los aspectos generales de representación del menor aunque se ejerza en materia de nombre, en cuyo caso la ley aplicable es la de la residencia habitual (arts. 16 y 17 del Convenio de la Haya de 19 octubre 1996 –protección de menores–), no la nacional de la que dependería la aplicación del art. 156 Cc o u otra normativa española. De hecho, en el Informe explicativo del Convenio de la Haya de 19 octubre 1996 –protección de menores– el profesor Paul Lagarde afirma que la “exclusión de nombre y apellidos del niño parecía evidente, ya que estas materias no afectan a la protección del niño. Su mención expresa en la lista de exclusiones fue decidida en un deseo de clarificación, para evitar problemas de calificación debido a la creciente complejidad de algunas legislaciones en materia de nombre.” (<http://www.hcch.net/upload/expl34s.pdf>).

En tercer lugar y por último, la Instrucción señala las excepciones basadas en el orden público internacional español en la directriz Cuarta: “Por excepción, no procederá la aplicación de la regla contenida en la directriz primera de esta Instrucción, aún cuando se cumplan los requisitos antes indicados, en los siguientes casos: 1.º Cuando los apellidos determinados conforme a la ley extranjera del país del nacimiento resulten contrarios al orden público español. Son supuestos en que procede la aplicación de la excepción de orden público en la materia los previstos en la directriz tercera de la Instrucción de este Centro Directivo de 23 de mayo de 2007 sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles, y cualquier otro en que puede producirse una violación de los valores superiores del ordenamiento jurídico

español. 2.º Cuando la aplicación de la regla de la directriz primera produjera como resultado una infracción al principio de la homopatrimonia entre hermanos de doble vínculo por diferir los apellidos consignados en el Registro Civil local extranjero de los que ya ostente legalmente otro hijo mayor de idéntica filiación (cfr. art. 55 de la Ley del Registro Civil).” Los supuestos previstos en la directriz Tercera de la Instrucción de 23 mayo 2007 se refieren al principio de duplicidad de apellidos de los españoles y al principio de infungibilidad de de las líneas (cf. R. Viñas Farré, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 1.276 y 1.278). Estos principios y el que veda la homopatrimonia de los hermanos de doble vínculo, que vienen siendo aplicados por la DGRN en sus resoluciones, quedan sujetos en su caso y sin perjuicio de su solidez, a los controles de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

Joaquim J. Forner Delaygua

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona

NACIONALIDAD

NACIONALIDAD ESPAÑOLA *IURE SOLI*: NO LA TIENEN ATRIBUIDA LOS NACIDOS EN ESPAÑA HIJOS DE PAQUISTANÍES, VENEZOLANOS, GEORGIANOS

2010/DGRN/30.– Resolución (1ª) de 21 de julio de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), septiembre 2010 (1 de junio de 2009 a 30 de septiembre de 2009), pp. 102–103.

Nacionalidad.– Atribución por *ius soli* para evitar apatridia.– No corresponde a hija de padre y madre pakistaníes.

[...] II. Pretenden los promotores del expediente que se declare con valor de simple presunción que tiene la nacionalidad española de origen una niña nacida en España en 2004, hija de padre y madre pakistaníes. Como está determinada la filiación, su eventual nacionalidad española de origen solo podría fundarse en lo establecido en el art. 17.1º.c Cc, según el cual son españoles de origen “los nacidos en España de padres extranjeros, si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”.

III. Sin embargo, este precepto no beneficia a la interesada porque, por aplicación de la ley paquistaní de los padres y según resulta del conocimiento adquirido de dicha legislación por parte de este centro directivo (cf. art. 12.6º Cc), los hijos nacidos en el extranjero de un nacional paquistaní nacido en Pakistán tienen, por nacimiento, la nacionalidad paquistaní del progenitor, sin que en tal supuesto –con tratamiento distinto en la legislación paquistaní al caso en que el padre o madre paquistaníes hubieran nacido fuera del territorio de Pakistán– esté condicionada la atribución de la nacionalidad a la previa inscripción en el registro consular correspondiente.

IV. Consiguientemente, como la finalidad del precepto citado Cc es evitar situaciones de apatridia originaria, que aquí no se producen, no es posible declarar que la nacida ostenta la nacionalidad española. [...]

Obs.: En el mismo sentido, DGRN, Resolución (2ª) de 21 de julio de 2009, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), septiembre 2010 (1 de junio de 2009 a 30 de septiembre de 2009), pp. 103–104.

2010/DGRN/31.– Resolución (4ª) de 28 de julio de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, p. 132.

Nacionalidad.– Atribución por *ius soli* para evitar apatridia.– No corresponde a hijo de venezolanos nacidos en Venezuela.

[...] II. Se ha intentado por este expediente que se declare con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen de un niño nacido en España en 2005, hijo de padres venezolanos nacidos en Venezuela. 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. De acuerdo con el conocimiento adquirido por este centro directivo de la legislación constitucional venezolana, el hijo tenía al nacer la nacionalidad venezolana de los padres, sin que importe a estos efectos el hecho de que el nacido no conste inscrito como nacional venezolano según acredita la certificación consular que se acompaña. En efecto, la Constitución de Venezuela establece sin ningún tipo de restricción que son venezolanos los nacidos en el extranjero de padre y madre venezolanos por nacimiento (cf. art. 32.2º). Sin embargo, el art. 32.3º del mismo texto legal que alegan los recurrentes se refiere al supuesto de hecho del nacido en el extranjero cuando sólo el padre o la madre sea venezolano por nacimiento pero no cuando concorra esta condición en ambos progenitores. No se da, pues, una situación de apatridia originaria que justificaría la atribución *iure soli* de la nacionalidad española. [...]

2010/DGRN/32.– Resolución (5ª) de 28 de julio de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, p. 133.

Nacionalidad.– Atribución por *ius soli* para evitar apatridia.– No corresponde a hija de georgianos nacidos en Georgia.

[...] II. Se ha intentado este expediente que se declare con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen de una niña nacida en España en 2002, hija de padres georgianos nacidos en Georgia. 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. De acuerdo con el conocimiento adquirido por este centro directivo de la legislación georgiana, son georgianos los nacidos en el extranjero cuando ambos padres sean de nacionalidad georgiana, sin que la inscripción del nacimiento en la sección consular correspondiente sea condición indispensable para la atribución de tal nacionalidad. Dicha inscripción actuará, posiblemente, como requisito formal para el reconocimiento de la nacionalidad ya atribuida *ex lege* y que los padres pueden hacer efectiva en cualquier momento, pero no como elemento determinante para la atribución de la nacionalidad. Por consiguiente, no concurre el supuesto de hecho para la atribución de la nacionalidad española *iure soli* del art. 17.1º.c Cc, previsto para el caso de que el nacido en España no tenga otra nacionalidad *iure sanguinis*, evitando con dicha norma situaciones de apatridia originaria. [...]

NACIONALIDAD ESPAÑOLA *IURE SOLI*: LA TIENEN ATRIBUIDA LOS HIJOS DE BOLIVIANOS NACIDOS EN ESPAÑA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA

2010/DGRN/33.– Resolución (2ª) de 1 de febrero de 2010. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 56–57.

Nacionalidad.– Atribución por *ius soli* para evitar apatridia.– Corresponde a hija de bolivianos nacidos en Bolivia, nacida en España antes de la entrada en vigor de la nueva Constitución boliviana.

[...] 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 en 2007, hija de padres bolivianos nacidos en Bolivia. 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. De acuerdo con el conocimiento de la legislación boliviana adquirido por esta dirección general, y confirmado por la certificación consular acompañada al expediente, hay que concluir que los hijos de bolivianos nacidos en el extranjero antes de la entrada en vigor de la nueva Constitución boliviana el 7 de febrero de 2009, no adquirirían automáticamente por el solo hecho del nacimiento la nacionalidad boliviana, la cual sólo podía adquirirse por un acto posterior. Se daba pues una situación de apatridia originaria en la que se imponía la atribución de la nacionalidad española *iure soli*. No ha de importar que la nacida pueda adquirir más tarde “iure sanguinis” la nacionalidad de sus progenitores, porque este solo hecho no puede llevar consigo la pérdida de nacionalidad atribuida *ex lege* 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”.

V. Hay que advertir, no obstante, que la nueva regulación contenida en la reciente 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 ya 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. [...]

OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR HIJOS DE ESPAÑOLES NACIDOS EN ESPAÑA

2010/DGRN/34.– Resolución (3ª) de 9 de febrero de 2010. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 75–76.

Nacionalidad.– Opción a la nacionalidad española.– Hijos de españoles nacidos en España.– Acreditación de la doble condición.

[...] II. Los promotores, de nacionalidad cubana, solicitaron la declaración de la nacionalidad española alegando ser hijos de español de origen nacido en España. La encargada del Registro Civil requirió a los solicitantes para que aportaran la inscripción de nacimiento de su padre y, finalmente, denegó la petición por falta de acreditación de la filiación española de los interesados. Estos autos denegatorios constituyen el objeto del presente recurso.

III. La reforma operada en el Código civil por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, dio nueva redacción al art. 20 del citado cuerpo legal, reconociendo en su ap. 1 el derecho de optar por la nacionalidad española a “b) Aquellos cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España”. El supuesto de hecho objeto del presente expediente resulta subsumible en la citada norma, toda vez que concurre en los interesados el doble requisito de ser hijos de padre originariamente español y nacido en España, extremos ambos acreditados mediante la inscripción de nacimiento aportada al expediente con el recurso.

IV. Este documento probatorio no fue presentado en su momento por los promotores, a pesar de haber sido requeridos para ello, habiéndolo aportado al tiempo de interposición del recurso. Por tanto, han de estimarse correctos los autos recurridos que se atuvieron, al tiempo de ser dictados, a los hechos acreditados por los interesados. Es cierto que los documentos adjuntados al recurso pudieron haberlo sido anteriormente, por lo que podrían ser ahora rechazados; no obstante, en aras del principio de concordancia del Registro con la realidad y aplicando criterios de economía procesal con el fin de evitar la

reiteración del expediente, conviene tomar en consideración dichos documentos para la resolución del recurso. [...]

2010/DGRN/35.— Resolución (5ª) de 10 de febrero de 2010. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 81–82.

Nacionalidad.— Opción a la nacionalidad española.— Hijos de españoles nacidos en España.— Acreditación de la doble condición.

[...] II. La interesada, nacida en Cuba en 1920, ha pretendido optar a la nacionalidad española al amparo de lo dispuesto en el vigente art. 20.1º.b) Cc, basándose en que es hija de padre originariamente español y nacido en España. La encargada del Registro denegó la petición por estimar que no estaban suficientemente acreditados los requisitos necesarios, pues en el acta de nacimiento de la peticionaria consta que el nombre de su padre es M., mientras que en la inscripción de nacimiento de éste en el Registro Civil español figura consta como R.

III. El art. 20.1º.b) Cc, reconoce el derecho a optar por la nacionalidad española a aquellas personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España. El requisito que crea cuestión en el presente caso es el del nombre del padre de la interesada. Es evidente que existe una disparidad respecto a este dato entre las certificaciones de nacimiento correspondientes a la promotora y a su padre. Sin embargo, a la vista del conjunto de la documentación, parece demostrado que la solicitante es hija de quien dice ser, un español de origen nacido en España. Así, según la inscripción de nacimiento cubana de la interesada, resulta que ésta es hija de M., natural de C. e hijo a su vez de S. y J.. Se aporta también la inscripción de nacimiento en C. en agosto de 1886 de R., hijo de S. y de J., así como la partida de bautismo en el mismo mes y año de M., hijo de S. y de J. A la vista de tales documentos, parece razonable considerar que M. es la misma persona que R. y M., por lo que cabe admitir que a la promotora le asiste el derecho de optar a la nacionalidad española. [...]

2010/DGRN/36.— Resolución (2ª) de 12 de febrero de 2010. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 81–82.

Nacionalidad.— Opción a la nacionalidad española.— Hijos de españoles nacidos en España.— Acreditación de la doble condición.

[...] II. Se ha pretendido por estas actuaciones inscribir en el Registro Civil español a una ciudadana cubana nacida en 1947 en virtud del ejercicio de la opción prevista por el art. 20.1º.b) Cc, en su redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, conforme al cual tienen derecho a optar por la nacionalidad española “aquellas [personas] cuyo padre o madre hubiere sido originariamente español y nacido en España”. En este caso el derecho de opción se basa en que la madre de la interesada, nacida en España en 1915, era española de origen.

III. La pretensión no puede ser estimada porque no resulta acreditada la nacionalidad española originaria de la progenitora, primer requisito que exige el citado precepto para que prospere el ejercicio del derecho de opción. En efecto, en la inscripción de nacimiento aportada consta que su padre, es decir, el abuelo de la interesada, era natural de Cuba. La posibilidad de que prosperase la opción ejercitada precisaba que se hubiese acreditado que el abuelo era español y transmitió esta nacionalidad *iure sanguinis* al nacer su hija (madre de la peticionaria), puesto que según la legislación vigente en el momento del nacimiento de ésta, la madre solo transmitía la nacionalidad en defecto de padre. Por tanto, al no quedar acreditado que la madre de la solicitante hubiese adquirido de origen la nacionalidad española, no procede la opción basada en el art. 20.1º.b) Cc. [...]

2010/DGRN/37.— Resolución (1ª) de 15 de febrero de 2010. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 84–86.

Nacionalidad.— Opción a la nacionalidad española.— Hijos de españoles nacidos en España.— Acreditación de la doble condición.— Padre español nacido en Cuba en 1890.

[...] II. La interesada, nacida en Cuba en 1949, ha pretendido optar a la nacionalidad española al amparo de lo dispuesto en el vigente art. 20.1º.b) Cc, basándose en que es hija de padre originariamente español y nacido en España. La encargada del Registro denegó la petición por estimar que no estaban suficientemente acreditados los requisitos necesarios, pues el hecho de que el padre naciera en Cuba antes de la descolonización de la misma no es por sí mismo suficiente a los efectos de considerar que era originariamente español y nacido en España, siendo preciso que hubiera ejercido la opción a la nacionalidad española según establecía el Código Civil en la redacción vigente en el momento de su nacimiento.

III. El art. 20.1º.b) Cc, reconoce el derecho a optar por la nacionalidad española a aquellas personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España. Fundamenta la recurrente su pretensión en que la redacción originaria del art. 17 Cc establecía que tenían la condición de españoles las personas nacidas en territorio español, entendiéndose que dicha circunstancia concurría en su padre al haber nacido éste en 1890 en Cuba, provincia española de ultramar, que en aquella fecha, afirma, era territorio español. Así planteado el problema, la cuestión se centraría en primer lugar en determinar si la expresión “territorio español” es equivalente a “España” a los efectos de poder optar a la nacionalidad española por la vía del art. 20.1º.b) Cc.

IV. Hay que recordar al respecto que, ciertamente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de noviembre de 1999 (sala de lo contencioso-administrativo) elaboró una doctrina jurídica sobre el concepto de “territorio español” a propósito de la interpretación del art. 22.2º.a) Cc, que permite la reducción del plazo legal de residencia necesario para adquirir la nacionalidad española a un solo año respecto del que “haya nacido en territorio español”. El debate jurídico se centraba en la correcta interpretación de la expresión “territorio español” utilizada por tal precepto, que se presentaba como concepto que comprende y abarca antiguos territorios coloniales. La cuestión fue dilucidada en la citada sentencia precisando con gran rigor los conceptos de “territorio español” y “territorio nacional”, llegando a la conclusión de que sólo éste se circunscribe al territorio metropolitano, en tanto que aquél admite dos acepciones, una amplia y otra restringida, de forma que en su acepción amplia (la restringida se confunde con el concepto de territorio nacional) incluye todos aquellos espacios físicos que estuvieron bajo la autoridad del Estado español y sometidos a sus leyes, ya sean colonias, posesiones o protectorados. La consecuencia que el Tribunal Supremo alcanza de ello es que el Sáhara español (que era el territorio colonial objeto de la sentencia en el caso que se debatía), “era, pese a su denominación provincial, un territorio español – es decir, sometido a la autoridad del Estado español – pero no un territorio nacional”. Basándose en tal diferenciación y en el hecho de que el art. 22.2º.a) Cc habla, no “del que haya nacido en territorio nacional”, sino “del que haya nacido en territorio español”, entiende que el nacido en el antiguo territorio del Sáhara español durante el periodo de dominación española del mismo cumple tal requisito, por lo que puede acceder a la nacionalidad española mediante residencia legal abreviada de un año. Estas consideraciones cabría extenderlas por identidad de ratio a las denominadas “provincias de Ultramar”, entre las que, efectivamente, figuraba Cuba y a las que con tal calificativo se refería el art. 89 de la Constitución de la Monarquía española de 30 de junio de 1876, vigente a la fecha del nacimiento del padre de la promotora.

V. No obstante lo anterior, conviene precisar que los nacidos en los antiguos territorios coloniales no adquirieron, por el mero hecho del nacimiento en ellos, la calidad de españoles de origen, es decir, por atribución automática *iure soli*, como en un principio pudiera pensarse de la lectura aislada del art. 17 Cc en su redacción originaria.

VI. Pues bien, en el presente caso, el padre de la recurrente habría adquirido la nacionalidad española no por la vía del *iure soli* sino por filiación, como hijo de padre nacido en la provincia de L. en 1838 y

nieto de españoles naturales de la misma localidad, según se desprende de la documentación aportada (inscripción de nacimiento en Cuba del padre de la solicitante y diversa documentación militar correspondiente al abuelo), por lo que la interesada sí puede acogerse al derecho de opción establecido en el art. 20.1º.b) Cc al darse por acreditada la doble condición de hija de español de origen y nacido en España. El fundamento de la denegación basado en la necesidad de optar que establecía la redacción originaria de los arts. 18 y 19 Cc para poder gozar de la condición de españoles no es aplicable a este caso en tanto que dicho requisito, como expresamente señalan dichos artículos, era exigible para los nacidos de padres extranjeros, mientras que los hijos de padre español (como es el caso del padre de la promotora), ya hubieran nacido en territorio español o en el extranjero, nacían españoles y poseían la nacionalidad de sus padres mientras permanecieran bajo su patria potestad (redacción originaria de los arts. 17 y 18 Cc). Cuestión distinta es la referente a la posible pérdida de dicha nacionalidad después de la descolonización en función de lo establecido en el Tratado de París de 1898. [...]

A EFECTOS DE LA OPCIÓN PREVISTA EN EL ART. 20.1.B) CC, EL PROTECTORADO DE ESPAÑA EN LA ZONA NORTE DE MARRUECOS SE CONSIDERA TERRITORIO ESPAÑOL

20010/38/Doc – Resolución (5ª) de 6 de julio de 2009. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 33–37.

Nacionalidad.– Opción a la nacionalidad española.– Hijos de españoles nacidos en España.– Acreditación de la doble condición.– Padre nacido en protectorado español de Marruecos.

[...] II. El promotor solicitó la adquisición de la nacionalidad española por opción basada en que su padre, nacido en Marruecos en 1948, era originariamente español y nacido en España (art. 20.1b, Cc). El encargado del Registro Civil Central dictó resolución denegando la solicitud por considerar que no concurrían los supuestos contemplados en los arts. 20.1º.a) y 20.2º.c) Cc, dado que el interesado nunca estuvo bajo la patria potestad de un español (el padre había perdido la nacionalidad española y la recuperó posteriormente en 2000, cuando el solicitante ya era mayor de edad) y era mayor de 20 años en el momento de presentación de la solicitud. El promotor presentó recurso alegando que su solicitud se basaba en el supuesto del art. 20.1º.b), considerando que el nacimiento de su padre en Marruecos se produjo en territorio español.

III. La cuestión hay que centrarla en determinar si el protectorado de España en la zona norte de Marruecos puede considerarse territorio español a los efectos de la legislación española sobre nacionalidad y, en particular, si el nacimiento en dicho territorio durante el periodo de vigencia de dicho protectorado permite entender o no satisfecha la exigencia impuesta por el art. 20.1º.b) Cc, en su redacción dada por Ley 36/2002, de 8 de octubre, a fin de permitir el ejercicio de la opción a la nacionalidad española basándose en el nacimiento en España del padre o madre del optante, además de la concurrencia en el mismo de la condición de español/a de origen. Esta cuestión ha sido abordada por esta Dirección General en consulta de 9 de junio de 2006 y en varias resoluciones (entre otras: 20–1ª de julio de 2004, 18–2ª de julio, 4–2ª y 3ª de octubre de 2005, 11 de octubre de 2006, 16–5ª y 18–4ª de mayo y 18–6ª de septiembre de 2007) que contienen un cuerpo de doctrina que ha de dar la pauta para el presente caso.

IV. La naturaleza del territorio es una de las cuestiones más oscuras del Derecho Internacional y quizás de las menos abordadas por la doctrina científica. En efecto, si la naturaleza del mismo se revela clara cuando el Estado ejerce su soberanía sobre un determinado espacio físico esencial, inalienable, imprescriptible e infungible, reconocido como tal en la Comunidad Internacional, la cuestión se complica en aquellos otros supuestos en los que, por una acción expansiva de los estados, existen otros territorios distintos sujetos a su autoridad, como consecuencia de un proceso previo de colonización. Surgen entonces las dudas sobre la naturaleza jurídica esos territorios colonizados, cedidos, o administrados por los colonizadores. La cuestión fue abordada por el Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 7

de noviembre de 1999, dictada en casación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, a propósito de la adquisición de la nacionalidad en el plazo abreviado de un año de residencia legal en España, establecido en el art. 22.2º.a) Cc, a favor de quienes hubieran nacido en el Sahara español, manteniendo la tesis, a partir de la distinción entre “territorio nacional” y “territorio español”, de que las posesiones españolas en África occidental y ecuatorial, cuando estuvieron sujetas a la autoridad del Estado español, formaron parte del territorio español.

Aun cuando el ordenamiento jurídico español no siempre utilizó con la debida precisión ambos términos, pues en ocasiones empleó el término “territorio español” en una acepción restringida –coincidente con el concepto “territorio nacional”– y en otras en una acepción amplia –abarcando todos aquellos espacios sujetos a su autoridad– no obstante, en un sentido riguroso, para determinar el alcance del art. 22.2º.a) Cc, debe entenderse que los nacidos en alguno de los citados territorios, antes de la declaración de independencia, retrocesión o descolonización, nacieron en territorio español. En efecto, el debate jurídico que subyacía en la *litis* se centraba, como se ha indicado, en la correcta interpretación de la expresión “territorio español” utilizada por tal precepto que se presentaba como concepto que comprende y abarca el antiguo territorio colonial del Sahara español. La cuestión fue dilucidada en la citada sentencia precisando con gran rigor los conceptos de “territorio español” y “territorio nacional”, llegando a la conclusión de que sólo éste se circunscribe al territorio metropolitano, en tanto que aquél admite dos acepciones, una amplia y otra restringida, de forma que en su acepción amplia (la restringida se confunde con el concepto de territorio nacional) incluye todos aquellos espacios físicos que estuvieron bajo la autoridad del Estado español y sometidos a sus leyes, ya sean colonias, posesiones o protectorados. La consecuencia que el Tribunal Supremo alcanza de ello es que el Sahara español, lo mismo que Ifni y Guinea Ecuatorial, “era, pese a su denominación provincial, un territorio español – es decir, sometido a la autoridad del Estado español – pero no un territorio nacional”. Basándose en tal diferencia, y en el hecho de que el art. 22.2º.a) Cc habla, no “del que haya nacido en territorio nacional”, sino “del que haya nacido en territorio español”, entiende que el nacido en los antiguos territorios del Sahara español durante el período de dominación española del mismo cumple tal requisito, por lo que puede acceder a la nacionalidad española mediante residencia legal abreviada de un año.

V. Ciertamente, la cuestión relativa a la naturaleza de los territorios del norte de Marruecos no fue específicamente tratada en dicha sentencia, que solo contempló un momento histórico de la comunidad internacional, a partir de la política de descolonización impulsada por la ONU, cuyo impacto se dejó sentir en el derecho español de la época y, en concreto, en el Decreto de 4 de julio de 1958 de provincialización. Sin embargo, las dudas que pudiera suscitar la relación entre el Estado español y el Reino de Marruecos, con relación al Convenio Franco Español de 27 de noviembre de 1912, cuyo art. 1 reconoció cierto grado de soberanía marroquí sobre sus territorios del norte, deben resolverse considerando que durante los 44 años que estuvieron sujetos a la acción protectora y autoridad de España (*vid.* RD 27 de febrero de 1913), fueron territorios españoles, en aplicación de la tesis del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 7 de noviembre de 1999, a los efectos de adquirir la nacionalidad española por residencia abreviada de un año y también a los de entender integrado el requisito del nacimiento en España del progenitor del interesado que pretenda ejercer la opción a la nacionalidad española por la vía del art. 20.1º.b) Cc, en su redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre. Así lo han sostenido ya las resoluciones de este centro directivo, entre otras, 18–1ª de julio de 2004 y 4–2ª y 3ª de octubre de 2005.

VI. Ahora bien, las resoluciones mencionadas dan un paso más en el proceso lógico-jurídico de la interpretación, al extender la citada conclusión, alcanzada en la interpretación del nº 1 del art. 22.2º.a) Cc, que reduce el plazo de residencia legal necesaria para la adquisición de la nacionalidad española a favor de “el que haya nacido en territorio español”, al supuesto de opción previsto en el art. 20.1º.b) Cc a favor de aquellas personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y “nacido en España”. La razón de esta interpretación extensiva la fundamentan las resoluciones citadas en el hecho de que concurre identidad de razón, y sin que a ello estorbe el hecho de que el precepto hable en este caso de “España” y no de “territorio español”, ya que habida cuenta de la finalidad de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, encaminada a facilitar la adquisición de la nacionalidad española a las estirpes de españoles que, ellos o sus descendientes, perdieron su nacionalidad por razón de emigración, aquél término de

“España” se debe interpretar con la perspectiva histórica e intergeneracional que su finalidad le impone, por referencia al tiempo del nacimiento de la persona a la cuál se refiere el precepto. Esta interpretación está avalada por la justificación que de las razones de la reforma emprendida por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, ofrece su propia Exposición de Motivos, en la que se destaca el objetivo de cumplir los mandatos, en este ámbito concreto de la nacionalidad, de la Constitución española de 1978, atendiendo, en concreto, al que se contiene en el art. 42 de la misma cuando encomienda al Estado la misión de velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, a la que añade la obligación de orientar su política hacia su retorno. Facilitar la conservación y transmisión de la nacionalidad española es, sin duda, una forma eficaz de cumplir este mandato y éste es el principal objetivo de la presente Ley. De este modo, afirma la Exposición de Motivos, “se da cumplida respuesta, por un lado, a la recomendación contenida en el informe publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el 27 de febrero de 1998, elaborado por la Subcomisión del Congreso de los Diputados, creada para el estudio de la situación de los españoles que residen en el extranjero y, por otro, a las reclamaciones que éstos han hecho llegar al Consejo de la Emigración pidiendo se superara el sistema de plazos preclusivos de opción establecidos sucesivamente por las Leyes 18/1990, 15/1993, y 29/1995”, leyes que claramente vinculaban la opción introducida, si bien que con carácter transitorio, al fenómeno de la emigración de españoles al extranjero. Así, la exposición de motivos de la Ley 18/1990 justifica la opción a la nacionalidad española que introdujo – equivalente a la hoy recogida en el art. 20.1b) Cc vigente – como un beneficio “sobre todo, a los hijos de emigrantes que, al nacer, ya no eran españoles. Se estima así que, por medio de la opción que se concede, quedarán solucionadas las últimas secuelas perjudiciales de un proceso histórico, la emigración masiva de españoles, hoy difícilmente repetible”.

VII. Ahora bien, el hecho de que para cumplir esta finalidad sea preciso que el término de “España” se deba interpretar con la perspectiva histórica e intergeneracional que dicha finalidad le impone, por referencia al tiempo del nacimiento de la persona a que el precepto se refiere, de forma que quedan amparados y comprendidos en la norma las estirpes de los españoles que se desplazaron a territorios distintos de los metropolitanos pero sometidos a la autoridad española o, dicho en la terminología de la redacción originaria Cc, “territorios sujetos a la legislación peninsular” (*vid.* art. 1º), no quiere decir que dicho concepto territorial amplio sólo beneficie a tales estirpes, excluyendo la hipótesis de aquellos cuyo padre o madre fuese español de origen por ser hijo de un ciudadano extranjero que hubiese obtenido carta de naturaleza como español, y que, además, hubiese nacido en tales territorios durante el periodo de su sometimiento a la autoridad de la legislación española y acción protectora de España. Obsérvese cómo el preámbulo de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, de Reforma Cc en materia de Nacionalidad, precursora en la introducción del derecho de opción que estamos analizando, habla de beneficiar “sobre todo” a los hijos de emigrantes, pero no de forma exclusiva. Una cosa es la finalidad de la norma, y otra su ámbito de aplicación. En este caso el ámbito de aplicación supera al que, de forma estricta, sería necesario para atender aquella finalidad, al no haberse formulado restricciones en la tipología de los supuestos de hecho a que se refiere por una vinculación exclusiva a la figura del emigrante o sus descendientes, a diferencia de otras normas como las relativas a la recuperación de la nacionalidad española, que limitan la dispensa de algunos requisitos concretos a esta cualidad personal del beneficiario.

VIII. No obstante lo anterior, conviene precisar que los nacidos en los territorios del antiguo protectorado español en Marruecos no adquirieron, por el mero hecho del nacimiento en ellos, la calidad de españoles de origen, es decir, por atribución automática *iure soli*, como en un principio pudiera pensarse de la lectura aislada del art. 17 Cc en su redacción originaria. En efecto, la redacción originaria Cc no establecía un mecanismo de atribución automática *iure soli* a favor de los hijos de extranjeros nacidos en territorio español, sino que se condicionaba tal atribución al requisito indispensable de que los padres optasen en nombre de sus hijos y durante su minoría de edad por la nacionalidad española, con renuncia de toda otra, opción que también podían ejercitar por sí los propios hijos dentro del año siguiente a su mayoría de edad o emancipación (*cf.* arts. 18 y 19 Cc, redacción originaria). Es cierto, no obstante, como ha indicado esta Dirección General en resolución de 26 de marzo de 2006, que la Constitución de la

Monarquía española de 1876 afirmaba en su art. 1 que “Son españoles: 1.º Las personas nacidas en territorio español”, norma que se introdujo ya en la anterior Constitución de 18 de junio de 1837 (son españoles «todas las personas nacidas en los dominios de España»), de donde pasó a las Constituciones de 23 de mayo de 1845 y a la posterior de 1 de junio de 1869, si bien en esta última se sustituye la expresión “dominios de España” por la de “territorio español”, esto es, acogiendo una formulación idéntica a la incorporada al art. 1 de la Constitución canovista de 1876 y al tenor del ap. 1 del art. 17 de la redacción originaria Cc. Con ello, una primera impresión resultante de la lectura apresurada de tales preceptos podría trasladar la idea de que tanto el texto constitucional como el texto legal citados imponían el criterio del *ius soli*. Sin embargo, hay que advertir inmediatamente contra el error de tal interpretación. En efecto, el mandato del número 1 del art. 17 se complementa con lo dispuesto en los arts. 18 y 19 Cc, en su misma redacción originaria, de donde resulta la necesidad de ejercer la opción antes indicada para adquirir la nacionalidad española, opción a la que faculta el hecho del nacimiento en territorio español. Con ello el Código civil utilizaba en este precepto el nacimiento en el territorio español como condición o presupuesto para la adquisición de la nacionalidad española y no como causa directa de tal adquisición. En definitiva, como indicara el profesor De Castro en su exégesis de dicho precepto, el Código civil utilizaba el territorio como causa de adquisición de la nacionalidad, pero como causa supletoria o secundaria, de forma que no imponía a los nacidos en el ámbito de la soberanía española la condición de súbditos del Estado español, sino que empleaba el criterio del *ius soli* sólo para tener en cuenta una probabilidad y ofrecer una facultad al extranjero.

IX. Por tanto, una vez determinado que el nacimiento en T. en la época en que dicho territorio formaba parte del protectorado español es equiparable al nacimiento en España y habiendo resultado probada condición de español de origen del padre del solicitante por medio de la aportación al expediente de la correspondiente inscripción de nacimiento en el Registro Civil español, el caso presente se ajusta indudablemente a los presupuestos establecidos en el art. 20.1º.b) Cc en la redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre. [...]

NO CONSOLIDA LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA QUE NO DERIVA DE UN TÍTULO INSCRITO. EL DNI NO BASTA COMO PRUEBA DE LA NACIONALIDAD

2010/DGRN/39.— Resolución (1ª) de 15 de julio de 2009. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 de septiembre de 2010, pp. 77–78.

Nacionalidad.— Consolidación de la nacionalidad española.— Posesión y empleo durante diez años de la nacionalidad española.— Necesario título inscrito en el Registro civil.

[...] II. El promotor del expediente solicitó ante el Registro Civil la declaración de la nacionalidad española por consolidación alegando haber nacido en C., estar inscrito en el Registro Civil de dicha localidad y haber estado en posesión de DNI español expedido en 1973 y renovado en 1980, por lo que consideraba que cumplía los requisitos establecidos en el art. 18 Cc. La encargada del Registro Civil dictó auto el 24 de enero de 2005 denegando la solicitud por no estar acreditado que el interesado hubiera utilizado y poseído la nacionalidad española durante 10 años.

III. Según el art. 18 Cc la nacionalidad española puede consolidarse si se posee y utiliza durante diez años, con buena fe y sobre la base de un título inscrito en el Registro Civil que después es anulado. La vía registral para comprobar esta consolidación es el expediente de declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción (*cf.* art. 96.2º LRC y 338 RRC), que decide en primera instancia el encargado del registro civil del domicilio (*cf.* art. 335 RRC).

IV. Por tanto, uno de los requisitos exigidos por el art. 18 Cc como condicionante de la consolidación de la nacionalidad española es el de ostentar un título inscrito en el Registro Civil. Para que la inscripción de nacimiento del interesado fuese idónea a estos efectos, tendría que haber resultado del Registro que la filiación o el nacimiento en España del interesado produjeron, según la legislación

aplicable en el momento del nacimiento, la adquisición de la nacionalidad española (*vid.* apartado III Instrucción de 20 de marzo de 1991). Y no es esto lo que sucede en este caso, ya que con arreglo a la regulación vigente en materia de nacionalidad a la fecha del nacimiento del interesado, integrada por la redacción originaria Cc, no concurría en aquél ningún título atributivo de la nacionalidad española ni *iure soli* ni *iure sanguinis*, puesto que los padres no eran españoles y para que los nacidos de extranjeros en territorio español pudieran obtener la condición de españoles era requisito indispensable que los padres manifestaran ante los funcionarios correspondientes que optaban en nombre de sus hijos por la nacionalidad española renunciando a toda otra, circunstancia que no consta en la inscripción aportada al expediente.

V. El hecho de que el interesado haya sido considerado español durante algún tiempo por la Administración y haya estado en posesión del correspondiente DNI constituye un error de la Administración que podrá surtir otros efectos, pero no basta para probar legalmente su actual nacionalidad española (*cf.* art. 18 Cc). Es cierto que el Documento Nacional de Identidad sirve para acreditar, salvo prueba en contrario, la nacionalidad española del titular (disposición adicional 1ª del RD 1245/1985, de 17 de julio, y art. 1.2º RD 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del Documento Nacional de Identidad y sus certificados de firma electrónica) pero, como viene reiterando este centro directivo a partir de la resolución de 18 de mayo de 1990, esa presunción no es absoluta, pues su ámbito se ciñe exclusivamente al de los expedientes administrativos e incluso en éstos puede ser desvirtuada por otros documentos o datos que consten en el mismo expediente. En cualquier caso no rige en el ámbito del Registro Civil porque afecta a materias de Derecho privado en cuya tramitación se aplican supletoriamente las leyes procesales (*cf.* art. 16 y 349 RRC) y en las que la prueba de los hechos inscritos se regula por lo dispuesto en los arts. 2 y 96 LRC. [...]

INCOMPETENCIA DEL ENCARGADO DEL REGISTRO PARA INADMITIR SOLICITUD DE NATURALIZACIÓN: COMPETENCIA DE LA DGRN

2010/DGRN/40.— Resolución (5ª) de 23 de noviembre de 2009. *BIMJ*. Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 176–177.

Nacionalidad.— Naturalización.— Concesión competencia del Ministerio de Justicia.— Incompetencia del Juez encargado del Registro para inadmitir solicitud.

[...] II. La concesión de la nacionalidad española por residencia es competencia del Ministerio de Justicia, careciendo el encargado del Registro Civil de facultad decisoria respecto a tales expedientes (*cf.* arts. 21 y 22 Cc). Si el encargado que ha de instruir la primera fase del expediente (*cf.* art. 365 RRC) estima que no se cumplen los requisitos legales para la concesión, ha de limitarse a elevar el expediente a la DGRN, una vez tramitado conforme a las reglas generales, con el correspondiente informe propuesto, que puede ser desfavorable.

III. No se ha hecho así en el presente caso, en el que el juez encargado no ha admitido la solicitud, por lo que procede, al resolver el recurso interpuesto, declarar la nulidad de las actuaciones por incompetencia de aquél. Así resulta de la aplicación de los arts. 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 16 RRC.

IV. Por lo demás, no habiéndose terminado la tramitación del expediente, es oportuno devolver las actuaciones al Registro Civil del domicilio para que, completadas las mismas (*cf.* art. 221 RRC), se cierre la instrucción del expediente y se eleve a este centro directivo. [...]

Obs.: En el mismo sentido, DGRN, Resolución (6ª) de 24 de noviembre de 2009, Boletín de Información, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 27 de septiembre de 2010, pp. 184–185; Resolución (1ª) de 13 de enero de 2010, *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), marzo 2011, pp. 92–93.

PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL DE RESOLUCIONES INGLASAS DE APERTURA DE QUIEBRA

2010/DGRN/41.— Resolución de 11 de junio de 2010. *BIMJ*, núms. 2115–2116, 15 de febrero de 2011, pp. 1944–19.

Inscripción de resoluciones inglesas de apertura de quiebra.— Reconocimiento de la resolución.— Reconocimiento automático a través de Reglamento 136/2000.— No precisa tramitación de procedimiento específico.

[...] 1. Se debate en este recurso la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad de dos resoluciones judiciales inglesas por las que se declara la apertura de sendos procedimientos concursales frente a dos nacionales ingleses. El Registrador deniega la inscripción al entender que, en aplicación del juego combinado de los arts. 38.1º y 39 del Reglamento 44/2001, 4 LH y 10.1º Cc, resulta necesaria la obtención de un auto judicial previo en el que se decreta “un asiento procedente conforme a la legislación hipotecaria pertinente”. Por el contrario, en opinión del recurrente es posible inscribir directamente las declaraciones de concurso de los cotitulares de la finca conforme a lo dispuesto en los arts. 17 y 18 Reglamento (CE) nº1346/2000 de 29 de mayo, del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia.

2. La correcta resolución del presente recurso obliga a identificar, con carácter previo, las normas que resultan aplicables y la delimitación de sus respectivos ámbitos de aplicación.

En primer lugar, y al contrario de lo que se señala en la nota de calificación, el Reglamento 44/2001, no es aplicable al reconocimiento de una declaración de apertura de concurso extranjero, desde el momento en que en el art. 1 del mencionado instrumento se excluyen de su ámbito material de aplicación los procedimientos de insolvencia (*vid.* ATS 4 de diciembre de 2007). Tampoco resulta aplicable a esta cuestión el art. 10.1º Cc, un precepto en el que se contiene la norma de conflicto que determina el Derecho aplicable a la constitución y eficacia de un derecho real, cuestiones que en ningún caso se plantean en el presente supuesto.

La respuesta a la cuestión planteada debe buscarse, por el contrario, en la normativa sobre concurso internacional, normativa que, contiene, con carácter general, en el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y en los arts. 10–11 y 199–230 de la Ley Concursal. Las soluciones acogidas por el Reglamento de Insolvencia y por la Ley Concursal poseen una gran semejanza y responden a principios comunes. Sin embargo, existe una diferencia esencial entre una y otra norma, precisamente en la cuestión que se plantea en el presente recurso: el reconocimiento de una declaración extranjera de apertura de concurso. El instrumento comunitario, siguiendo en este punto la senda ya iniciada por el Reglamento 44/2001, establece en su art. 16 el reconocimiento automático de las declaraciones de apertura adoptadas por las autoridades de un Estado miembro, al señalar que «Toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia adoptada por el tribunal competente de un Estado miembro en virtud del art. 3, será reconocida en todos los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura» (*vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2010, as. C–444/2007). La regla del art. 16 constituye una nueva expresión del ya mencionado “principio de confianza comunitaria” (*vid.* STJUE 2 de mayo de 2006, as. C–341/2000) y se complementa con la que contiene el art. 17.1, según la cual, “La resolución de apertura de un procedimiento del ap. 1 del art. 3 producirá, sin ningún otro trámite, en cualquier Estado miembro, los efectos que le atribuya la Ley del Estado en que se haya abierto el procedimiento (...)”. En otros términos, la declaración de apertura de un concurso adoptada por las autoridades de un Estado miembro debe reconocerse en el resto de Estados miembros ex lege y con los efectos que le atribuye el ordenamiento del Estado de origen, sin que, por lo tanto, sea necesario acudir a ningún procedimiento previo de homologación judicial de la decisión en el Estado en el que ésta se quiera hacer efectiva. A ello hay que

añadir que el art. 22 reconoce al Síndico de la quiebra la facultad de solicitar la inscripción de la declaración en cualquier Registro de un Estado miembro, siempre que se trate de una modalidad de Síndico incluida en el Anexo C del Reglamento. Por el contrario, la regulación de la Ley Concursal relativa a la eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia concursal contenida en el art. 220, parte de una concepción radicalmente diferente y somete el reconocimiento de la declaración de apertura extranjera al régimen de ejecutur, lo que obligaría, con carácter previo a la inscripción, a acudir al procedimiento contemplado en la LEC/1881.

Dada la primacía de los reglamentos comunitarios sobre el ordenamiento nacional, la aplicación de las soluciones contempladas en la Ley Concursal depende de que el supuesto quede fuera del ámbito de aplicación del Reglamento 1346/2000. En el caso concreto de las reglas que ahora resultan de interés para la resolución del presente recurso, esto es, las relativas al reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones en materia concursal, las soluciones del Reglamento 1346/2000 se aplican a todas aquellas resoluciones extranjeras que se quieran reconocer o declarar ejecutables en un Estado miembro, siempre que cumplan tres requisitos: 1) que hubieran sido dictadas en otro Estado miembro salvo Dinamarca, para la que no está en vigor este instrumento; 2) que las autoridades de tal Estado hubieran basado su competencia en las reglas del propio Reglamento, algo que, según el art. 3, sucederá siempre que el deudor concursal tenga su centro de intereses principales en el territorio de un Estado miembro y; 3) que las resoluciones estuvieran incluidas dentro del ámbito material del Reglamento, para lo cual es necesario que hubieran sido dictadas en el marco de un procedimiento que cumpla los requisitos contemplados en el art. 1 y además se encuentre recogido en los Anexos A o B del Reglamento. Fuera de estos casos, el reconocimiento de una declaración extranjera de apertura, provenga o no de un Estado comunitario, quedaría sometida al art. 220 LC y, con ello, al trámite del ejecutur. Es necesario además poner de manifiesto que un modelo de reconocimiento automático como el instaurado por el Reglamento de Insolvencia no implica la ausencia absoluta de control. Por el contrario, en el caso de que se pretenda el reconocimiento de una declaración de apertura de un concurso extranjero, el Reglamento permite denegar éste cuando sus efectos resulten manifiestamente contrarios al orden público del Estado requerido (art. 26). En cuanto al reconocimiento del resto de resoluciones derivadas de un procedimiento concursal extranjero, el Reglamento añade, al margen de la eventual vulneración del orden público del Estado requerido, un motivo adicional de denegación: la ausencia de una limitación de la libertad personal o del secreto postal (art. 26).

Ahora bien, pese a que no suponga una ausencia de control de la resolución extranjera, la apuesta por un modelo de reconocimiento automático sí tiene una especial incidencia sobre el modo de realizar tal control. A diferencia de lo que acontece en un modelo de homologación previa como el contenido en la LEC/1881, donde el reconocimiento se supedita a la obtención de una autorización por parte de las autoridades del Estado requerido en la que, a título principal y con fuerza de cosa juzgada, se permita que despliegue sus efectos en ese Estado, el Reglamento 1346/2000 posibilita la obtención del reconocimiento incidental de una resolución extranjera ante aquella autoridad del Estado requerido frente a la cual tal resolución se quiera invocar, sea aquélla una autoridad judicial o, como acontece en el presente supuesto, un Registrador. Ello supone que, en un caso como el presente, es al propio Registrador a quien corresponde, con carácter previo a la inscripción del título extranjero, controlar con carácter incidental si la resolución extranjera de declaración de apertura de concurso reúne los requisitos para ser reconocida en España como trámite previo a su inscripción.

En definitiva, pese a la flexibilización del régimen de reconocimiento de resoluciones extranjeras que propone el Reglamento 1346/2000, el propio instrumento comunitario exige un comportamiento activo del Registrador que le obliga, de un lado, a constatar que la resolución concursal extranjera queda dentro del ámbito de aplicación del propio instrumento y, en consecuencia, puede beneficiarse de su régimen privilegiado de reconocimiento y, de otro, que no se encuentra inmersa en uno de los motivos de denegación (Informe Virgós/ Schmit, citado en los Vistos, nº 183). El Reglamento carece, sin embargo, de normas propias en las que se establezca el procedimiento que deben seguir las autoridades nacionales a la hora de practicar el control incidental de una resolución extranjera, lo que obliga a acudir a las normas nacionales, normas, que en el caso del Registrador, necesariamente han de ser las que regulan el ejerci-

cio del control de legalidad. Ello supone que el Registrador ha de incorporar a dicho control el examen de los requisitos que permiten atribuir eficacia en España a la declaración de apertura extranjera, un examen que necesariamente ha de ser de carácter limitado y que ha de ceñirse exclusivamente a los requisitos ya mencionados, es decir, la constatación de que el supuesto queda dentro del propio Reglamento y, en consecuencia, puede beneficiarse del régimen de reconocimiento incidental y, de constatarse la aplicación del instrumento comunitario, la verificación de que el reconocimiento de la declaración de apertura extranjera no supone una manifiesta vulneración del orden público español. Por otro lado, el Reglamento tampoco regula la forma y el contenido de la inscripción, lo que supone que ésta ha de respetar las exigencias de la autoridad que lleve el registro nacional (en este sentido, Informe Virgós/Schmit, nº 182) exigencias, claro está, cuyo cumplimiento también deberá ser verificado por el propio Registrador y entre las que se incluyen las relativas a la inscripción de documentos extranjeros contenidas en el art. 3 LH y 36 RH. Debe señalarse además que siempre que resulte de aplicación el régimen de reconocimiento de resoluciones extranjeras contenido en el Reglamento de Insolvencia queda sin efecto la remisión del art. 4 LH al sistema interno de ejecutur contemplado en los arts. 951-958 LEC/1881, por lo que, al contrario de lo señalado en la nota de calificación, este precepto no podría ser invocado para exigir el ejecutur de la resolución extranjera como requisito previo a su inscripción. Tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el principio de confianza mutua entre los Estados miembros del que parte el Reglamento de Insolvencia supone, al margen de un elenco unificado de reglas de competencia “la renuncia correlativa por los Estados miembros a sus normas internas de reconocimiento y de ejecutur a favor de un mecanismo simplificado de reconocimiento y ejecución de las resoluciones adoptadas en el marco de los procedimientos de insolvencia” (STJUE 2 de mayo de 2006, as. C-331/2004, cdo. 40).

3. Una vez examinadas las circunstancias que concurren en el supuesto, la aplicación del Reglamento de Insolvencia resulta indiscutible. De un lado, las resoluciones cuya inscripción se solicita son dictadas por una autoridad de un Estado comunitario. De otro, en la nota de calificación no se cuestiona ni el hecho de que los deudores concursales tengan su centro de intereses principales en un Estado comunitario ni la inclusión del procedimiento inglés dentro del elenco de procedimientos incluidos en los Anexos del Reglamento, por lo que este Centro Directivo no pueda ahora entrar a discutir ambas cuestiones. En el presente supuesto, la inscripción se deniega al considerarse que resultaba necesario obtener con carácter previo a la inscripción, una resolución judicial que homologase las resoluciones extranjeras. Pues bien, de acuerdo a la exposición que se acaba de realizar, tal solución no puede ser compartida. Ya se ha señalado que el art. 16 del Reglamento de Insolvencia parte del reconocimiento automático de las declaraciones extranjeras de apertura y permite al Registrador realizar un control incidental de la decisión en los términos antes apuntados. Como ya se apuntó, el Registrador invocaba, entre otras normas los arts. 38.1 y 39 del Reglamento, para justificar la necesidad de obtener el ejecutur previo de las resoluciones inglesas y, desde luego, es cierto que el Reglamento 1346/2000 realiza una remisión en su art. 25 a la regulación contenida en los arts. 31 a 51 del Convenio de Bruselas de 1968 (actuales arts. 38-58 del Reglamento 44/2001), con la excepción del art. 34.2 (art. 45.1 del Reglamento 44/2001). Ahora bien, al margen de que el Reglamento 44/2001 también contempla el reconocimiento automático y, como ya se apuntó, es el texto que sirve de modelo en este ámbito al propio Reglamento de Insolvencia, es necesario aclarar que tal remisión, al margen de no ser aplicable a las declaraciones de apertura sino al resto de resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia, se refiere, no al reconocimiento, sino al procedimiento de obtención de una declaración de ejecutividad de tales resoluciones, es decir, al procedimiento para declarar ejecutable una decisión extranjera como paso previo a su posterior ejecución, un problema, por tanto, distinto al suscitado en el presente recurso.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos. Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los arts. 325 y 328 LH.

SUCESIONES

INSCRIPCIÓN DE INMUEBLE RESULTADO DE ADJUDICACIÓN DE HERENCIA: EXIGENCIA DE NIE A EXTRANJEROS SIN RESIDENCIA EN ESPAÑA

2010/DGRN/42.— Resolución 13 de diciembre de 2010. *BIMJ*, nº 2127, 15 de febrero de 2011, pp. 1054–1056.

Sucesión testamentaria.— Adjudicación de la herencia.— Legatarios extranjeros no residentes en España.— Inscripción de bien inmueble.— Exigencia de NIE

[...] 1. El único problema que plantea el presente recurso radica en dilucidar si la falta del número de identificación Fiscal (N.I.F. o del N.I.E. cuando se trate de extranjeros) de tres personas, legatarias de bienes no inmuebles (y en el presente supuesto, además, de escaso valor), es motivo que impide la inscripción del único bien inmueble inventariado, cuyo adjudicatario sí ha aportado el N.I.E. correspondiente.

2. La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, modificó el art. 254 LH, adicionando al mismo los párrafos 2, 3 y 4. En el párrafo 2 estableció que 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.

Esta exigencia de hacer constar el número de identificación fiscal o el N.I.E. si se trata de personas extranjeras, trata de combatir uno de los tipos de fraude fiscal, consistente en la ocultación de la verdadera titularidad de los bienes inmuebles por su adquisición a través de personas interpuestas, y tiene por finalidad aflorar todas las rentas que se manifiestan a través de las transmisiones de inmuebles en las distintas fases del ciclo inmobiliario, desde la propiedad de terrenos que se van a recalificar, hasta las adjudicaciones en la ejecución urbanística.

Una de las finalidades de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, según su Exposición de Motivos, es la prevención del fraude fiscal en el sector inmobiliario, en el que las novedades que introduce aquélla “se dirigen a la obtención de información que permita un mejor seguimiento de las transmisiones y el empleo efectivo que se haga de los bienes inmuebles”. El examen de dicha finalidad, que ha sido resaltada por la doctrina constituye un referente esencial para la resolución del presente problema, ya que, por una parte, sería desproporcionado que la falta del N.I.E. por parte de extranjeros que no residen en España, y que son legatarios de bienes muebles en una herencia que ha satisfecho el correspondiente impuesto sucesorio, impida el derecho del único legatario de bien inmueble, que sí ha cumplido tal obligación, a inscribir el bien adquirido por legado. Por otra parte, atendida la finalidad de la Ley, se debe concluir que, en sentido estricto, el único N.I.E. necesario es el del adquirente de un bien inmueble, adquirente que ha cumplido con dicho requisito.

MATERIALES DE LA PRÁCTICA

Selección y coordinación:

Ana Fernández Pérez

CONSEJO DE ESTADO

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DENEGACIÓN DE PERMISOS DE TRABAJO POSTERIORMENTE RECONOCIDOS EN VÍA JUDICIAL

2010/1/Doc.– Memoria correspondiente al año 2009, aprobada por el Pleno en sesión celebrada el día 16 de diciembre de 2010.

[...] IV. Responsabilidad del Estado por denegación de permisos de trabajo, posteriormente reconocidos en vía judicial

1. Planteamiento: los supuestos de hecho.

La importancia que el fenómeno migratorio ha adquirido en los últimos años en España, como país receptor de inmigrantes, ha tenido lógico reflejo en distintos ámbitos de la actuación administrativa. Dicha actuación no ha respondido siempre a los niveles de corrección, celeridad o eficacia exigibles o esperados por sus destinatarios, lo que ha generado un incremento de las reclamaciones de responsabilidad derivadas de la actuación administrativa en dicho ámbito.

De este modo, se han venido planteando y resolviendo reclamaciones de responsabilidad en relación con la denegación de permisos de trabajo y residencia en número creciente hasta el año 2009, lo que permite ya apreciar variantes diversas y diferentes matices que, aunque impiden un automatismo tendente a la uniformidad en su tratamiento, permiten una cierta sistematización para facilitar la resolución, en el futuro, de éstas y análogas reclamaciones.

En particular, la variedad de los casos de que ha conocido el Consejo de Estado le ha llevado a percibir la dificultad de fijar criterios seguros para valorar los perjuicios irrogados a los interesados en este tipo de expedientes, como también a huir de la generalización de una solución indemnizatoria mecánica y basada de forma exclusiva en los salarios previstos en las ofertas de trabajo aportadas con la solicitud del permiso, pero que nunca llegaron a materializarse.

El supuesto de hecho típico a que se refieren estas líneas parte de una solicitud de permiso de trabajo (y residencia) que es denegada por la Administración, a veces fuera del plazo legalmente establecido para resolver; ello lleva a los interesados a impugnar en vía judicial la resolución denegatoria del permiso, lo que conduce, en ocasiones, a una estimación del recurso, que anula la resolución administrativa denegatoria y reconoce el derecho a la obtención del permiso. En consecuencia, éste es finalmente concedido y expedido con mucho retraso respecto de la fecha en que debía haber sido otorgado, con el consiguiente perjuicio para el interesado, extranjero, que ha permanecido un periodo de tiempo más o menos largo sin poder residir y trabajar legalmente en España. A ello se añaden, en ocasiones, quejas por la lenta actuación administrativa, sea en el procedimiento seguido a raíz de la inicial petición o sea una vez reconocido en vía judicial el derecho a la obtención del permiso de trabajo.

Se realizarán a continuación algunas reflexiones acerca de la actuación administrativa a la que se imputa el daño, los perjuicios normalmente invocados por los reclamantes y, por último, sobre la relación de causalidad entre una y otros. A partir de todo ello, se apuntarán algunas conclusiones, no sólo acerca de cómo orientar la resolución de los casos que se puedan presentar en el futuro, sino también en torno a posibles vías para evitar o limitar los perjuicios por los que habitualmente se reclama.

2. Actuación administrativa

Como se avanzó inicialmente, la actuación administrativa a la que habitualmente se imputa el perjuicio en estos casos consiste, básicamente, en la denegación de un permiso de trabajo y residencia.

La denegación del permiso y su ulterior reconocimiento en vía judicial puede obedecer a razones de distinto orden. En ocasiones, la Administración lleva a cabo una incorrecta aplicación del ordenamiento

jurídico (por ejemplo, por no tener en cuenta la aplicabilidad al caso de un determinado convenio internacional: dictamen del expediente nº 643/2008), lo que resulta corregido en vía judicial. Otras veces, la denegación administrativa se funda en una valoración de la prueba, o en la apreciación de determinadas circunstancias que le imponen las normas aplicables, pudiendo incluso cuestionarse si la Administración podía o debía haber actuado de forma distinta a como lo hizo.

Así, en el caso examinado en el dictamen del expediente nº 2.118/2007, la Administración basó su denegación en el certificado de un Ayuntamiento, mientras que el órgano judicial consideró prueba suficiente la manifestación de un vecino; en el caso del dictamen del expediente nº 1.924/2008, la Administración denegó el permiso de trabajo porque el certificado de empadronamiento aportado por la interesada era falso, mientras que en vía judicial se aportaron otros documentos tendentes a acreditar su presencia en España en la fecha en que tal presencia era necesaria; en el dictamen del expediente nº 1.937/2008 se contempló un caso en que la Administración denegó un permiso por existir demandas de empleo activas en la ocupación requerida, mientras que el órgano judicial basó su estimación en la dificultad o imposibilidad de obtener candidatos para el puesto de trabajo (como empleada del hogar) a través de la oferta pública de empleo, lo que consideró un “hecho notorio”. En fin, en otros casos, los interesados presentan pruebas en la vía judicial distintas o adicionales a las aportadas ante la Administración o ponen de manifiesto datos o alegaciones que habían silenciado en la vía administrativa (p.ej., dictamen del expediente nº 1.215/2008). Se trata de casos en los que cabe cuestionar si –o en qué medida– la Administración podía o debía haber actuado de forma distinta a como lo hizo y, en consecuencia, si puede imputarse a su actuación la generación del perjuicio por el que se reclama.

En general, si la resolución administrativa –denegatoria de la solicitud– es anulada en vía judicial, puede apreciarse la existencia de responsabilidad de acuerdo con el art. 142.4º Ley 30/1992. Dicho artículo, de conformidad con una consolidada doctrina del Consejo de Estado y reiterada jurisprudencia, no impone una obligación de indemnizar como consecuencia automática de la anulación de resoluciones administrativas, sino que es preciso examinar si concurren todos los requisitos legalmente exigidos para que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Dada la variedad de situaciones a que se ha hecho referencia, puede recordarse que, superada ya la doctrina identificada con la desafortunada expresión del “margen de tolerancia”, el Tribunal Supremo ha señalado que, en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, es de entender que, siempre que el actuar de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables, debe considerarse que no existe lesión antijurídica; así se entiende cuando la Administración llevó a cabo el ejercicio de la potestad valorando las pruebas practicadas, unas favorables al otorgamiento de la licencia y otras contrarias (STS 24 de enero de 2002).

Por su parte, la STS 12 de septiembre de 2006 da por buena su doctrina, reflejada en diversas sentencias, de que, en los casos de anulación de resoluciones administrativas en las que han de valorarse conceptos jurídicos indeterminados o aplicarse criterios que supongan un cierto margen de apreciación, se condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados.

También ha señalado el TS (en relación con la anulación de acuerdos de la Administración laboral) que, para declarar la responsabilidad patrimonial, es necesario distinguir aquellos supuestos en que la anulación de la resolución de la Administración se debe a una diferente interpretación de una norma jurídica en un asunto complejo, de aquellos otros en que habría habido un error o deficiente valoración de datos objetivos, de forma que sólo en este último supuesto habría obligación de indemnizar, siempre que concurriesen todos los requisitos exigibles (STS 12 de septiembre de 2008, con cita de otra de 21 de abril de 2005).

Con todo ello quiere subrayarse que no toda anulación de una resolución administrativa denegatoria de un permiso de trabajo determina, *per se*, el surgimiento de responsabilidad patrimonial; y que también resulta necesario tener en cuenta, a tales efectos, las razones determinantes de la denegación inicial del permiso en vía administrativa.

3. Perjuicios invocados

3.1. Para que nazca la responsabilidad patrimonial, es necesaria la existencia de un perjuicio antijurídico, efectivo, evaluable económicamente e individualizado. En los casos de denegación administrativa de permisos de trabajo, resulta especialmente difícil valorar los perjuicios derivados de la demora en su obtención, que no se produce hasta que los tribunales anulan la actuación de la Administración y declaran el derecho al permiso. Ello requiere, en primer término, analizar cuál es la verdadera índole del perjuicio producido.

Si el interesado actuara, en la práctica, conforme a lo resuelto por la Administración, el perjuicio efectivo realmente derivado de la denegación indebida de un permiso de trabajo y residencia estaría vinculado, en primer término, al coste de la expulsión y, en particular, a los gastos de viaje (de retorno a su país y de ulterior regreso a España).

Sin embargo, en la práctica, los reclamantes no solicitan gastos de viaje alguno (cabalmente, por haber permanecido en España, no obstante la expulsión); sí reclaman, en cambio, el abono de una indemnización por los salarios no percibidos durante los meses o años que no han podido trabajar de manera regular en España. A tal fin, suelen aportar copia de la oferta de trabajo que, en su día, acompañaron a la solicitud de permiso, lo que revela la existencia de una oferta firme, directa y acreditada; en otros casos, el grado de concreción y firmeza de la oferta es menor (dictamen del expediente nº 642/2006); otras veces, en fin, falta tal oferta (dictamen del expediente nº 1.215/2008) o la acreditación se limita a un certificado, expedido *a posteriori*, en el que una empresa afirma que tuvo un puesto de trabajo a disposición del interesado, condicionado a la obtención del permiso correspondiente (dictamen del expediente nº 167/2009); se trata, en estos casos, de documentos privados sujetos a las consiguientes necesidades probatorias.

En todo caso, aunque se haya aportado una oferta de trabajo firme, directa y acreditada, el Consejo de Estado ha venido afirmando que ésta sirve, como un elemento más, para calibrar la evaluación del perjuicio irrogado por la indebida denegación, pero que no puede identificarse de forma automática el perjuicio con los salarios previstos en la oferta, y en relación con el periodo al que ésta se extiende (dictamen del expediente nº 611/2008). Ello es así, en primer lugar, porque el salario es retribución por un servicio que también tiene su coste (para el trabajador) y que aparentemente no se ha realizado; a ello ha de añadirse que la existencia de una oferta, por firme que sea, no acredita que, en caso de haberse obtenido el permiso de trabajo, el interesado hubiera realizado el trabajo durante el periodo a que se extiende la oferta. En efecto, además de que, durante el periodo de prueba, puede producirse libremente la resolución del contrato a instancia de cualquiera de las partes, esa resolución también pudo suscitarse con posterioridad, durante el desarrollo del periodo al que se refirió la oferta. En fin, la pretensión de abono de los salarios por periodos que exceden del ámbito temporal al que se ceñía la oferta se califica abiertamente como mera hipótesis, que no está mínimamente enlazada con la denegación inicial del permiso de trabajo.

De acuerdo con todo ello, el perjuicio que reflejan aquellas ofertas de trabajo (que no llegaron a hacerse efectivas) no consiste en no haber podido trabajar, sino que se identifica con la pérdida de una concreta y determinada oportunidad de trabajar (dictámenes de los expedientes nºs 643/2008 ó 950/2008). Por ello, el Consejo de Estado ha insistido en que la oferta sirve como uno de los elementos que pueden tomarse en consideración para valorar el perjuicio irrogado, pero subrayando que la directriz general al respecto es atender a las circunstancias concretas que caractericen, en cada caso, la situación de los afectados.

3.2. Configurado el perjuicio como la pérdida de una concreta y determinada oportunidad de trabajar legalmente en España, su valoración ha de tener en cuenta lo que el interesado ha realizado al no haber podido optar por aquella concreta oportunidad de trabajar (esto es, el llamado “coste de oportunidad”). Dicho en otros términos, si el interesado hubiera obtenido desde un primer momento el permiso de trabajo, hubiera podido empezar a trabajar en la oferta que se le había hecho; pero normalmente no hay constancia de si el interesado ha realizado alguna actividad retribuida, que, en cambio, no hubiera podido realizar si hubiera accedido a aquella oferta. Es claro que si, denegado el permiso, el interesado ha trabajado en situación irregular percibiendo por ello unas retribuciones, podrá invocar otros perjuicios,

pero no la imposibilidad de trabajar ni, al menos totalmente, la pérdida de salarios durante el tiempo que ha estado privado del permiso.

Habitualmente, los reclamantes afirman que, puesto que sin el permiso no podían realizar legalmente una actividad laboral, han permanecido inactivos durante todo el tiempo transcurrido hasta la obtención del permiso, privados por tanto de cualquier retribución. Sin embargo, la realidad de la llamada economía sumergida y los datos existentes sobre la prestación de servicios retribuidos por parte de trabajadores extranjeros en situación irregular impide elevar la denegación del permiso a la categoría de prueba concluyente de la inactividad y considerar acreditado que, denegado el permiso, el afectado se ha quedado sin realizar actividad remunerada alguna durante todo el tiempo en que ha permanecido en España. Así, igual que la denegación del permiso de residencia no acredita que el interesado haya salido de España (de hecho, muchas veces se reconoce expresamente que se ha permanecido ilegalmente en nuestro país), la falta del permiso de trabajo no demuestra que el interesado haya permanecido inactivo, cumpliendo sólo en este punto la resolución denegatoria del permiso. Por ello, el Consejo de Estado ha afirmado que sería ficticio pretender que la sola denegación del permiso acredita que el interesado no ha trabajado de forma remunerada.

Nuevamente, son determinantes las concretas circunstancias concurrentes en cada caso. Así, puede suscitar dudas la alegada inactividad de una reclamante que contaba con una oferta de trabajo como empleada del hogar, y a la que la misma empleadora le seguía ofertando el mismo puesto de trabajo casi tres años después de la denegación inicial. En algún caso, incluso, la documentación obrante en el expediente incluye la certificación de haber trabajado mientras carecía del oportuno permiso (dictamen del expediente nº 632/2008), lo que no deja de ser insólito, en la medida en la que supone el reconocimiento o afirmación de una actuación ilegal por parte del interesado.

3.3. Todo lo anterior lleva a cuestionar si puede evaluarse el perjuicio sufrido a partir de una pérdida de oportunidad de trabajar cuya valoración es compleja y, en todo caso, imprecisa (puesto que es hipotética toda consideración acerca de cómo se hubiera desarrollado en la práctica esa oportunidad), y cuando, además, se desconoce también cuál ha sido la situación real del interesado durante el tiempo que ha estado privado del permiso de trabajo (y, en particular, si ha percibido retribuciones por alguna otra actividad).

De la denegación indebida del permiso, lo único que puede deducirse con seguridad es que el interesado no ha podido empezar a trabajar en ese concreto trabajo en las mismas condiciones –de seguridad y legalidad– en que lo hubiera podido hacer en caso de haber obtenido el permiso de trabajo (y, por tanto, con la correspondiente protección social). En consecuencia, el perfil del perjuicio sufrido se distancia de la pérdida de retribuciones por la realización de una concreta actividad laboral y se aproxima más a la situación de zozobra e inseguridad derivada de la situación de ilegalidad en que ha permanecido en España (trabajando o no), o bien de la obligación de salir de España, donde hubiera debido poder residir y trabajar. Situación ésta que se extiende a todo el tiempo en que ha estado indebidamente privado del permiso de trabajo, con independencia de que la duración de la oferta de trabajo inicial fuera para un periodo significativamente menor.

Todo ello desvela lo ficticia que puede resultar una evaluación del perjuicio que esté excesivamente vinculada a la retribución prevista en la oferta inicial (cuando no se sabe si, en su lugar, ha venido percibiendo otra) y al periodo de tiempo a que se refiere la oferta (normalmente muy inferior a aquel durante el cual se ha prolongado su situación de privación indebida del permiso).

Las anteriores circunstancias abocarían a una indemnización a tanto alzado, no vinculada de forma directa a la oferta de trabajo que el interesado haya podido aportar en su día, aunque sí, de forma general, al conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso; y, entre ellas, significativamente, al periodo de tiempo durante el cual haya permanecido indebidamente privado del permiso por causa imputable a la Administración.

4. Relación de causalidad entre actuación administrativa y perjuicios invocados

A la vista de la actuación administrativa y del perjuicio invocado, ha de analizarse también, en cada caso, si la conducta del solicitante ha tenido alguna influencia en la generación del perjuicio. Así, a veces, una conducta poco diligente por parte del interesado podría llegar a romper el nexo causal entre la

actuación administrativa y el perjuicio invocado o, en otras ocasiones, permitiría apreciar una concurrencia de causas, con la consiguiente modulación de la responsabilidad.

En los casos a que se refieren estas reflexiones, los interesados sostienen habitualmente que la denegación del permiso por parte de la Administración les ha producido unos perjuicios (fundamentalmente, por la alegada “imposibilidad de trabajar”) hasta que obtienen una Sentencia favorable en vía contencioso-administrativa. Ahora bien, el ordenamiento jurídico, al tiempo que afirma la presunción de validez de los actos administrativos y su ejecutividad, establece medios orientados a evitar los perjuicios que dicha ejecutividad puede ocasionar en cada caso. Entre ellas destaca, de forma muy especial, la posibilidad de pedir medidas cautelares no sólo en vía administrativa, sino también en la judicial, de forma que los interesados pueden solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia” (art. 129.1º Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Pues bien, si una resolución denegatoria del permiso de trabajo y residencia impide trabajar e impone la expulsión del territorio nacional, parece razonable que el interesado que se considere perjudicado por tales efectos inste del órgano judicial la adopción de medidas cautelares orientadas a la elusión de ese perjuicio; cabalmente, la suspensión de la orden de expulsión y la concesión de un permiso provisional para trabajar.

Sin embargo, en la mayor parte de las reclamaciones formuladas ante el Consejo de Estado, los interesados perjudicados por la denegación de los permisos afirman la existencia de importantes perjuicios por la “imposibilidad de trabajar”, pero no solicitaron ante el órgano judicial la adopción de medida cautelar alguna orientada a evitar tal perjuicio. No faltan casos en que solicitaron con éxito tal medida, de forma que el órgano judicial les concedió un permiso provisional para trabajar, lo que silencian después ante la Administración al reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos; así sucedió en el caso examinado en el dictamen del expediente nº 1.931/2007, en que un inciso de la Sentencia revelaba que el interesado había sido contratado por la empresa ofertante en ejecución de una medida cautelar (medida cautelar y contratación que el reclamante silenciaba en su reclamación de responsabilidad); algo parecido ocurrió también en el caso examinado en el dictamen del expediente nº 611/2008, en el que una resolución judicial obrante en el expediente revelaba que la interesada había solicitado y obtenido la medida cautelar positiva de concesión de un permiso provisional para trabajar en el concreto trabajo que le había sido ofertado. En fin, la falta de petición de una medida tal resulta especialmente llamativa cuando el proceso judicial se prolonga en exceso (por ejemplo, como consecuencia de una suspensión judicial de las actuaciones: dictamen del expediente nº 167/2009).

En otros casos, se solicita ante el órgano judicial, como medida cautelar, la suspensión de la obligación de abandonar el territorio nacional (lo que es coherente con la percepción, por el interesado, de que la expulsión del territorio le puede ocasionar un perjuicio efectivo, si tiene que abandonar efectivamente el país); y, sin embargo, no se solicita, simultáneamente, que se le conceda un permiso para trabajar con carácter provisional al amparo de la oferta que ha presentado (lo que podría entenderse como indicio de la existencia de otras oportunidades de trabajar para el interesado, aun privado del permiso); así ocurre en otros casos de los que ha conocido el Consejo de Estado, como los examinados en los dictámenes de los expedientes nºs 632/2008 y 1.924/2008.

En fin, en muchas ocasiones se aprecia que no se solicitaron medidas cautelares al impugnar la denegación, de forma que el interesado debería haber abandonado el territorio nacional. Sin embargo, anulada la resolución denegatoria, no se pide una indemnización por la expulsión, incluso reconociendo el incumplimiento de la resolución en este punto; pero sí se pide una indemnización por no haber podido trabajar (lo que presupone el cumplimiento de la prohibición de trabajar). En definitiva, no se demuestra el cumplimiento en lo que sería fácilmente acreditable (la salida de España), y se afirma tal cumplimiento en lo que no se puede probar (que no se trabajó).

Por último, ha de subrayarse que, en la medida en que se impute a la Administración un retraso en la concesión del permiso (o en la tramitación del expediente incoado al efecto), o una demora en la ejecución de la Sentencia en la que se reconoce el derecho a su concesión, resulta también muy relevante la conducta del interesado, puesto que, como señalaba el dictamen del expediente nº 611/2008, el ordenamiento jurídico pone a disposición de los interesados unos medios de reacción para evitar que aquéllos

se vean forzados a soportar las consecuencias perjudiciales de la inactividad administrativa o de la demora en resolver ese expediente. Así, transcurrido el plazo máximo para resolver, se dota al silencio administrativo de un concreto sentido –estimatorio o desestimatorio– y se abre al interesado la posibilidad de impugnar en vía contencioso–administrativa la resolución presunta de su solicitud. En el mismo sentido, se puede apreciar, en ocasiones, un retraso del propio reclamante en pedir la ejecución de la Sentencia que anuló la denegación del permiso (dictámenes de los expedientes n^{os} 632/2008 y 946/2008).

En definitiva, si al solicitante de un permiso de trabajo se le están produciendo efectivamente los importantes perjuicios por los que después reclama, lo coherente es que, entre tanto, intente ponerles fin y realice alguna actuación orientada en tal sentido. Es inconsistente con la invocación de graves perjuicios –en particular, cuándo éstos no están perfectamente acreditados– que el supuestamente afectado por ellos no desarrolle actuaciones que, sin ningún coste para él, podían haberlos evitado.

5. Conclusiones

A partir de todo lo anterior, pueden formularse algunas conclusiones; de un lado, en relación con la resolución de los expedientes de responsabilidad derivadas de la denegación de permisos de trabajo; de otro, a fin de evitar, en lo posible, la generación de los perjuicios que están en el origen de estas reclamaciones.

En lo que se refiere a la resolución de los expedientes de responsabilidad de que aquí se trata (y, en particular, a la valoración del perjuicio), ha de insistirse en la directriz general consistente en atender a las circunstancias concretas concurrentes en cada caso, aunque ello impida el cómodo automatismo de vincular la indemnización al sueldo previsto en una determinada oferta de trabajo.

Así, debe analizarse la actuación de la Administración y la medida en que estaba condicionada, no ya por las normas aplicables, sino especialmente por la actuación del interesado. En cuanto al perjuicio causado, ha de atenderse tanto a la índole del mismo (sin confundir la pérdida de una concreta oportunidad laboral con una genérica imposibilidad de trabajar), como al tiempo durante el cual ese perjuicio se ha prolongado (aunque en esa duración pueden influir ya factores ajenos a la actuación administrativa). En fin, los interesados han de mostrar una conducta mínimamente diligente, o al menos coherente con la existencia real y efectiva de los perjuicios por los que después reclaman.

Por otra parte, las reclamaciones de responsabilidad han de impulsar a la Administración, no sólo a indemnizar los perjuicios causados, sino, sobre todo, a evitar su generación en el futuro. En el concreto ámbito de los permisos de trabajo y residencia, el Consejo de Estado aprecia la necesidad de profundizar en tres aspectos: en primer lugar, en la mayor claridad normativa, a fin de evitar dudas interpretativas y de reducir en lo posible la utilización de conceptos jurídicos indeterminados relevantes para la concesión del permiso. En segundo lugar, debe alentarse la mayor celeridad en la tramitación de estos expedientes y, sobre todo, la ejecución de las Sentencias que, anulando la denegación, reconocen el derecho al permiso de trabajo; en este punto, la eficacia de la Administración es manifiestamente mejorable. En fin, los interesados deben ser conscientes de las posibilidades de reacción que el ordenamiento jurídico les proporciona ante casos de retraso, inactividad o denegación indebida de permisos de trabajo y residencia, incluida la posibilidad de pedir medidas cautelares orientadas, precisamente, a evitar los perjuicios derivados de la denegación.

CARÁCTER ESENCIAL DEL REQUISITO DE RESIDENCIA LEGAL Y CONTINUADA EN TERRITORIO ESPAÑOL DURANTE CINCO AÑOS PARA OBTENER LA RESIDENCIA PERMANENTE

2010/2/Doc.– Dictamen del expediente n° 2151/2009 (Trabajo e inmigración), de 14 de enero de 2010.

[...] En el caso sometido a consulta, el interesado solicitó la renovación de su autorización de residencia temporal, pero la Subdelegación del Gobierno la tramitó, por error, como solicitud de residencia permanente, al no detectar que la renovación anterior se había concedido sólo por dos meses; en consecuencia, se le concedió la autorización de residencia permanente, fundada en que el interesado reunía los

requisitos previstos en el art. 72.1º del Reglamento de la LO 4/2000, esto es, un periodo de residencia previa legal y continuada de cinco años. Así las cosas, la cuestión central en el presente expediente de revisión de oficio radica en determinar si el requisito de la previa residencia legal de cinco años constituye o no un requisito esencial para la concesión de la autorización de residencia permanente que se le otorgó mediante la Resolución de 14 de noviembre de 2008, sometida ahora a revisión.

La Subdirección General de Recursos del Ministerio indica que la autorización fue concedida al amparo del art. 72.1º del repetido Reglamento, y por cumplir los requisitos que en él se recogen, por lo que entiende que cabe atribuir carácter esencial al requisito relativo a la previa residencia legal de cinco años, teniendo en cuenta que el citado art. 72.1º dispone: “Tendrán derecho a obtener una autorización de residencia permanente los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años”.

Se separa con ello del parecer de la Abogacía del Estado, que entiende que el supuesto no plantearía problemas si la única vía para acceder a la residencia permanente fuera la previa residencia legal y continuada de cinco años; pero que añade que el art. 72.3º del Reglamento aprobado por el RD 2393/2004 contempla otros supuestos de acceso a la autorización de residencia permanente en los que no se exige aquel requisito de residencia previa de cinco años, por lo que concluye que éste no constituye un requisito esencial para aquel acceso. En efecto, dispone el citado art. 72.3º que la autorización de residencia permanente también se concederá a los extranjeros que acrediten que se encuentran en cualquiera de los supuestos que en él se recogen (en determinados casos, los beneficiarios de una pensión de jubilación, de incapacidad absoluta o de gran invalidez en el sistema español de la Seguridad Social, personas nacidas en España, españoles de origen que hayan perdido la nacionalidad, personas que hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española, apátridas o refugiados en España, o extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior).

Este último razonamiento llevaría a entender que, en todos aquellos supuestos en que se establecen dos supuestos o dos vías diferentes para acceder a determinados derechos o facultades, ningún requisito podría considerarse esencial, lo que, a juicio del Consejo de Estado, no puede sostenerse con carácter general, dado que, con ello, se reduciría el concepto de “requisito esencial” hasta hacerlo desaparecer en no pocos supuestos.

Tanto el órgano instructor como la Abogacía del Estado se basan en lo dispuesto en el art. 71 del repetido Reglamento aprobado por el RD 2393/2004. Ahora bien, puede ser ilustrativo a efectos de analizar el carácter –esencial o no– del requisito de referencia la base legal en que se funda el citado artículo reglamentario (la vigente en la fecha en que se dictó la resolución sometida a revisión, que ha sido recientemente modificada por la Ley 2/2009, de 11 de diciembre).

Así, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción vigente hasta el 13 de diciembre de 2009, regulaba la residencia permanente en el art. 32, que constaba de dos apartados. El ap. 1 la definía como la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles; y el ap. 2 disponía:

“Tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por periodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio nacional temporalmente. Con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España”.

De ello se desprende que el art. 32 LO 4/2000 recogía únicamente dos requisitos para tener derecho a residencia permanente: la residencia previa y continuada de cinco años y la especial vinculación con España. Dos requisitos impuestos con carácter alternativo y no cumulativo, de modo que uno de ellos se establecía con carácter general (precisamente, el de la residencia previa y continuada de cinco años), con la indicación de que sólo excepcionalmente podía eximirse del mismo, cuando concurriera el segundo de ellos (una “especial vinculación con España”, en los términos previstos reglamentariamente). Ambos supuestos fueron objeto de desarrollo a través del art. 72 del Reglamento antes citado; el establecido con carácter general en el ap. 1, y el excepcional en el ap. 3, en los términos que han quedado apuntados.

En cuanto al requisito establecido como único con carácter general (la residencia previa y continuada de cinco años), el citado art. 72.1º se refiere también sólo a él, aunque puedan existir otros requisitos necesarios –y no esenciales– establecidos también por vía reglamentaria, como los que se desprenden del art. 73 del mismo Reglamento (así, la exigencia de que los interesados “deberán solicitar, en modelo oficial, la autorización de residencia permanente”, lo que, por lo demás, tampoco ha ocurrido en el presente caso, puesto que lo que el interesado había solicitado el 3 de noviembre de 2008 era una autorización de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena –segunda renovación– y no una autorización de residencia permanente).

A la vista de todo ello, entiende el Consejo de Estado que puede atribuirse al requisito de residencia previa de cinco años el carácter de “esencial” a efectos de acceder a la renovación de la autorización de trabajo y residencia permanente que se concedió al interesado por Resolución de 14 de noviembre de 2008. En caso contrario, habría de concluirse que ningún requisito tiene carácter esencial para acceder a dicha autorización de residencia permanente.

Por ello, entiende el Consejo de Estado que, en el presente caso, puede concluirse que el interesado no reunía los requisitos esenciales para acceder a la autorización de residencia permanente que se le concedió mediante Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Ávila de 14 de noviembre de 2008 y que, en consecuencia, es procedente la revisión de oficio a que se refiere la consulta. [...]

AUTORIZACIÓN PARA USAR EN ESPAÑA UN TÍTULO PONTIFICIO

2010/3/Doc.– Dictamen del expediente nº 292/2010 (Justicia), de 18 de marzo de 2010.

[...] El art. 17 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 establece que los ciudadanos españoles que obtuvieran una merced nobiliaria de la Santa Sede o de un gobierno extranjero, “deberán solicitar para su uso en España la autorización necesaria”, petición de autorización que es de carácter personal y debe realizarse cada vez que cambie el poseedor del título (dictamen 212/91).

El RD 222/1988, de 11 de marzo, estableció, además, que para el futuro sólo se expedirían esas autorizaciones para títulos “que tuvieran una significación valiosa para España en el momento de la solicitud”, lo que ha de ser apreciado como tal por la Diputación de la Grandeza y por el Consejo de Estado, nuevo requisito que trató de evitar según su preámbulo la desnaturalización del significado de las autorizaciones de uso, condicionándolas ahora a un relieve extraordinario del título en cuestión.

El solicitante ha aportado, lo que ha de estimarse suficiente, un oficio de la Secretaría de Estado de la Santa Sede que le reconoce la sucesión en el título. Ha de partirse de la titularidad formal creada en un ordenamiento extranjero (dictamen 38.640, de 7 de junio de 1973) para comprobar si el título extranjero cuya autorización para su uso en España se solicita tiene esa significación valiosa para España, pues la autorización sólo puede concederse cuando concurre esa circunstancia. A partir de esta titularidad formal, se ha de comprobar la significación valiosa del título que justifique su “autorización” en España, autorización que, como viene declarando este Consejo de Estado, no tiene el sentido propio de la autorización, de levantar una prohibición de uso por ciudadanos españoles de títulos extranjeros, como fue en su origen, desde una concepción de súbdito de la Corona, sino más bien de reconocimiento oficial del título, aunque sin perder la condición de título extranjero que la autorización confirma, sujetándose ese reconocimiento a las obligaciones fiscales propias de los títulos de la Corona.

El Consejo de Estado ha venido afirmando que la significación valiosa no hace referencia, a diferencia de la rehabilitación, a los méritos del solicitante sino a un dato objetivo significativo que justifique actualmente su autorización de uso en España, para lo que no basta la significación pretérita del título o los méritos que motivaron su otorgamiento, sino que el título encierre “un valor estimable para la España actual, sin, por supuesto, excluir por principio que ciertos hechos históricos, aunque pasados, conservan un sentido vivo y eficaz en el presente” (dictamen 212/99).

Se da la circunstancia en el presente expediente de que el padre del promotor, que obtuvo breve pontificio como sucesor en el título, no solicitó en su momento su autorización de uso en España. En el

dictamen 1.984/2003, este Consejo de Estado afirmó que “las autorizaciones precedentes para el uso del título no pueden ser argumento decisivo que permita decidir por sí mismo esa significación valiosa, aunque han de ser tenidas en cuenta, junto a otros factores, para valorar la concurrencia del requisito de la significación valiosa para España del título en el momento de la solicitud de autorización”. Si no resultan decisivas las autorizaciones precedentes, tampoco parece que haya de serlo la ausencia precedente de autorización, en concreto, de una autorización, aunque ello haya de ser tenido en cuenta para valorar la concurrencia del requisito.

El solicitante no se ha limitado a exponer sus propios méritos, sino que para justificar el significado actual del título, se ha basado en su devenir a través de sus sucesivos poseedores hasta el momento actual. La amplia documentación aportada demuestra que los sucesivos poseedores del título lo han mantenido a través de su actuación personal, profesional y social con dignidad y méritos, y que la memoria histórica del título permanece, sobre todo en la ciudad de Sevilla, donde la obra del concesionario permanece y ha sido notablemente incrementada por sus sucesores. La distinción nobiliaria se ha integrado y ha adquirido relevancia en la sociedad española, al margen del origen pontificio del título, y ha afectado al valor y a la condición del título, más allá de la persona o de las prendas del poseedor (dictamen 1.322/2002). Por todo ello, cabe deducir, sin dificultad alguna, la significación valiosa actual para España del título pontificio de Marqués de [...]

RENOVACIÓN DE LAS AUTORIZACIONES INICIALES DE RESIDENCIA Y TRABAJO

2010/4/Doc.– Dictamen del expediente nº 209/2010 (Trabajo e inmigración), de 8 de abril de 2010.

[...] En el presente caso, el órgano instructor considera que las renovaciones de las autorizaciones de residencia y trabajo se produjeron faltando un requisito esencial al efecto; se atribuye tal carácter a la preexistencia de una autorización vigente, entendiendo que la renovación de una autorización no sólo exige que se haya concedido una autorización inicial y que se reúnan los requisitos sustantivos exigidos, sino que aquélla se encuentre en vigor. Puesto que las autorizaciones iniciales estaban extinguidas en el momento en que se solicitaron las renovaciones, concluye que procede la revisión de oficio.

La renovación de las autorizaciones de trabajo estaba regulada en el art. 38.3º LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (antes de su última modificación, operada por la LO 2/2009, que ha trasladado dicha regulación al ap. 6 del mismo art. 38), que disponía que la autorización de trabajo “se renovará a su expiración” si concurren las circunstancias que a continuación se detallan y que incluyen la persistencia o renovación del contrato de trabajo inicial o una nueva oferta de empleo, el disfrute de una prestación contributiva por desempleo o de una prestación económica asistencial destinada a su inserción social o laboral (en ambos casos, por el plazo de duración de la prestación) o cuando concurren las circunstancias establecidas reglamentariamente. Por su parte, el art. 31.1º de la misma ley orgánica (en aquella redacción anterior) establecía que las autorizaciones de residencia podrían renovarse, a petición del interesado, “atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión”, para a continuación remitir al desarrollo reglamentario la regulación de la concesión de las renovaciones y la duración de éstas (la regulación introducida por la LO 2/2009, algo más completa, alude a los elementos que han de valorarse para la renovación, como la existencia de antecedentes penales, el incumplimiento de obligaciones tributarias o de Seguridad Social, o el esfuerzo de integración del extranjero).

El desarrollo reglamentario de tales previsiones se encuentra, fundamentalmente, en el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y, más concretamente, en su art. 54, relativo a la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena que, a lo largo de sus diez apartados, desarrolla el procedimiento, requisitos, condiciones y efectos de tales

renovaciones. Su primer apartado exige, en efecto, que la renovación se solicite “en modelo oficial, durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización”, para añadir a continuación que la presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento; prórroga que también se producirá “en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización”, sin perjuicio de la responsabilidad a que pueda haber lugar.

A la vista de todo ello, puede compartirse el criterio de que la preexistencia de una autorización vigente constituya un requisito esencial para poder obtener su renovación; pero ha de notarse que, en los tres casos sometidos a consulta hubo una autorización de residencia y trabajo inicial, concedidas en agosto de 2007 (según se desprende de alguno de los documentos incorporados al expediente) y que se extinguieron por Resolución de 10 de marzo de 2008 (sin que conste en el expediente que los interesados tuvieran conocimiento de tal extinción), cuando al menos alguno de ellos ni siquiera había llegado a España, si bien a todos ellos se les facilitaron –con posterioridad– las correspondientes tarjetas de identidad y fueron dados de alta en la Seguridad Social, desarrollando sus actividades laborales como si se encontraran en situación regular (lo que, al parecer, también se desprendía de la información contenida en el Registro Central de Extranjeros). En definitiva, aquel requisito de la preexistencia de una autorización vigente se cumplía en el caso de las renovaciones a que se refiere la consulta.

En cambio no parece que deba atribuirse carácter de requisito esencial a la exigencia de que la autorización inicial esté en vigor cuando se solicita la renovación; no lo exigían los arts. 31.1º ni 38.3º LO 4/2000, vigente en el momento de la renovación (“se renovará a su expiración”, decía este último, en texto que reitera el art. 38.6º ahora vigente). Por su parte, el desarrollo reglamentario aludido establece –ya entre otros requisitos o exigencias alternativas, sustantivas unas y procedimentales otras– que la renovación debe solicitarse antes de que expire la vigencia de la autorización inicial, pero contempla también la posibilidad de que no se haga así y de que se solicite una vez finalizada la vigencia de la autorización inicial (sin que ello impida, no ya que se conceda la renovación, sino incluso que la autorización inicial se entienda prorrogada hasta la resolución del procedimiento).

En tales condiciones, entiende el Consejo de Estado que no constituye un requisito “esencial”, a los efectos del art. 62.1º.f (en relación con el art. 102, ambos de la Ley 30/1992), la exigencia de que la autorización inicial esté en vigor cuando se solicita la renovación.

Todo ello conduce a concluir que no resulta procedente la revisión de oficio de las resoluciones a que se refiere la consulta, sin necesidad de analizar la cuestión desde la perspectiva de los límites que, para la revisión de oficio, establece el art. 106 Ley 30/1992. [...]

2010/5/Doc.– Dictamen del expediente nº 1062/2010 (Trabajo e inmigración), de 19 de julio de 2010.

[...] Consisten estos en invocar el art. 62, nº 1.f) LRJAP-PAC, que reputa nulos de pleno derecho a los actos, expresos o presuntos, que sean contrarios al ordenamiento jurídico y por los que se adquieran facultades o derechos careciéndose de los requisitos esenciales para ello.

En el presente caso, esas facultades o derechos se refieren a la autorización inicial de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo que se concedió al Sr.

El material que obra en el expediente da cuenta de que el interesado presentó la correspondiente solicitud el 20 de mayo de 2009 y que, el 27 de marzo anterior, se había dictado una orden de expulsión del peticionario de España, con prohibición de entrar en el mismo durante el plazo de 7 años. Según se recoge en una resolución judicial aportada por el interesado y que este último no ha contradicho con otros datos (punto octavo de antecedentes), esa orden de expulsión es firme.

Partiendo de tales datos fácticos, la propuesta invoca en apoyo de su criterio el art. 31, nº 5, y la disposición adicional cuarta de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

El primero de tales preceptos es una norma general relativa a las autorizaciones temporales de residencia, que estipula que no podrán concederse a quienes figuren como rechazables en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.

Junto al alcance general de la norma en la que figura, parece claro que los términos en que ese requisito esté enunciado obligan a conceptuarlo de requisito esencial para conseguir tales autorizaciones.

Por lo que se refiere a la aplicación de tal requisito en el concreto caso que ahora se dictamina, la instrucción lo pone en relación con el Convenio Schengen, del que ha de recordarse que pivota sobre la base de atribuir a cada Estado parte el control de acceso al ámbito territorial formado por todos los Estados parte.

A la vista de esa premisa, entiende este Consejo que la orden firme de expulsión del Sr. ... del territorio español, con prohibición de nueva entrada en el mismo, tiene consecuencias directas en la aplicación del Convenio Schengen y, por tanto, puede ser invocada a los efectos del mencionado art. 31, nº 5.

En lo que atañe a la disposición adicional cuarta de la LO 4/2000, establece que se inadmitirán a trámite las solicitudes de autorización formuladas por quienes hayan sido objeto de un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse su expulsión, respecto de quienes ya se haya adoptado tal decisión o por quienes tengan prohibida la entrada en España.

Los términos en que está enunciada tal disposición, la consecuencia de inadmisión a trámite que recoge y su colocación sistemática dentro de la LO 4/2000 no dejan duda acerca de que contempla requisitos esenciales para poder ser destinatario de una autorización de residencia.

Tampoco es dudoso que dos de los supuestos contemplados en tal disposición adicional concurren en el caso del Sr. ... , respecto de quien se ha pronunciado una orden de expulsión con prohibición de nueva entrada en España.

En consecuencia, este Consejo de Estado comparte el criterio de la propuesta de resolución en el sentido de entender que la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid que concedió una autorización inicial de residencia temporal a favor del Sr. por circunstancias excepcionales de arraigo se dictó careciendo el interesado de requisitos esenciales para ello y adolece, por tanto, de la concreta nulidad de pleno derecho contemplada en el art. 62, nº 1.f) LRJAP-PAC.

No concurriendo, por lo demás, a la vista del resto de las circunstancias que concurren en el presente caso, factores del tipo de los recogidos en el art. 106 de ese mismo texto legal, no existen objeciones para que se ejercite la potestad de revisión de oficio en relación con la aludida resolución. [...]

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

APLICACIÓN EN ESPAÑA DE LOS PROCESOS EUROPEOS MONITORIO Y DE ESCASA CUANTÍA

2010/6/Doc.- Informe al Anteproyecto de Ley 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, de 28 de enero de 2010.

[...] IV. *Consideraciones generales*

1. Finalidad de la reforma

Esta iniciativa legislativa señala como objetivo fundamental la potenciación de los instrumentos procesales para la protección del crédito, tanto de derecho interno como de derecho comunitario, introduciendo en la LEC las normas necesarias para el engarce de los Reglamentos comunitarios con nuestro sistema procesal civil, que por su sencillez procedimental se presentan más rápidos y eficaces para la reclamación de deudas pecuniarias. No es la primera vez que el prelegislador español afronta la tarea de adaptar a nuestro Derecho los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía: el Anteproyecto de Ley

de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, del año 2008, introducía a tal efecto las disposiciones finales vigésimo tercera y vigésimo cuarta, que fueron suprimidas del Proyecto de Ley ulterior.

Relacionado con lo anterior, la reforma también persigue la unificación de aspectos hoy dispares en el tratamiento procesal de los procesos monitorios español y comunitario, lo que va encaminado en la misma dirección que determinadas modificaciones operadas en la LEC a favor de procesos de estructura más simple, como las que afectan al incremento del umbral cuantitativo del proceso monitorio y del juicio verbal, incluidas en la recientemente publicada Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Secundariamente, la PE indica como objetivo de la reforma la salida “al paso de una distorsión detectada en la actualidad en relación con los procesos monitorios, a los cuales se recurre, al no estar gravados con la tasa judicial, de manera masiva para eludir procesos en los que sí resulta exigible dicho tributo”. A tal fin se incluye como nuevo hecho imponible de la tasa judicial la presentación inicial del procedimiento monitorio –pero sin alterar ni el ámbito subjetivo ni las exenciones de este tributo–, de igual modo que la presentación de una petición de requerimiento europeo de pago (*cf.* el considerando 15 RPME), para de este modo equilibrar las condiciones económicas de litigación del acreedor con domicilio en España y del que lo tiene en otro país de la Unión Europea. Esta medida se complementa con la exclusión de la obligación de exacción de una nueva tasa por el inicio del proceso declarativo que corresponda en caso de oposición del deudor; “[e]llo pone de manifiesto –según la PE– que la implantación de la tasa judicial para estos procesos más que a una finalidad recaudatoria, lo que pretende es ordenar el ámbito de cada cauce procesal de manera más racional” esta opción legislativa, si bien desde la perspectiva de la gestión administrativa, se ve más claramente en la Memoria cuando se afirma que

“Podría considerarse que la implantación de la tasa judicial podría comportar una nueva carga administrativa. Sin embargo, se rechaza tal interpretación en la medida que lo que se trata es precisamente que la tasa judicial no constituya un elemento de desequilibrio de los procesos judiciales de manera injustificada hacia los instrumentos en los que no tiene lugar su pago, cuando no sean los que legalmente correspondan. Prueba de ello es que no hay duplicidad del pago de la tasa cuando iniciado cualquiera de los procesos monitorios hubiera de seguirse un proceso ordinario o verbal por producirse oposición del demandado”.

Finalmente, este nuevo hecho imponible no tiene porque incidir negativamente en el acceso a la justicia, al no afectar al ámbito subjetivo ni al régimen de exenciones de la tasa, y parece responder, por una parte, a la equiparación en este punto con el proceso monitorio europeo; y, por otro lado, a un interés recaudatorio que puede estar justificado por razones presupuestarias, como se desprende de la Memoria cuando al tratar del impacto en los Presupuestos Generales del Estado, aprecia que

“En relación con los ingresos públicos el cobro de la tasa cuando estos procesos se inicien por personas jurídicas sujetas al impuesto de sociedades conllevará unos ingresos que en estos momentos no se pueden cuantificar”.

[...]

V. Análisis del articulado

[...] 1.3. Normas para la aplicación del Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo

[...] 1.3.1. Régimen jurídico

El ap. 11 contiene una previsión genérica de supletoriedad de la LEC al proceso monitorio para todas aquellas cuestiones procesales no tratadas en el RPME, de conformidad con el art. 26 de este último.

También hay una declaración específica para el proceso de ejecución en España de los requerimientos europeos de pago expedidos en otros Estados miembros, que se regirán directamente por lo dispuesto en la LEC (ap. 14). Este apartado pretende cumplir con el art. 21.1° RPME, pero éste condiciona la aplicación del derecho interno a que lo sea “[s]in perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento”; por lo tanto, la aplicación del Derecho interno español en sede de ejecución no puede ser directa y exclusiva, sino supletoria en defecto de previsión expresa del Reglamento comunitario. Consecuente-

mente, el Anteproyecto habría de hacer mención a esta salvedad relativa a la regulación procesal del Reglamento comunitario.

[...] 1.3.2. Elementos

1.3.2.1. Órgano jurisdiccional

[...] B) Competencia judicial

La reforma afecta a sus tres modalidades: objetiva, territorial y funcional.

a) Competencia objetiva

Como se ha dicho, se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia la competencia objetiva para resolver sobre la petición inicial de proceso monitorio europeo (ap. 1), para la ejecución en España de un requerimiento europeo de pago que haya adquirido fuerza ejecutiva, así como para la denegación de la ejecución del requerimiento, la limitación y suspensión de la ejecución, y para la ejecución sujeta a constitución de garantía (ap. 13) –incluimos estas últimas competencias en sede de ejecución como modalidad de la objetiva, y no de la funcional, donde se residencia la ejecución de un título ejecutivo judicial español, porque se refiere a la atribución por vez primera del conocimiento de un asunto por los Tribunales españoles–.

Se plantea aquí un problema semejante al observado en relación con la jurisdicción y las pretensiones de naturaleza laboral, y es que tratándose de créditos de derecho mercantil derivados de las materias a las que se refiere el art. 87 ter LOPJ, la competencia objetiva debería residenciarse en los Juzgados de lo Mercantil, no únicamente por la atribución genérica de la materia mercantil a estos Juzgados, sino también por la disposición específica sobre competencia del art. 86 ter ap. 3, que asigna a estos Juzgados la competencia para el reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, cuando éstas versen sobre materias de su competencia, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal (lo que no ocurre en este caso).

Como corolario de lo anterior, se sugiere que además de la inclusión de los Juzgados de lo Social, se añada la de los Juzgados de lo Mercantil en relación con las reclamaciones de créditos derivados de relaciones jurídicas que sean de su competencia.

b) Competencia territorial

La competencia territorial para resolver sobre la petición inicial de proceso monitorio europeo se determina, en primer lugar, conforme a lo dispuesto en el citado Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, y en lo no previsto por éste, en la legislación procesal española (ap. 1).

En cuanto a la competencia territorial para la ejecución en España, el ap. 13 la confiere al Juzgado del domicilio del demandado.

c) Competencia funcional

La competencia funcional en materia de *revisión* de un requerimiento de pago europeo –de naturaleza jurídica similar al procedimiento de rescisión de sentencias firmes a instancia del demandado rebelde (art. 501 y cc. LEC)–, corresponde al mismo órgano jurisdiccional que lo expidió (ap. 9).

[...] 1.4. Normas para la aplicación del Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

El análisis de la disposición final vigésima cuarta seguirá la misma exposición sistemática que en el precedente ap. 1.3.

El art. 25 del Reglamento, titulado Información relativa a la competencia de los órganos jurisdiccionales, a los medios de comunicación y a las vías de recurso, obliga a los Estados miembros a comunicar a la Comisión, con fecha límite el 1 de enero de 2008, los siguientes extremos:

a) Órganos jurisdiccionales competentes para dictar resoluciones en el proceso europeo de escasa cuantía.

b) Medios de comunicación aceptados a los fines de este proceso y disponibles en los órganos jurisdiccionales de conformidad con el art. 4, ap. 1 (presentación del formulario estándar de demanda mediante envío).

c) Si su Derecho procesal prevé la posibilidad de recurso de conformidad con el art. 17 (recurso frente a sentencia) y ante qué órgano jurisdiccional debe interponerse.

d) las lenguas aceptadas conforme al art. 21, ap. 2, letra b) (certificado de la sentencia a efectos de reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro).

e) las autoridades competentes por lo que respecta a la ejecución y las autoridades competentes a efectos de la aplicación del art. 23 (suspensión o limitación de la ejecución).

La información comunicada por el Estado español a la Comisión –incorporada al documento Información comunicada por los Estados miembros de conformidad con el art. 25 del Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2000, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía– se produjo en estos términos:

Art. 25. Información relativa a la competencia de los órganos jurisdiccionales, a los medios de comunicación y a las vías de recurso

Art. 25(1)(a) - Órganos jurisdiccionales competentes

Juzgados de primera instancia.

Art. 25(1)(b) - Medios de comunicación

El formulario de demanda podrá presentarse directamente, por correo postal o por fax.

Art. 25(1)(c) - Órganos jurisdiccionales de recurso

Se admite el recurso de apelación que deberá prepararse ante el mismo Juzgado de primera instancia que dictó la sentencia, anunciando la intención de recurrir la sentencia y especificando los pronunciamientos que se impugnan en el plazo de 5 días. Preparado que sea el recurso el plazo para formalizar e interponer la apelación será de 20 días ante la Audiencia provincial correspondiente.

Art. 25(1)(d) - Idiomas aceptados

Español.

Art. 25(1)(e) - Autoridades competentes

La competencia para la ejecución y para la aplicación del art. 23 corresponde a los Juzgados de primera instancia.

Ante este panorama que en principio orienta sobre las materias de las que el legislador nacional va a ocuparse para la aplicación de este proceso en España, el Anteproyecto en el número cinco del art. 1 añade a la LEC una nueva disposición final vigésima cuarta, distribuida en diez apartados.

[...] 1.3.1. Régimen jurídico

Según el ap. 2, el proceso europeo de escasa cuantía se iniciará y tramitará en la forma prevista en el RPEEC y con arreglo a los formularios que figuran en los anexos del mismo.

En relación con el derecho supletorio, el art. 19 RPEEC dispone que sin perjuicio de sus disposiciones, este proceso se regirá por la legislación procesal del Estado miembro en el que se desarrolle el proceso. A su amparo, el mismo ap. 2 dispone que las cuestiones procesales no previstas en el Reglamento se regirán por el Juicio Verbal de la LEC, con independencia del orden jurisdiccional al que pertenezca el tribunal.

Sin perjuicio del problema de la falta de jurisdicción del orden social para conocer de este proceso, lo que será analizado más adelante, esta declaración de supletoriedad afectará a los Jueces de lo Social que deberán acudir a la LEC como Derecho supletorio, y no al proceso laboral que les es propio y utilizan de ordinario, regulado en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril, por el que aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL).

Respecto al proceso de ejecución, la opción del prelegislador materializada en el ap. 8 no es la aplicación supletoria del derecho interno, sino su aplicación directa y exclusiva: los procedimientos de ejecución en España de las sentencias dictadas en otros Estados miembros de la Unión Europea que pongan fin a estos procesos europeos se regirán por lo dispuesto en la LEC. En este punto, además de los problemas que igualmente puede suscitar la aplicación exclusiva de la LEC en la ejecución laboral (*v.gr.*, las actuaciones que sean consecuencia de la subrogación del Fondo de Garantía Salarial), el Anteproyecto no reconoce el carácter supletorio que ha de darse a la legislación procesal nacional, ya que el art. 21.1° del Reglamento dispone que la legislación del Estado miembro de ejecución será “[s]in

perjuicio de lo dispuesto en el presente capítulo”, rotulado reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro, lo que podría incluirse en la redacción del Proyecto de Ley.

1.3.2. Elementos

1.3.2.1. Órgano jurisdiccional

El Anteproyecto trata la jurisdicción por razón de la materia y la competencia de los Tribunales españoles. Aunque el RPEEC no lo declare expresamente, será presupuesto previo que el tribunal tenga jurisdicción internacional conforme al Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

A) Jurisdicción *ratione materiae*

Indirectamente, al relacionar los Tribunales objetivamente competentes, el ap. 1 atribuye jurisdicción por razón de materia a los órdenes civil y social, en atención a la relación jurídica de la que se deriva el crédito pecuniario objeto de reclamación.

Además de no armonizar con la comunicación a la Comisión a efectos del art. 25 del Reglamento –mención exclusiva a los Juzgados de Primera Instancia–, la atribución de jurisdicción al orden social ha de deberse a un error, pues expresamente establece el art. 2.2º RPEEC que el mismo no se aplicará a los asuntos relativos a la seguridad social [letra d)] ni al derecho laboral [letra f)] (por contrario, en la adaptación del proceso monitorio europeo, a través del cual pueden reclamarse deudas que traigan causa de un contrato de trabajo, el Anteproyecto no atribuye más jurisdicción que al orden civil).

Por estas razones, habría de excluirse la jurisdicción del orden social, siendo suficiente con la supresión de la mención a los Juzgados de lo Social.

B) Competencia judicial

La nueva regulación contempla las tres modalidades de competencia: objetiva, territorial y funcional.

a) Competencia objetiva

El ap. 1 gira en torno a la competencia para el proceso de declaración (“tramitar y resolver el proceso europeo de escasa cuantía”), que corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, de lo Mercantil o de lo Social, en atención a la relación jurídica de la que se deriva el crédito pecuniario objeto de reclamación.

Si la materia del orden jurisdiccional social está excluida de este proceso conforme al RPEEC, carece de base la atribución de competencia objetiva a los Juzgados de lo Social. Por otra parte, llama la atención que el tenor del Anteproyecto contradiga los términos de la Información relativa a la competencia de los órganos jurisdiccionales, a los medios de comunicación y a las vías de recurso hecha por España, que únicamente se refiere a los Juzgados de Primera Instancia.

El ap. 7 a su vez sigue otro criterio de atribución en relación con la competencia objetiva para la ejecución en España de una sentencia dictada en otro Estado miembro de la Unión Europea que ponga fin a un proceso europeo de escasa cuantía, así como para la denegación de la ejecución de la sentencia, la limitación de la ejecución, la constitución de garantía o la suspensión del procedimiento de ejecución (art. 22 y 23 RPEEC), residenciándola en el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado. Han de reproducirse aquí las observaciones realizadas *supra* en relación con la ejecución de sentencias en materia mercantil en la adaptación a nuestro Derecho del proceso monitorio europeo.

b) Competencia territorial

La competencia territorial en la fase declarativa se determina, en primer término, según lo dispuesto en el ya citado Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, y con carácter supletorio conforme a la legislación procesal española (ap. 1).

Respecto a la competencia territorial para la ejecución en España, el ap. 7 la confiere al Juzgado del domicilio del demandado.

[...] 1.3.2.2. Actividad

Los requisitos de actividad procesal que aborda el Anteproyecto son los relativos a actos de comunicación, confección de autos, plazos, días y horas hábiles, y lengua.

A) Actos de comunicación

Las notificaciones que se efectúen con ocasión de la tramitación de un proceso europeo de escasa cuantía se llevarán a cabo con arreglo a lo dispuesto en la LEC, siempre que se trate de medios de comunicación previstos en el RPEEC, prioritariamente por medios informáticos o telemáticos y, en su defecto, por cualquier otro medio que también permita tener constancia de la entrega al demandado del acto de comunicación (ap. 5). En contra de esta disposición, la comunicación del Estado español a la Comisión limita la presentación del formulario de demanda a que se haga personalmente, por correo postal o por fax.

[...] Por otra parte, las comunicaciones en otro Estado miembro se practicarán de acuerdo con el Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil ("notificación y traslado de documentos") y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo.

[...] 1.5. Obligación administrativa de proveer los formularios previstos en la legislación comunitaria

El Anteproyecto añade una nueva disposición final vigésima quinta, que impone a las Administraciones Públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia, la obligación de proveer la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de los formularios procesales contenidos en normas de la Unión Europea.

La Memoria afirma que esta previsión no sólo se refiere a los Reglamentos indicados, sino también a otros anteriores, como son el Reglamento (CE) nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, y el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 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, ya adaptados a nuestra legislación a través de las respectivas disposiciones finales vigésima primera y vigésima segunda de la LEC, y que incluyen formularios de certificados.

2. Modificaciones de la Ley 53/2002 (art. 2 del Anteproyecto)

El art. 2 del Anteproyecto, en sus tres apartados, modifica el art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dedicado a la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo, para incorporar al régimen de aplicación de esta tasa a los procesos monitorios español y europeo, cuyo importe se fijará con arreglo al Derecho nacional (art. 25.2º RPME).

[...] VI. Conclusiones

Este apartado incluye como conclusiones las principales observaciones y sugerencias vertidas a lo largo del este informe, cuya consideración pudiera redundar en la mejora del texto del Anteproyecto.

Primera. A fin de evitar contradicciones entre los Reglamentos comunitarios y la legislación procesal española, la adaptación a nuestra legislación aconseja que esté limitada a lo estrictamente imprescindible, evitando la duplicación de regímenes que en la práctica puede traducirse en problemas de determinación de la norma aplicable.

Segunda. Cabe plantear la adaptación a los términos del Anteproyecto de las Informaciones comunicadas en su día a la Comisión europea, sobre determinados extremos de naturaleza procesal relevantes para la aplicación de los respectivos Reglamentos, pues se ha observado la falta de correspondencia exacta entre el tenor de la reforma y la información transmitida a la Comisión.

Tercera. En materia de jurisdicción, la extensión del ámbito del proceso monitorio europeo a las reclamaciones dinerarias derivadas del contrato de trabajo, ha de significar la atribución de estas pretensiones al orden social y no la civil.

Contrariamente, la exclusión del proceso europeo de escasa cuantía de las materias relativas a seguridad social y derecho laboral, debe tener como consecuencia la supresión de la mención a la jurisdicción del Juzgado de lo Social.

Cuarta. En sede de competencia objetiva para la fase declarativa del proceso monitorio europeo, ha de incluirse la mención en el orden civil a los Juzgados de lo Mercantil, cuando el objeto de la reclamación esté comprendido en su ámbito competencial.

En cuanto a la competencia en España para la ejecución, respecto a los dos procesos europeos ha de atribuirse al orden jurisdiccional y al órgano competente en función de la materia objeto de ejecución, y no de forma exclusiva al Juzgado de Primera Instancia.

Quinta. Entre las funciones conferidas a los Secretarios Judiciales, el Anteproyecto les concede en el proceso monitorio europeo –cuando se produzca la oposición del deudor al requerimiento de pago– las de determinación del tipo de procedimiento y del orden jurisdiccional y órgano con competencia objetiva. Las resoluciones relativas a los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia al ser estrictamente jurisdiccionales deben permanecer residenciadas en el Juez.

Por otra parte, debe preverse un incidente con audiencia de la partes y del Ministerio Fiscal, previo a la decisión sobre jurisdicción y competencia. Si se declarara la falta de jurisdicción o de competencia objetiva para conocer del asunto, no debería procederse a la inhibición de oficio, sino que a reservar al reclamante la decisión de presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional competente.

Respecto a la resolución sobre adecuación de procedimiento en el proceso europeo de escasa cuantía por el importe de la reconvencción, la decisión debe asimismo residenciarse en el Juez y no en el Secretario Judicial.

Sexta. La prestación de asistencia práctica a los interesados a la hora de cumplimentar los formularios, debe contar con la infraestructura de medios suficiente para su efectividad. Por otro lado, tal asistencia no ha de convertirse en asistencia técnico-jurídica, reservada a los profesionales del Derecho.

Séptima. En lo que respecta a la traducción del requerimiento de pago o de la certificación de la sentencia a efectos de ejecución en España, ha de contemplarse la validez de la traducción a las lenguas cooficiales de determinadas Comunidades Autónomas, en concordancia con lo que establecen la LOPJ y los respectivos Reglamentos comunitarios.

Octava. En la materia relativa a suspensión de la ejecución por revisión del requerimiento de pago europeo o por impugnación o revisión de la sentencia dictada en el proceso europeo de escasa cuantía, las remisiones a la LEC han de ser sin perjuicio de las singularidades previstas en ambos Reglamentos.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extendiendo y firmando la presente en Madrid, a 28 de enero 2010.

MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

2010/7/Doc.– Informe al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 19 de mayo de 2010.

[...] IV. Examen del contenido del Anteproyecto

[...]

2. Ámbito de aplicación [...]

El ámbito de aplicación queda a su vez delimitado por las exclusiones que se trazan en el art. 2.2 del Anteproyecto. Todas ellas se derivan de manera más o menos explícita de las previsiones de la Directiva. Así, la propia noción de “asuntos civiles y mercantiles” permite extraer del ámbito de aplicación la mediación penal. También, por cierto, la mediación en otros sectores, como señaladamente serían los asuntos fiscales, aduaneros y administrativos, y en general los conectados con responsabilidad del Estado por actuaciones realizadas en el ejercicio de su actividad soberana, los cuales son dejados expresamente fuera del ámbito de aplicación por la Directiva (art. 1.2º), aunque a ellos no se refiere el Anteproyecto. Puesto que el ámbito de aplicación se traza en él indistintamente para los conflictos nacionales y para los transfronterizos (art. 2.1º), creemos que debería reflejarse de manera explícita esa exclusión, dado que la Directiva sí tiene vocación armonizadora por lo que se refiere a la mediación en conflictos de índole transfronteriza. Se da la circunstancia, sin embargo, de que al menos para determinados asuntos administrativos, nuestro prelegislador sí ha contemplado la posibilidad de que las partes alcancen un acuerdo de mediación, por más que paradójicamente lo haya hecho a través de la disposición final terce-

ra del Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, que ha sido sometido a dictamen de este Consejo en paralelo con el Anteproyecto al que se refiere el presente Informe. En efecto, en dicha disposición se prevé modificar el art. 77 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, para incluir en él la posibilidad de que, cuando la contienda verse sobre estimación de cantidad, el Juez o Tribunal imponga a las partes el sometimiento a mediación, “de acuerdo con la legislación reguladora de la mediación”. Desde el punto de vista sistemático, habría resultado probablemente más adecuado no ya sólo insertar en el Anteproyecto ahora informado esa disposición final modificatoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sino también haber aludido, al delimitar el ámbito de aplicación, a ese supuesto de mediación administrativa que a la postre va a quedar regida por las disposiciones de la futura Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En cuanto a la mediación laboral, su exclusión vendría justificada –como se apunta en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo– por el hecho de que ésta [o una figura muy parecida a ella] ya cuenta con su propia regulación en la legislación laboral (*vid.* arts. 63 ss LPL). La puntualización del ap. b) del art. 2.2º del Anteproyecto (“sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea respecto del contrato individual de trabajo en los conflictos transfronterizos”), responde, según se explica en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, a lo previsto en los arts. 18 a 21 del Reglamento CE nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 (Bruselas I), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, los cuales contienen reglas para determinar la competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo. Probablemente se quiere significar que si en función de esas reglas –presupuesta la índole transfronteriza del litigio y dado que esta materia se encuadra en la categoría de los asuntos civiles y mercantiles desde el punto de vista comunitario– resultase competente para conocer del litigio un tribunal extranjero, ello podría dejar abierta la puerta a la mediación regulada en esta Ley, al no ser aplicable regla alguna específica de nuestra legislación laboral sobre mediación o intento de conciliación previo a la demanda. No obstante, nótese que esa posibilidad podría verse frustrada si, conforme a la norma de extensión material del art. 3.3º, la Ley en proyecto no resultase aplicable, pues para que esto suceda debe darse el doble requisito de que al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

[...]

ARBITRAJE Y DE REGULACIÓN DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

2010/8/Doc.- Informe al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración general del Estado, de 19 de mayo de 2010.

[...] IV. *Consideraciones generales*

1. Finalidad de la Reforma

Atendiendo a la EM I del Anteproyecto, la reforma pretende modificar la LA a fin de limar algún aspecto que en la práctica del arbitraje se ha mostrado mejorable, lo que habrá de repercutir en el impulso de este medio alternativo de solución de conflictos, en paralelo con la regulación de la mediación que se aborda en el Anteproyecto LM. En palabras de la Memoria, “la finalidad de este anteproyecto es incrementar la eficacia de la institución de arbitraje y la confianza en la misma por parte de la sociedad y, con ello, reforzar la posición de España como corte de arbitraje de primer nivel”.

Es lugar común las ventajas que el arbitraje ofrece frente a los procesos judiciales: se citan su rapidez, comparada con la duración total media de éstos; su naturaleza reservada; la flexibilidad del procedimiento y la confianza que inspira a las partes que la controversia se decida por personas designadas por ellas mismas. Como principal desventaja se menciona su mayor coste, porque a los gastos y costas que normalmente lleva aparejado un proceso, hay que añadir los honorarios de los árbitros (aunque esta

estimación ha de relativizarse si se tienen en cuenta las posibles varias instancias y grados de jurisdicción en un proceso judicial). En la práctica y dejando aparte el arbitraje de consumo –al que no afecta la reforma– el arbitraje suele utilizarse en litigios de gran envergadura; en cuestiones que enfrentan a empresas para las que una decisión rápida resulta fundamental; en cuestiones de considerable complejidad técnica; y, sobre todo, en litigios derivados del comercio internacional en los que ninguno de los sujetos intervinientes quiere verse obligado a litigar ante los tribunales del Estado de la contraparte.

No cabe duda que este Anteproyecto y el de Mediación van en la misma dirección de lo que se ha llamado “*proceso de desjudicialización*” de determinados asuntos, a fin de reducir la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales mediante la potenciación de los denominados *sistemas alternativos de resolución alternativa de conflictos o controversias*, tal y como apunta el Plan estratégico de Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012, aprobado por el Gobierno el pasado año y que se ajustan a una nueva concepción de la justicia que se concibe como todo procedimiento apropiado para la resolución de un conflicto (*vid.* la Memoria).

El apartado IV del citado Plan, rotulado “[l]os cambios que veremos en el año 2012”, incluye un ap. 7, sobre “[r]edución de los tiempos de tramitación y respuesta judicial”, donde se afirma que

“La supresión de trámites y recursos, la desjudicialización del Registro Civil, la nueva Ley de Mediación y Arbitraje y la reforma del vigente proceso penal (jurisdicción que representa el 70% de los asuntos judiciales de nuestro país) permitirá contener el incremento de la litigiosidad y reducirla, aliviando la carga de trabajo de los juzgados y tribunales. Esta contención, unida a las mejoras en la organización aumentará la capacidad resolutoria anual de la Justicia agilizando los tiempos medios de respuesta judicial, que podrán reducirse en un promedio estimable próximo al 30%.”

También constituye un objetivo de calado de la reforma la introducción del arbitraje administrativo, calificado en el título del Anteproyecto como “arbitraje institucional”, para la resolución de controversias jurídicas entre la Administración General del Estado (Administración territorial), sus Organismos públicos (Administración institucional) y otras Entidades de Derecho público dependientes de aquélla, así como de controversias jurídicas entre sociedades mercantiles estatales y fundaciones del sector público estatal con el ente público de tutela.

Partiendo de esta orientación general, el Anteproyecto aborda una serie de modificaciones que afectan a diversas leyes, siendo las principales materias las que se estudian en líneas generales en el siguiente epígrafe, para ser objeto de un examen más detenido en el apartado V sobre *análisis del articulado*.

2. Contenido de la reforma

2.1. Reordenación de las competencias de órganos jurisdiccionales

El Anteproyecto, en sintonía con el Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria a la Ley para la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado y a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante “Anteproyecto LOPJ”) –de tramitación simultánea con el que ahora se informa y con el de Mediación–, aborda a través de modificaciones de la LA y de la LEC de 1881, la reasignación de determinadas competencias judiciales que afectan, fundamentalmente, a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, en los siguientes asuntos que están residenciados en otros órganos jurisdiccionales: el nombramiento judicial de árbitros y el reconocimiento de resoluciones arbitrales extranjeras, hoy en los Juzgados de Primera Instancia y en los Juzgados de lo Mercantil; la anulación de laudos arbitrales, actualmente de la competencia de las Audiencias Provinciales; y la revisión de laudos atribuida a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en aquellos supuestos en que no lo está ya a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Significa, por tanto, una ampliación de la competencia objetiva de estas Salas, sin que sea previsible que suponga un incremento significativo del volumen de asuntos, como tampoco una correlativa descarga para los actualmente competentes –minorada además porque, de ordinario, los asuntos estarán repartidos entre más órganos judiciales–, según los datos disponibles de estadística judicial.

Relacionado con lo anterior, no se ha optado por una completa redistribución competencial comprensiva de otras actuaciones de apoyo al arbitraje, como la asistencia judicial en la práctica de pruebas, la

adopción judicial de medidas cautelares y la ejecución forzosa del laudo, esta última posiblemente la de mayor repercusión en la carga de trabajo, tanto por el número de asuntos como por la complejidad legal y práctica del proceso de ejecución. [...]

V. Análisis del articulado

Para el análisis sistemático del articulado se sigue el método expositivo tricotómico, evitando reiteraciones sobre puntos ya tratados en el apartado precedente.

1. Elementos

1.1. Elementos subjetivos.

1.1.1. Órganos del orden jurisdiccional civil

A) Arbitraje

En materia de arbitraje, la modificación afecta a lo que el art. 1 del Anteproyecto denomina “apoyo y control judicial del arbitraje”.

a) Nombramiento judicial de árbitros

1º) Competencia objetiva

La modificación del art. 8.1º LA (art. 1 Anteproyecto) asigna la competencia objetiva para el nombramiento judicial de árbitros a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Dado que esta previsión exige la reforma de la LOPJ, el Anteproyecto LOPJ amplía las atribuciones de estas Salas añadiendo una nueva letra c) al art. 73.1º LOPJ: “funciones de apoyo y control del arbitraje que se establezcan en la ley”.

La reforma supone detraer esa competencia tanto a los Juzgados de Primera Instancia –por la modificación en el Anteproyecto del art. 8.1º LA–, como a los *Juzgados de lo Mercantil*, dado que el Anteproyecto LOPJ *deroga* la letra g) del ap. 2 del art. 86 ter LOPJ, que confía a estos Juzgados los asuntos que el art. 8 LA atribuye a los de Primera Instancia cuando vengan referidos a materias contempladas en dicho ap. 2 (competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad, cuestiones en materia sociedades mercantiles y cooperativas, transportes, derecho marítimo y condiciones generales de la contratación, entre otras).

2º) Competencia territorial

La reforma del art. 8.1º LA no altera los fueros principal y subsidiarios de competencia territorial y su orden de preferencia, actualmente previstos para determinar la competencia territorial de los Juzgados de Primera Instancia:

“(…) será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección”.

b) Anulación y revisión de laudos

1º) Competencia objetiva

La nueva redacción que el art. 1 del Anteproyecto da al ap. 5 del art. 8 LA, atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia objetiva para conocer de la acción de anulación de laudos arbitrales.

En cuanto a la revisión de laudos, el art. 43 LA, no afectado por la reforma en este punto, se remite a la regulación de la revisión de sentencias de la LEC, cuyo art. 509 prevé que

“La revisión de sentencias firmes se solicitará a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, conforme a lo dispuesto en la LOPJ”.

En la actualidad, el art. 56.1º LOPJ atribuye a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos de revisión, y su art. 73.1.b) asigna a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, el conocimiento “[d]el recurso extraordinario de revisión que establezca la Ley contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con

sede en la Comunidad Autónoma, en materia de derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución”.

Correlativamente, el Anteproyecto LOPJ, como se acaba de ver, añade una nueva letra c) al art. 73.1º LOPJ, para atribuir a estas Salas la competencia para el control del arbitraje, expresión en la que cabe el conocimiento tanto de la acción de anulación como de la de revisión, máxime al remitirse la LOPJ al art. 509 LEC.

Como sucede con el nombramiento de árbitros, esta nueva atribución competencial reduce la competencia de otros órganos jurisdiccionales: (1) de las Audiencias Provinciales, respecto a la acción de anulación (art. 8.5 LA); y (2) de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en lo atinente a la revisión de los laudos arbitrales en los mismos supuestos en que el conocimiento no está atribuido a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, por aplicación del art. 43 LA, que se remite al art. 509 LEC, el cual su vez reenvía a los art. 56.1º y 73.1.b) LOPJ.

2º) Competencia territorial

La modificación del art. 8.5º LA mantiene como criterio determinante de la competencia territorial el lugar donde el laudo se hubiera dictado, si bien con referencia a las demarcaciones de los Tribunales Superiores de Justicia.

B) Exequátur

En materia de exequátur, la reforma afecta al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al reconocimiento de resoluciones arbitrales extranjeras y al reconocimiento y ejecución de acuerdos de mediación extranjeros.

a) Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras

1º) Competencia objetiva

Si bien la disposición final primera del Anteproyecto da un nuevo tenor al art. 955 LEC 1881 –en vigor de conformidad con lo dispuesto en el ap. 1.3ª de la disposición derogatoria única LEC– para atribuir a los Juzgados de lo Mercantil la competencia para el reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que versen sobre materias de su competencia –salvo tratado u otra norma internacional–, la modificación de ese artículo ya se ha producido con la entrada en vigor la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Además, esta competencia ya les venía atribuida a los Juzgados de lo Mercantil por el ap. 3 del art. 86 ter LOPJ, apartado añadido por LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

2º) Competencia territorial

Respecto a los criterios de atribución de competencia territorial, el párrafo 2º del art. 955 se remite al párrafo anterior, es decir, al lugar donde se determinan los fueros principales alternativos (el domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o el domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de las sentencias y demás resoluciones extranjeras) y subsidiarios de los anteriores (el lugar de ejecución o donde las sentencias y resoluciones deban producir sus efectos), aplicables todos ellos a los Juzgados de Primera Instancia cuando el exequátur sea de su competencia.

b) Reconocimiento de resoluciones arbitrales extranjeras

A modo de introducción ha de precisarse que el arbitraje es nacional cuando se rige por la legislación española de arbitraje, mientras que es extranjero en caso contrario. Puede haber, por tanto, arbitrajes internacionales españoles regidos por la Ley española. La distinción entre arbitraje nacional y extranjero conduce a distinguir entre el laudo español y el laudo extranjero, lo que resulta capital a los efectos de que sea necesario o no el exequátur. El art. 46.1º LA entiende por laudo extranjero “el pronunciado fuera del territorio español”, y según el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Instrumento de adhesión de España de 29 de abril de 1977), es extranjero el laudo dictado en un estado distinto de aquel en que se pide el exequátur o que no sea considerado como laudo nacional en dicho Estado (artículo I).

1º) Competencia objetiva

En primer lugar, el Anteproyecto LOPJ añade en su artículo único, ap. 1, una nueva letra c) al art. 73.1º LOPJ, por el que atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer de “las peticiones de exequátur de laudos extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados o las normas de la Unión Europea, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal”. Como corolario, el mismo Anteproyecto LOPJ suprime del art. 85.5 LOPJ –relativo a las competencias de los Juzgados de Primera Instancia– la referencia al exequátur de laudos extranjeros, y el mismo efecto derogatorio se produce en el art. 86 ter.3 LOPJ respecto a los Juzgados de lo Mercantil.

En sintonía con lo anterior, la modificación del art. 955 LEC 1881 –disposición final primera del Anteproyecto–, desplaza en el párrafo 3º esta competencia a favor de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, suprimiendo la referencia a esta materia en el mismo artículo tanto su párrafo 1º –respecto a los Juzgados de 1ª Instancia–, como en el párrafo 2.º –en lo tocante a los Juzgados de lo Mercantil–, en su redacción según la citada Ley 13/2009.

Ha de precisarse que la atribución a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia afecta únicamente al *reconocimiento* de resoluciones arbitrales extranjeras, sin determinar –salvo tratado o disposición de la Unión Europea– a quién ha de corresponder la *ejecución* de los laudos extranjeros homologados. Aunque ambos Anteproyectos supriman toda referencia a los laudos arbitrales –incluidas las solicitudes de ejecución de los mismos– en el listado competencial de los Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil (art. 955 LEC 1881, y art. 85.5 y 86 ter.3 LOPJ, respectivamente, en la nueva redacción que se proyecta), el tenor actual del art. 8.6 LA permite por vía indirecta determinar que seguirán siendo aquellos Juzgados los órganos competentes a efectos de ejecución:

“Para el exequátur de laudos extranjeros será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros”.

Y, como se ha visto, esta competencia continúa residenciada en los Juzgados de Primera Instancia (art. 955 LEC 1881 y 85.5 LOPJ) y de lo Mercantil (art. 86 ter.3 LOPJ).

2º) Competencia territorial

Para la fijación de los criterios de atribución de competencia territorial, en sede de reconocimiento de laudos extranjeros, entre las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, el párrafo 3º del art. 955 LEC 1881 se remite a lo establecido en el párrafo 1º del mismo artículo: (1) fueros principales alternativos (el domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o el domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de las sentencias y demás resoluciones extranjeras); y (2) fueros subsidiarios (el lugar de ejecución o donde las sentencias y resoluciones deban producir sus efectos).

c) Reconocimiento y ejecución de *acuerdos de mediación* extranjeros

1º) Competencia objetiva

En materia de mediación civil y mercantil, la modificación de los art. 955 LEC 1881 y 85 LOPJ –al que adiciona un nuevo ap. 6 el artículo único, ap. 2, del Anteproyecto LOPJ– añade el conocimiento de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de “acuerdos de mediación extranjeros” a las competencias de los Juzgados de Primera Instancia.

No hay en el Anteproyecto ni en el que reforma la LOPJ mención a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil en su ámbito material de cognición, como sí la hay en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras y de ejecución de resoluciones arbitrales extranjeras.

2º) Competencia territorial

El tenor literal de la modificación del párrafo 1º del art. 955 LEC 1881 y la ausencia de mención al respecto en el Anteproyecto LM (v. art. 31 y 32), puede suscitar dudas interpretativas acerca de cuál sea el Juzgado de Primera Instancia territorialmente competente para el reconocimiento y ejecución de los acuerdos de mediación extranjeros. El párrafo dice así:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales

extranjerías, así como de *acuerdos de mediación extranjeros*, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de *aquellas*; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde *aquellas sentencias y resoluciones* deban producir sus efectos”.

Salvo que se entienda que el único criterio es el “domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución” del acuerdo de mediación extranjero, los términos resaltados dan a entender que los fueros principales y subsidiarios determinantes de la competencia territorial están relacionados únicamente con las *sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras*; en estas circunstancias y a fin de evitar problemas interpretativos en materia de competencia territorial, parece precisa una corrección del texto en este punto.

C) Competencias de los Juzgados de lo Mercantil en materia de arbitraje

La derogación en el Anteproyecto LOPJ del art. 86 ter.2.g), en cuya virtud los Juzgados de lo Mercantil conocen de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto a “los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el art. 8 LA cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado”, determinará que las materias del art. 8 LA que no se ven afectadas por la reasignación competencial a favor de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (asistencia judicial en la práctica de pruebas, adopción judicial de medidas cautelares y ejecución forzosa del laudo) y que por ello permanecerán residenciadas en los Juzgados de Primera Instancia, serán de la competencia de estos órganos aunque se trate de materias de naturaleza mercantil, lo que resulta incongruente con la tendencia a la especialización de órganos jurisdiccionales por razón de la materia.

D) Mediación

La competencia judicial en materia de mediación interna –la transfronteriza se acaba de analizar–, afecta únicamente a la homologación y ejecución de los acuerdos de mediación.

[...]

1.1.2. Arbitraje institucional

[...]

1.1.4. Árbitros

A) Estatuto de los árbitros.

En lo relativo a este punto, la reforma afecta a su capacidad y al régimen de prohibiciones e incompatibilidades.

El tenor actual del art. 13 LA es el siguiente:

“Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro”.

El apartado uno del art. 4 del Anteproyecto modifica este art. 13 LA como sigue:

“Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles siempre que la legislación no lo impida o que estén sujetos a incompatibilidad”.

La referencia es, por tanto, triple: a la capacidad, a la inexistencia de causas de prohibición y a la no concurrencia de causas de incompatibilidad. El texto arrastra cierta confusión, ya existente en la redacción actual, entre los requisitos positivos de capacidad y los requisitos negativos de inconcurrencia de causas de prohibición o de incompatibilidad.

En cuanto a la inexistencia de causas de incompatibilidad, la reforma suprime el matiz del texto vigente que consiste en que el impedimento para ejercer como árbitro se encuentre en “la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión” (*v.gr.*, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en su art. 57.2º prescribe que el ejercicio de cargos fiscales es incompatible con la participación en actividades u órganos de arbitraje). La reforma –“siempre que la legislación no lo impida”– distorsiona la sistemática de la LA, pues al suprimir la referencia a “que no se lo impida (la posibilidad de ser árbi-

tros) la legislación a la que pudieran estar sometidos”, se desvincula esta previsión del régimen de incompatibilidades, para pasar a referirse al régimen general de prohibiciones que tiene su sede en otro artículo de la misma Ley, el 17 (motivos de abstención y recusación).

En resumen, esta modificación, por una parte, incluye una mención genérica a las *causas de prohibición* para ser árbitro que tiene su ubicación sistemática en el art. 17 LA; y, por otro lado, amplía el actual *régimen de incompatibilidad* de los árbitros por motivos exclusivamente profesionales, a una incompatibilidad que simplemente debe estar prevista en una norma legal (“que (no) estén sujetos a incompatibilidad”) que, por ejemplo, tuviera en consideración el cargo en lugar de la profesión que se ejerce.

[...]

Finalmente, se suprime del art. 13 LA la facultad de las partes de convenir que la nacionalidad sea obstáculo para que una persona actúe como árbitro.

B) Participación de abogados en ejercicio en los colegios de árbitros.

El apartado dos del art. 4 del Anteproyecto da nueva redacción al art. 15.1º LA:

“1. En los arbitrajes internos, cuando se hayan de resolver por tres árbitros, se requerirá que uno de ellos tenga la condición de abogado en ejercicio”.

Además de suprimir en este apartado la referencia al arbitraje de equidad, que la reforma mantiene con carácter residual, la modificación afecta a lo siguiente:

1º) La previsión de este apartado queda limitada al supuesto de arbitraje colegiado, sin referencia al arbitraje por un único árbitro.

2º) El requisito actual de concurrir en el árbitro la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario, queda reducido a que uno de ellos reúna esa condición.

La Memoria se refiere a esta modificación:

“Al mismo tiempo, se trasladan al ámbito arbitral las exigencias de la Directiva de servicios (Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior), ya incorporada a nuestro ordenamiento, lo que lleva a suprimir la exigencia de que cuando el arbitraje se resuelva por un único árbitro éste sea un abogado en ejercicio, teniendo en cuenta que en nuestro sistema existen juristas de gran prestigio (profesores de universidad, notarios o registradores de la propiedad y mercantiles o funcionarios públicos) que no reúnen esa condición y para los que el ejercicio como árbitro resulta imposible en nuestro país. No obstante, cuando el arbitraje se vaya (a) resolver por un tribunal arbitral uno de los árbitros sí ha de reunir la condición de abogado en ejercicio”.

La citada Directiva 2006/123/CE fue incorporada parcialmente al Derecho español por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En concreto, esta Ley dispone (art. 5) que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen. El art. 3.7º define “autorización” como cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio. Por su parte, el art. 11 dispone que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio no deberá supeditar dicho acceso o ejercicio a requisitos distintos de los exigidos para el acceso a las profesiones reguladas, contemplados en la Directiva 2005/36/CE, que reserven el acceso a una actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad, aunque excepcionalmente se podrá supeditar el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio al cumplimiento de alguno de los requisitos del apartado anterior cuando, de conformidad con el art. 5 de esta Ley, no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados.

En virtud de estas disposiciones cabe sostener que carecería de soporte jurídico una reserva en exclusiva de la actividad profesional de árbitro a los abogados, en detrimento de quienes ejerzan otras profesiones jurídicas, sin infringir a la vez las exigencias de *necesidad* (razón imperiosa de interés general) y *proporcionalidad* (que el régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del

objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado). La exigencia de *no discriminación* no entraría aquí en juego, pues está función de la nacionalidad de personas físicas pertenecientes a Estados miembros de la UE.

Ante tenor de la modificación y de la explicación de la Memoria pueden formularse las siguientes observaciones:

a) Cuando se trate de arbitraje en Derecho por un único árbitro, no se establece requisito de aptitud profesional alguno que deba cumplir el árbitro, por lo que suprimida la referencia a la condición de “abogado en ejercicio”, debería incluirse alguna mención a la cualificación jurídica del árbitro. Y lo mismo respecto a los demás árbitros que junto al abogado (o abogados) formen parte del colegio arbitral.

b) La regla afecta al arbitraje interno con exclusión del internacional, que se rige en este punto por sus propias normas.

c) Respecto al arbitraje colegiado, lo cierto es que la reforma no es estrictamente necesaria, pues el texto vigente prevé la posibilidad de “acuerdo expreso en contrario” ante el requisito de la condición de abogado en ejercicio de los árbitros, lo que ya da entrada a la intervención de otros profesionales del derecho.

d) El precepto debería aclarar si la presencia de un abogado en ejercicio en el colegio arbitral es “al menos” o, por el contrario, “como máximo”. La expresión “se requerirá que uno de ellos tenga la condición de abogado en ejercicio”, da pie a esta doble interpretación. Queda además la incógnita de si sería de aplicación una suerte de regla proporcional cuando el colegio arbitral estuviera compuesto por más de tres árbitros.

[...]

1.2. Elementos objetivos.

1.2.1. Arbitraje de equidad

A lo ya expuesto en las *consideraciones generales* respecto a la supresión de esta modalidad de arbitraje, añadir que el art. 5 del Anteproyecto modifica el art. 34.1º LA, condicionando el arbitraje de equidad –que las partes pueden autorizar expresamente a los árbitros– a que se trate de un arbitraje internacional.

En armonía con lo anterior, la nueva redacción del art. 15.1º LA, operada por el art. 4, apartado dos, del Anteproyecto, suprime la referencia al arbitraje interno de equidad en sede de nombramiento de árbitros. Asimismo, la disposición final segunda del Anteproyecto que dota de contenido el art. 119 LSA, exige que el arbitraje societario quede sometido a la decisión de uno o varios árbitros *de Derecho*.

[...]

1.2.4. Instrumentos para la revocación del laudo arbitral

Al introducir el Anteproyecto en la LA una suerte de incidente de nulidad, debe hacerse la distinción entre los instrumentos de revocación del laudo arbitral enmarcados en el propio procedimiento arbitral, y las acciones judiciales frente al laudo arbitral, pues no se trata de *recursos* en sentido propio, ya que no se insertan en el procedimiento arbitral y tampoco permiten revisar o sustituir la decisión de fondo de los árbitros.

A) En procedimientos arbitrales

El art. 7 del Anteproyecto, rotulado *extralimitación parcial del laudo*, modifica el art. 40 LA, relativo a la *acción de anulación del laudo*. Esta disposición está asociada al art. 41 LA (*motivos de anulación del laudo*):

“1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.

(...)

3. En los casos previstos en los párrafos c) y e) del ap. 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás”.

La novedad reside en el nuevo ap. 2 del art. 40, que prevé un incidente ante el árbitro previo al ejercicio de la acción de anulación cuando tenga por causa la extralimitación parcial del laudo, a fin de que en sede arbitral se corrija el exceso. Con ello se persigue, según la Memoria, incorporar a la LA una solución rápida a los supuestos de extralimitación parcial del laudo, que cerraría el tratamiento de la incongruencia del laudo con el incidente que en la actualidad prevé el art. 39.1.c LA para el supuesto de necesidad de complementar el laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él.

Parece que la reforma toma como modelo el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones judiciales del art. 241 LOPJ, que antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, contemplaba como motivo específico la “incongruencia del fallo”, que es en lo que consiste, *mutatis mutandis*, la extralimitación parcial del laudo por incongruencia *extra petitum* (resolver cosa distinta a lo solicitado) o *ultra petitum* (conceder más de lo pedido). Como es sabido, en su redacción actual el art. 241.1º LOPJ el supuesto consiste en la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2º de la Constitución, por lo que hay que relacionar esta clase de incongruencia con la indefensión –proscrita en el art. 24.1º CE– que provoca a la parte perjudicada.

La exigencia de que la extralimitación haya de ser “parcial”, da cabida a la incongruencia *ultra petitum*, pues lo parcial consistirá en el exceso cuantitativo que se concede en relación con la petición del actor, pero en cuanto a la incongruencia *extra petitum*, lo parcial de la extralimitación deberá suponer que el árbitro se ha pronunciado, al menos, respecto a alguna de las pretensiones formuladas; en caso contrario, si la incongruencia fuera completa, si el pronunciamiento del árbitro versara exclusivamente sobre cuestiones no planteadas, no se podría acudir a este incidente al no calificarse la extralimitación de “parcial”. A esto se añade la combinación con la incongruencia omisiva, pues el pronunciamiento sobre cuestiones no planteadas puede ir acompañado de la omisión de pronunciamientos debidos; en este supuesto, colisionarían los dos expedientes arbitrales previstos para superar la incongruencia, el del art. 40.2º LA –para la incongruencia *extra petitum*– y el del art. 30, para la incongruencia omisiva.

En cuanto a la tramitación de este incidente, se analizará en la parte dedicada sistemáticamente a las cuestiones de procedimiento.

B) Procesales

La reforma afecta a la acción de anulación del laudo. La modificación del art. 40 LA, en virtud del art. 7 del Anteproyecto, mantiene en sus mismos términos la acción de anulación del laudo, que de ser párrafo único pasa a ocupar el ap. 1 del artículo, si bien exige para su ejercicio en el supuesto de extralimitación parcial del laudo, como se acaba de ver, que con carácter previo se plantee al árbitro un incidente de nulidad para que corrija el exceso.

A su vez, el art. 10 del Anteproyecto (*cosa juzgada y revisión de laudos*) modifica el art. 43 LA, para añadir la acción de anulación del laudo a la vía de la revisión de conformidad a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes.

Resulta acertada la supresión de la referencia a la *firmeza* del laudo –“considerada disfuncional en este ámbito”, según la Memoria, aunque la reforma mantenga en el art. 40.1º LA la expresión *laudo definitivo* en oposición a *laudo firme* del art. 43 LA, que no es sino el traslado al arbitraje de las nociones de *sentencia definitiva* y *sentencia firme*– al no ser el laudo susceptible de recurso sino de acciones autónomas de anulación o de rescisión (*revisión*), que abren respectivamente procesos de impugnación de la validez del laudo o de revisión del mismo. Ya la LA suprimió de la relación de títulos ejecutivos del art. 517.2.2º LEC la mención a la firmeza de los laudos y de resoluciones arbitrales.

Relacionado con esto y sin confundir *firmeza* con *ejecutividad*, ha de tenerse en cuenta que la impugnación del laudo no le priva de fuerza ejecutiva, sin que el instituto de la ejecución provisional tenga aquí cabida dado que la misma se encuadra en la ejecución de sentencias no firmes que hayan sido impugnadas mediante recursos con efecto suspensivo. El laudo definitivo goza de eficacia ejecutiva directa y, por lo tanto, sin necesidad de homologación judicial (art. 45.1º LA).

En cuanto a las causas de nulidad, el art. 8 del Anteproyecto (*infracciones del laudo*) modifica el tenor de la tipificada en el art. 41.1º.f) LA, consistente en ser el laudo contrario orden público, para añadir el adverbio “manifiestamente”, es decir, el laudo ha de ser *manifiestamente contrario al orden público*

para incurrir en causa de anulación. Según la Memoria, con ello se “busca incrementar la fuerza jurídica del laudo”. Esta causa de nulidad es una de aquellas que pueden ser apreciadas de oficio por el tribunal o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida (art. 41.2º LA), lo que la hace indisponible a la voluntad de la partes.

La cuestión radica, por tanto, en el alcance del término “manifiestamente”. El Diccionario de la Real Academia Española lo define así: “con claridad y evidencia, descubiertamente”. Por lo tanto, lo “manifiesto” no es una cualidad añadida a la propia infracción del orden público, a la que nada aporta en lo cualitativo que pudiera repercutir en su mayor o menor gravedad, sino que atañe a una mera circunstancia, como es la claridad y evidencia con que la infracción ha trascendido al exterior. Siendo así, cabe preguntarse si es acertado que la nulidad de un laudo arbitral contrario al orden público, pero que no sea manifiesto, no pueda ser anulado. La oposición al orden público constituye una causa de nulidad de superior entidad que no ha de supeditarse a un accidente, como es la claridad o evidencia con que se manifieste, dando primacía a un factor secundario sobre el principal, sin que, por otra parte, pueda justificarse el “incrementar la fuerza jurídica” (Memoria) de laudos lastrados con ese vicio de nulidad radical.

Por otra parte, si a las dificultades de concreción derivadas de la misma noción de “orden público” como concepto jurídico indeterminado, se añade la relatividad de lo que en cada caso sea “manifiesto”, podrá resentirse la seguridad jurídica.

En cuanto al encaje de esta modificación con otros textos sobre la misma materia, las dificultades no desaparecen. En primer lugar, la Ley Modelo de 21 de junio de 1985, sobre Arbitraje Comercial Internacional, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, que constituye el principal criterio inspirador de la LA (cf. EM I), prevé como causa de nulidad del laudo arbitral, apreciable de oficio por el tribunal con funciones supervisoras del arbitraje, que el laudo sea contrario al orden público del Estado (art. 34.b.ii); y como motivo para denegar el reconocimiento o la ejecución (exequátur), que el tribunal compruebe “que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado” (art. 36 1ª.b.ii).

Y en segundo término, si bien circunscrito al arbitraje internacional, para el Convenio de Nueva York el 10 de junio de 1958 es causa de denegación del reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral, que la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución compruebe “[q]ue el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país” (art. V.2º.b). Sin perjuicio de la propia fuerza normativa de este Convenio, es el que rige el exequátur de laudos extranjeros por expresa disposición del art. 46.2º LA.

La reforma que se proyecta puede producir el efecto de conceder un diferente tratamiento a la cláusula de orden público según el arbitraje sea interno o internacional, lo que, además de no parecer razonable, contradice el espíritu de la LA que “opta claramente por una regulación unitaria de ambos” arbitrajes (EM II LA).

[...]

2.1. Procesos judiciales

En sede procesal, el Anteproyecto introduce modificaciones de muy diferente calado en el proceso civil y en el contencioso-administrativo.

2.1.1. Proceso civil

La reforma afecta a las siguientes materias de los procesos civiles:

A) Excepción de arbitraje y su tratamiento procesal

El Anteproyecto en su art. 2 (*excepción de arbitraje*) –que modifica el art. 11 LA– y en la disposición final cuarta –de modificación de los art. 39, 65.2º y 66.1º LEC– altera el tratamiento procesal del convenio arbitral.

Comenzando por la reforma del art. 11 LA, permanece igual el ap. 3, relativo a la adopción judicial de medidas cautelares antes o durante el procedimiento arbitral. Por el contrario, son objeto de la siguiente modificación los apartados 1 y 2 del mismo:

“1. El tribunal sobreseerá, a petición de parte, el litigio del que conozca cuando se encuentre sometido a arbitraje o exista convenio arbitral, a menos que compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo o ineficaz. La excepción de arbitraje deberá proponerse antes o con la contestación a la demanda y a ella deberá acompañarse un principio de prueba.

Propuesta la excepción a que se refiere el apartado anterior, se suspenderá el juicio. El secretario judicial, mediante diligencia de ordenación, convocará a las partes a una comparecencia, debiendo mediar 15 días desde la citación; el tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.

El auto que acepte la excepción acordará el sobreseimiento de(l) juicio y contra el mismo cabrá interponer recurso de apelación.

Contra el auto que rechace la excepción únicamente cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de reposición al recurrir la sentencia definitiva.

2. La excepción de arbitraje no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales”.

Del ap. 1 se suprime la declaración general en cuya virtud “[e]l convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje”, así como el condicionante que viene acto seguido: “siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”. Esto último es el contenido material de la reforma, que da nueva regulación tanto al instrumento procesal idóneo para alegar la existencia del convenio arbitral, como a su tratamiento procesal.

En cuanto al ap. 2, la modificación se limita a sustituir, en concordancia con el apartado precedente, el término “declinatoria” por la expresión “excepción de arbitraje”, disponiendo que su planteamiento no producirá efecto de litispendencia en la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.

Situado ya el análisis en la excepción de arbitraje, el nuevo contenido del art. 11.1º LA comprende lo que sigue:

1º) Como venimos diciendo, el instrumento procesal para invocar en el proceso civil la existencia del convenio arbitral va a ser la excepción de arbitraje y ya no la declinatoria de jurisdicción.

2º) La excepción de arbitraje es, como toda excepción, planteable “a instancia de parte”, debiendo proponerse “antes o con la contestación a la demanda”.

3º) Al escrito en que se proponga “deberá acompañarse un principio de prueba”.

4º) Propuesta la excepción “se suspenderá el juicio” y “[e]l secretario judicial, mediante diligencia de ordenación, convocará a las partes a una comparecencia, debiendo mediar 15 días desde la citación”.

5º) El tribunal “oír a las partes, admitirá –debe entenderse que así será ‘si procede’– los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día”.

6º) El tribunal sobreseerá “el litigio del que conozca cuando se encuentre sometido a arbitraje o exista convenio arbitral, a menos que compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo o ineficaz”, insistiendo más adelante en que “el auto que acepte –*rectius* ‘estime’– la excepción acordará el sobreseimiento de(l) juicio”.

7º) Contra el auto que estime la excepción cabrá interponer recurso de apelación y frente al que la rechace únicamente cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de reposición al recurrir la sentencia definitiva.

En cuanto a la modificación de la LEC, se suprimen las menciones al arbitraje en aquellos artículos dedicados a la apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte (art. 39), a la decisión mediante auto de la declinatoria que declare la falta de jurisdicción, a la abstención de conocer y el sobreseimiento del proceso (art. 65.2), y al recurso contra el auto del tribunal absteniéndose de conocer (art. 66.1), aunque en relación con este último artículo, la coherencia de la reforma determinaría también la supresión tanto de la alusión a la «sumisión a arbitraje» en el título del artículo (*Recursos en materia de competencia internacional, jurisdicción, sumisión a arbitraje y competencia objetiva*), como de la remisión a lo dispuesto en el párrafo anterior contenida en el párrafo segundo del ap. 2, relativo a la impugnación del auto que rechace la sumisión del asunto a arbitraje (“Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación cuando el auto rechace la sumisión del asunto a arbitraje”).

Para conocer en su integridad el alcance de la reforma, conviene una aproximación al tratamiento actual de la declinatoria de jurisdicción.

La declinatoria ha de proponerse dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista en el juicio verbal, surtiendo el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar –en el juicio ordinario–, o el cómputo para el día de la vista –en el verbal–, y el curso del procedimiento principal (art. 64.1º LEC). La suspensión del procedimiento principal no obsta a que el tribunal ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancia de parte, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba, así como las medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para el actor, salvo que el demandado prestase caución bastante para responder de los daños y perjuicios que derivaran de la tramitación de una declinatoria desprovista de fundamento (art. 64.2º LEC).

Los restantes litigantes disponen de un plazo de cinco días, contados desde la notificación de la declinatoria, para alegar y aportar lo que consideren conveniente para sostener la jurisdicción del tribunal, que decidirá la cuestión dentro del quinto día siguiente (art. 65.1º LEC).

Si el tribunal estima la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a arbitraje, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso (art. 65.2º LEC). Contra el auto absteniéndose de conocer por haberse sometido el asunto a arbitraje, cabe recurso de apelación (art. 66.1º LEC), mientras que frente al auto que rechace la sumisión del asunto a arbitraje sólo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva (art. 66.2º LEC).

En sintonía con lo expuesto, la LEC vigente, además de incluir la arbitraje entre las causas de la declinatoria de jurisdicción, modificó en la disposición final octava el art. 11 LA para adaptarlo a esta novedad.

Comparando ambos regímenes –el de la declinatoria y el de la excepción procesal– la modificación que introduce el Anteproyecto se traduce en lo siguiente:

1º) La vuelta en parte al tratamiento de las excepciones procesales dilatorias de la LEC 1881, pues comparte una de las notas de las excepciones dilatorias, como es que el planteamiento sea previo a la contestación a la demanda y la apertura de un incidente para resolverlo con carácter previo a la contestación. Este régimen no se ve sustancialmente alterado porque la reforma admita que la excepción pueda plantearse “con la contestación a la demanda”, pues igualmente se suspende el procedimiento hasta que se resuelva la excepción.

Esta regulación no tiene el grave inconveniente que presentaba la LEC 1881, cuando permitía el planteamiento de la excepción de arbitraje como perentoria en la contestación a la demanda, lo cual obligaba a diferir su resolución al momento de dictar sentencia en primera instancia, con derroche de todo lo actuado de ser estimada la excepción.

Sin embargo, si no se plantean simultáneamente la excepción y la contestación, puede que precluya la posibilidad de contestar en caso de desestimación de la excepción, ya que el Anteproyecto prevé la suspensión del juicio una vez propuesta la excepción, pero no si a la parte demandada se le volverá a dar la oportunidad de contestar a la demanda tras la desestimación de la excepción.

2º) Diferencias de tramitación entre la declinatoria y la excepción:

a) La excepción debe presentarse ante el tribunal que esté conociendo del pleito. En cambio, la declinatoria puede presentarse además 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 (art. 63.2º LEC).

b) La declinatoria ha de proponerse dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista en el juicio verbal (art. 64.1º LEC), siempre, por tanto, antes de la contestación a la demanda; la excepción «deberá proponerse antes o con la contestación a la demanda». Por lo tanto, la excepción puede plantearse en el juicio ordinario en el plazo de 20 días que tiene el demandado para contestar a la demanda (art. 404.1º LEC), mientras que en el juicio verbal el *dies ad quem* se retrasa hasta la celebración de la vista.

La posibilidad de plantear la excepción con la contestación a la demanda significa que en los juicios verbales –en los que la contestación a la demanda se produce en el acto de la vista (art. 443.2º LEC)– el planteamiento de la excepción y su resolución quedarán diferidos a un momento procesalmente avanzado, como es el acto de la vista. Se pierde así la oportunidad que proporciona la declinatoria de solventar *a limine* la cuestión relativa al arbitraje.

c) La declinatoria surte el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal (art. 64.1º LEC); en cambio la excepción “suspenderá el juicio”. Obsérvese que el término “juicio” es técnicamente aplicable a la audiencia donde se practica la prueba y se vierten las alegaciones finales en el *juicio ordinario*, mientras que el trámite similar en el *juicio verbal* se denomina “vista”, siendo presumible que el Anteproyecto al hablar de “juicio” se esté refiriendo al “procedimiento” o al curso de las actuaciones, pues carece de lógica que planteada la excepción en el juicio ordinario en la contestación a la demanda haya que esperar al acto del juicio para acordar la suspensión del procedimiento.

No se prevé, como sí lo está en la declinatoria, que para el caso de que en el juicio ordinario se haya planteado la excepción antes de contestar a la demanda, una vez resuelto el incidente se dé a la parte demandada un plazo para contestar, pudiendo darse el caso, como ya se ha apuntado, de que el demandado se hubiera limitado a oponer la excepción de arbitraje y, tras ser desestimada su alegación, haber precluido la posibilidad de contestar.

Por otra parte, cuando se plantee la excepción en la contestación a la demanda en la vista del juicio verbal, se suspenderá la vista y una vez transcurridos 15 días se celebrará la comparecencia. Recibe así la excepción de arbitraje un trato diferente y de mayor duración que el resto de las excepciones procesales, que se resuelven en la misma vista (*cf.* el art. 443.2º y 3º LEC).

d) La declinatoria es de tramitación escrita, pues al escrito en que se plantee han de acompañarse los documentos o principios de prueba en que se funde, con copias en número igual al de los restantes litigantes, que dispondrán de plazo para alegar y aportar lo que consideren conveniente para sostener la jurisdicción del tribunal, quien decidirá la cuestión dentro del quinto día siguiente. La excepción tiene una tramitación mixta, oral y escrita: una vez planteada por escrito junto con un principio de prueba, el secretario judicial convocará a las partes a una comparecencia, debiendo mediar 15 días desde la citación.

e) La declinatoria no contempla expresamente la posibilidad de que el tribunal desestime la declinatoria –a pesar de apreciar la sumisión a arbitraje– si comprueba que el convenio arbitral es manifiestamente nulo o ineficaz; la excepción admite esta posibilidad de modo expreso.

Ahora bien, nada impide en la actualidad que puedan introducirse estas cuestiones en el debate, incluso cuando se trate de la nulidad del convenio arbitral, que sea apreciada de oficio, por analogía con la facultad de apreciar de oficio determinadas causas de nulidad prevista en el procedimiento de anulación del laudo (*vid.* art. 41.2º LA).

f) La declinatoria y la excepción comparten el mismo régimen de recursos, que depende en ambos supuestos del sentido de la resolución.

3º) Desde la óptica de la congruencia del sistema procesal en materia de arbitraje, de prosperar la iniciativa legislativa en este punto se produciría una duplicidad en el tratamiento procesal de la sumisión a arbitraje: por una parte, el de derecho interno (mediante excepción procesal propuesta antes o en la contestación a la demanda) y, por otra, el del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (Instrumento de ratificación de 5 de marzo de 1975), que en su art. 6.1º (*competencia de los tribunales judiciales estatales*) dispone lo que sigue:

“Toda excepción o declinatoria por incompetencia de tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, *antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo según que la Ley del país del tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo*”.

De esta redacción se desprende que la consideración de la sumisión a arbitraje como cuestión de derecho procesal o sustantivo según la ley nacional, determinará que se plantee, respectivamente, bien

antes o bien en el mismo momento de presentar las alegaciones de fondo. Siendo así que en nuestro derecho la sumisión a arbitraje es cuestión eminentemente procesal, que excluye el conocimiento del asunto por los Tribunales de Justicia, en el régimen convencional europeo de arbitraje comercial la posibilidad de plantear esta cuestión no puede ser en otro momento que antes de la contestación a la demanda. Esta previsión no se compadece con la reforma que admite que la excepción pueda plantearse en dos momentos: antes o en la contestación a la demanda.

B) Anulación del laudo

El Anteproyecto en su art. 9 (*sustanciación de la acción de anulación*) modifica el art. 42.1º LA en estos términos:

“1. La acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal, salvo en lo relativo a la celebración de la vista. El juez únicamente citará para la vista cuando las partes la hayan solicitado en sus escritos de demanda, acompañada ésta de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, y contestación, y previa declaración de la pertinencia de los medios de prueba anunciados. En otro caso, procederá a dictar sentencia sin más trámite”.

El procedimiento para tramitar la acción de anulación es el del juicio verbal, con las siguientes especialidades:

- Demanda de juicio ordinario (art. 399 LEC), acompañada de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, y, en su caso, con proposición de prueba.
- Traslado de la demanda al demandado por decisión del secretario judicial, para que conteste en el plazo de 20 días.
- Contestación del demandado con proposición de prueba.
- Citación a las partes a la vista por el secretario judicial, en la que el actor podrá proponer la práctica de prueba en relación con lo alegado por el demandado en su contestación.

Aparte de la opción por la demanda ordinaria en lugar de la demanda sucinta del juicio verbal, la regulación actual sustituye el acto de la vista como momento para la contestación a la demanda, por un trámite de alegaciones previas a la celebración de la vista que incluye la contestación del demandado.

Para la Memoria que acompaña al Anteproyecto, la reforma tiene por objeto simplificar la tramitación de la acción de anulación. La nueva redacción del art. 42.1º LA es la que sigue:

“1. La acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal, salvo en lo relativo a la celebración de la vista. El juez únicamente citará para la vista cuando las partes la hayan solicitado en sus escritos de demanda, acompañada ésta de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, y contestación, y previa declaración de la pertinencia de los medios de prueba anunciados. En otro caso, procederá a dictar sentencia sin más trámite”.

Con la regulación que propone el Anteproyecto, el trámite de alegaciones iniciales, incluida la contestación a la demanda con anterioridad a la vista, no se articula de forma nítida, como particularidad que es de la tramitación del juicio verbal, sino al tratar de la excepción a la celebración de la vista del juicio verbal cuando las partes así lo hayan solicitado en sus respectivas alegaciones, las cuales, según está redactado el precepto, tendrán que ser previas a la vista. Como no se prevé la duración del plazo para contestar a la demanda, habrá de aplicarse el plazo de 20 días del juicio ordinario.

Otra cuestión que suscita la nueva redacción es si la petición de decisión sin vista ha de ser común a todas las partes o, por el contrario, es suficiente con que una de ellas lo solicite. De la literalidad del texto se desprende que la vista habrá de ser solicitada por todas las partes y que, en caso contrario, se dictará sentencia sin más trámite. Sin embargo, de ser así y no celebrarse la vista, el *actor* no habrá tenido oportunidad de pronunciarse sobre las alegaciones del demandado.

Por último, la reforma no tiene en cuenta que a partir de la entrada en vigor de la *Ley 13/2009*, en las normas procesales –incluido el art. 42.1º LA, afectado por dicha Ley– la citación corresponde expresamente al secretario judicial y no al juez que será, en cambio, quien adopte la resolución antecedente de celebrar la vista.

C) Inimpugnabilidad de decisiones sobre reconocimiento de resoluciones arbitrales extranjeras

La disposición final primera del Anteproyecto, que modifica el art. 955 LEC/1881, excluye en el párrafo tercero de este artículo la recurribilidad de las resoluciones dictadas por las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunales Superiores de Justicia en materia de reconocimiento de resoluciones arbitrales extranjeras. Esta previsión es acorde tanto con el párrafo 2º del art. 956 de la misma Ley, relativo a la irrecurribilidad del auto resolutorio del exequátur de sentencias extranjeras, como por la remisión del art. 46.2º LA al procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros en lo relativo a la *sustanciación del procedimiento* (art. 951 a 958 LEC/1881).

[...]

IV. Conclusiones

Las conclusiones que siguen no incluyen todas y cada una de las materias analizadas en el presente informe, sino que se circunscriben a las que guardan mayor relación con el ejercicio de la función jurisdiccional.

1. Reordenación de la competencia de órganos jurisdiccionales

El Anteproyecto, en sintonía con el Anteproyecto para la modificación de la LOPJ –de tramitación simultánea con el informado y el de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles–, modifica la Ley de Arbitraje y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en lo que afecta a las competencias de diferentes tribunales del orden civil.

1.1. Se asigna a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia en funciones de apoyo y control judicial del arbitraje, que actualmente están residenciadas, dependiendo de la función, en los Juzgados de Primera Instancia, los Juzgados de lo Mercantil, las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. No se ha optado por una completa redistribución competencial comprensiva de otras actuaciones de apoyo al arbitraje, como la ejecución forzosa del laudo. No es previsible que la ampliación del ámbito competencial de estas Salas suponga un incremento significativo del volumen de asuntos de los que conocen, como tampoco una correlativa descarga para los actualmente competentes.

1.2. La derogación por el Anteproyecto para la modificación de la LOPJ del art. 86 ter.2.g) de esta Ley, en cuya virtud los Juzgados de lo Mercantil conocen de los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el art. 8 LA cuando vengán referidos a materias de naturaleza mercantil, determinará que las funciones de apoyo y control del arbitraje que no se ven afectadas por la reasignación competencial a favor de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y que, por ello, permanezcan residenciadas en los Juzgados de Primera Instancia, serán de la competencia de estos órganos aunque se trate de materias de naturaleza mercantil.

1.3. En el reconocimiento y ejecución de acuerdos de mediación extranjeros la competencia objetiva se atribuye en exclusiva los Juzgados de Primera Instancia (art. 85.6 LOPJ), con exclusión de los Juzgados de lo Mercantil en las materias propias de su ámbito de cognición, contrariamente a su competencia para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras y de ejecución de resoluciones arbitrales extranjeras.

2. Modificaciones relativas al proceso civil

2.1. La reforma de los arts. 11 LA y 39, 65.2º y 66.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil dan un nuevo tratamiento procesal a la sumisión a arbitraje. Se regula positivamente la excepción de arbitraje y se suprime toda referencia al arbitraje en la declinatoria por falta de jurisdicción. La excepción procesal de arbitraje podrá plantearse antes o con la contestación a la demanda, procediéndose a la suspensión del juicio y a la celebración de una comparecencia para resolver la excepción.

Como la reforma habla de suspensión del “juicio” tras el planteamiento de la excepción, habría de reconsiderar la utilización de este término y sustituirlo por “procedimiento”, “curso de las actuaciones” o expresión similar, ya que técnicamente el *juicio* se sitúa en la fase final del Juicio ordinario, previa al trámite de sentencia, mientras que el trámite similar en el Juicio verbal se denomina “vista”, por lo que rompería la lógica de la reforma que una vez planteada la excepción hubiera que esperar a un momento procesal tan avanzado para acordar la suspensión del procedimiento.

Para el supuesto en que el demandado se limite a oponer la excepción de arbitraje sin contestar a la demanda de forma simultánea, y se produzca la desestimación de la excepción, la reforma no prevé un trámite específico para que el demandado pueda contestar.

En cuanto a los Juicios verbales, la posibilidad de oponer la excepción con la contestación a la demanda significa que el planteamiento de la excepción y su resolución quedan diferidos a un momento procesalmente avanzado, como es el acto de la vista, sin contar con que ésta habrá de suspenderse para resolver el incidente, con lo que la excepción de arbitraje recibe un tratamiento de mayor duración que el resto de las excepciones procesales que se resuelven en la misma vista.

Finalmente, desde el punto de vista de técnica legislativa parece incorrecto que el tratamiento de una excepción que se va plantear y sustanciar en un proceso civil no se regule en la Ley procesal civil —que no contempla este régimen para el tratamiento de las cuestiones procesales—, sino que haya que buscarlo en un cuerpo legal dedicado al arbitraje.

2.2. La modificación del art. 40 LA introduce en el procedimiento arbitral un incidente ante el árbitro, previo al ejercicio de la acción de anulación, cuando tenga por causa la extralimitación parcial del laudo (supuestos de incongruencia *ultra petitem* y *extra petitem*), a fin de que en sede arbitral se corrija el exceso. Este incidente se articula sin perjuicio del que prevé el art. 30 de la misa Ley para el supuesto incongruencia omisiva.

2.3. En relación con las causas de nulidad del laudo, se modifica el art. 41.1º.f) LA para establecer que será nulo el laudo manifiestamente contrario al orden público. Lo “manifiesto” no es una cualidad añadida a la propia infracción del orden público, a la que nada aporta en lo cualitativo que pudiera repercutir en su mayor o menor gravedad, sino que atañe a una mera circunstancia, como es la claridad y evidencia con que la infracción ha trascendido al exterior. Siendo así, cabe preguntarse si es acertado el blindaje jurídico de los laudos arbitrales que sean contrarios al orden público pero no de forma manifiesta. La oposición al orden público constituye una causa de nulidad de superior entidad que no ha de supeditarse a un accidente, como es la claridad o evidencia con que se manifieste, dando primacía a un factor secundario.

Por otra parte, esta modificación no encajaría con otros textos sobre la materia: la Ley Modelo de 21 de junio de 1985, sobre Arbitraje Comercial Internacional, que constituye el principal criterio inspirador de la Ley de Arbitraje, prevé como causa de nulidad del laudo arbitral apreciable de oficio, que el laudo sea contrario al orden público del Estado; y circunscrito al arbitraje internacional, el Convenio de Nueva York el 10 de junio de 1958 prevé como causa de denegación del reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral que éstos sean contrarios al orden público.

2.4. El procedimiento judicial de anulación de laudos arbitrales es el Juicio verbal con especialidades. Constituye una de ellas que la celebración de vista debe ser solicitada por todas las partes y que, en caso contrario, se dictará sentencia sin más trámite; consecuentemente, de no celebrarse la vista el actor no habrá tenido oportunidad de pronunciarse sobre las alegaciones del demandado.

2.5. El arbitraje societario se regula en la Ley de Sociedades Anónimas, en sede de impugnación de acuerdos sociales, como instrumento alternativo al proceso jurisdiccional especial para la resolución esta clase conflictos. Es requisito la inclusión de la cláusula de compromiso en los estatutos sociales. Este arbitraje no constituye una completa novedad en el ámbito normativo, pues se encuentran precedentes en el Reglamento del Registro Mercantil, la Ley de Cooperativas o la Ley de sociedades profesionales.

Constituye una cuestión controvertida a resolver normativamente si estas cláusulas vinculan a terceros que acrediten un interés legítimo, lo que en tal caso les impediría plantear un proceso judicial sobre cuestiones sometidas a arbitraje societario en los estatutos sociales.

3. Modificaciones relativas al proceso concursal

3.1. En lo concerniente a la relación de la mediación y el arbitraje con el proceso concursal, la reforma del art. 52.1º de la Ley Concursal cambia diametralmente la regla de validez y eficacia de los convenios arbitrales suscritos por el concursado, cuando no hayan dado lugar a un procedimiento arbitral que se encuentre en tramitación al declararse el concurso: se pasa en este supuesto de negar validez y eficacia al convenio arbitral mientras dure el concurso, a no verse afectado por la declaración del concurso (como tampoco los acuerdos de mediación). La indemnidad de los convenios arbitrales tendrá como

consecuencia que los arbitrajes que se inicien con posterioridad a la declaración del concurso quedarán fuera del conocimiento del juez concursal, por efecto de la sumisión a arbitraje, al contrario de los procesos judiciales que se tramitarán por el juez del concurso. Por otro lado, el demandado podrá oponer la excepción de compromiso en el proceso judicial que inste la contraparte, lo que no cabe en la vigente regulación al quedar en suspenso la eficacia del convenio arbitral.

En cuanto al acuerdo de mediación, para evitar equívocos con la decisión que pone fin a la mediación, la referencia debería ser al pacto de someter la cuestión a mediación. Por otra parte, respecto al acuerdo de mediación en sentido propio, habrá de ser mencionado en el art. 53.1º de la Ley Concursal si se pretende que tenga los mismos efectos vinculantes para el juez del concurso que el laudo.

3.2. A fin de preservar en situaciones de insolvencia la eficacia de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros, se reforma el art. 8.4º de la Ley Concursal. La modificación se traduce en que las medidas cautelares adoptadas en procedimientos arbitrales que afecten al patrimonio del concursado se exceptúan de la competencia del juez del concurso, sin perjuicio de que pueda denegarlas si provocan perjuicios al proceso concursal. Esta salvaguardia del proceso concursal será ineficaz si al Juez de lo Mercantil, como juez del concurso, se le priva de sus actuales atribuciones en materia de arbitraje por la derogación del art. 86 ter.2.g) LOPJ, prevista en el Anteproyecto de modificación de esta Ley.

4. Modificaciones relativas al proceso contencioso-administrativo

4.1. Se introduce en el art. 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la posibilidad de mediación extraprocésal, a fin de que las partes en un proceso de esta clase lleguen a un acuerdo fuera del mismo que le ponga fin, quedando entretanto en suspenso el procedimiento judicial. Esta mediación se llevará a cabo conforme a la regulación general de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. La posibilidad de mediación deberá ser puesta de manifiesto a las partes por el tribunal, que incluso podrá imponer a las partes el intento de mediación cuando la controversia sea de estimación de cantidad. No habiendo en principio obstáculos normativos para la mediación obligatoria, cabe reconsiderar la oportunidad de imponer la mediación en el proceso contencioso-administrativo, dado que la controversia que ha llegado a sede judicial ya viene precedida de un procedimiento administrativo, en el que se ha mantenido una situación de conflicto que se prolonga tras su finalización, una vez agotadas las posibilidades de impugnación y adopción de acuerdos que proporciona la vía administrativa. En estas circunstancias, puede resultar difícil que planteada la cuestión ante los tribunales se llegue a un acuerdo que ponga fin a la controversia como resultado de una mediación obligatoria.

Como sugerencia se propone que la mediación pueda producirse antes de la fase de alegaciones iniciales, es decir, que el Tribunal pueda someter la cuestión litigiosa a mediación en un momento posterior a la interposición del recurso contencioso-administrativo y anterior a la formalización de la demanda.

Problemas adicionales que suscita esta mediación obligatoria son las dilaciones que puede provocar si no llega a buen término, además de la repercusión en los costes y el modo de sufragarlos.

El Anteproyecto debería determinar el modo en que ha de evacuarse ese trámite de puesta en consideración de las partes.

4.2. La adición de un nuevo ap. 7 al art. 106 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dedicado al procedimiento de ejecución de condenas pecuniarias líquidas impuestas a la Administración, amplía esta clase de ejecución a supuestos en que el crédito estuviera reconocido en un acuerdo de conciliación o mediación, o viniera impuesto por un laudo arbitral. Sobre esto último, al no estar previsto el arbitraje en esta Ley, la aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje señala como órgano competente para la ejecución forzosa del laudo al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado. En consecuencia, la reforma habría de determinar el órgano del orden contencioso-administrativo objetiva y territorialmente competente a efectos de ejecución forzosa del laudo arbitral en el que la Administración haya sido parte condenada al pago de una cantidad líquida de dinero.

4.3. La novedosa regulación del arbitraje administrativo para la resolución de controversias de esta naturaleza lo establece con carácter obligatorio. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa admite excepcionalmente el recurso a la vía judicial en las controversias entre entes de Derecho administrativo. Consecuentemente, el carácter obligatorio de este arbitraje y la exclusión del acceso a la jurisdic-

ción plantean dudas de constitucionalidad al haber reconocido la jurisprudencia constitucional el derecho al proceso de las entidades públicas cuando estén legalmente legitimadas.

4.4. Se prevé que no sea recurrible ante los Tribunales de Justicia la resolución del arbitraje administrativo dictada por el órgano competente –la Comisión Delegada para la Resolución de controversias Administrativas–, lo que se traduce en una adición al catálogo de actos excluidos del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin modificación del art. 3 de su Ley reguladora. Esta irrecurribilidad del laudo administrativo y la exclusión del control jurisdiccional pueden entrar en conflicto con la reserva de jurisdicción del art. 106.1º de la Constitución, a tenor del cual las Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. En todo caso, debería aclararse si queda excluido el ejercicio de acciones autónomas de nulidad y de revisión del laudo, así como si cabe acudir a la revisión de oficio en los supuestos previstos en la LRJAP-PAC.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extendiendo y firmo la presente en Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil diez.

2010/9/Doc.- Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria a la Ley para la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración general del estado y a la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, de 19 de mayo de 2010.

[...] IV. *Consideraciones jurídicas*

El carácter complementario de este Anteproyecto al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado (Anteproyecto LA), y al Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (Anteproyecto LM), de tramitación simultánea, determina que las materias reformadas se hayan incluido sistemáticamente en los informes relativos a los otros dos Anteproyectos, razón por la que el presente informe se remite a los mismos en evitación de reiteraciones innecesarias, sin perjuicio de exponer ahora sucintamente su orientación y contenido.

1. Finalidad de la Reforma

En consideración a la tramitación simultánea de los Anteproyectos a los que se ha hecho referencia, el que ahora se informa persigue una reordenación más eficaz de las tareas judiciales de apoyo al arbitraje, así como solventar problemas detectados en las competencias del juez del concurso en materia de arbitraje.

2. Contenido de la reforma

La exposición que sigue atiende al criterio de competencia *ratione materiae*.

2.1. Arbitraje

A) Funciones de apoyo y control del arbitraje

El ap. 1 del artículo único del Anteproyecto añade una nueva letra c) al art. 73.1º LOPJ, para atribuir a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, «las funciones de apoyo y control del arbitraje que se establezcan en la ley», lo que ha de ponerse en relación con la proyectada reforma de los apartados 1 y 5 del artículo de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA), relativos al nombramiento judicial de árbitros y a la anulación y revisión de laudos.

En materia de nombramiento judicial de árbitros, la reforma supone sustraer las competencias a los Juzgados de Primera Instancia y a los Juzgados de lo Mercantil, pues el Anteproyecto también deroga la letra g) del ap. 2 del art. 86 ter LOPJ, que confía a los Juzgados mercantiles los asuntos que el art. 8 LA atribuye a los de Primera Instancia cuando vengan referidos a materias contempladas en dicho ap. 2 (competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad, cuestiones en materia

sociedades mercantiles y cooperativas, transportes, derecho marítimo y condiciones generales de la contratación, entre otras).

Y en lo que atañe a la anulación y revisión de laudos arbitrales, la primera es actualmente de la competencia de las Audiencias Provinciales, mientras que la revisión de laudos está atribuida a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (por remisión del art. 43 LA al art. 509 LEC), por lo que la reforma en este punto afectará únicamente a los asuntos que no estén ya atribuidos a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

El pre-legislador no se ha decantado por una completa redistribución competencial en materia de apoyo al arbitraje, excluyendo de la reforma la asistencia judicial en la práctica de pruebas, la adopción judicial de medidas cautelares y la ejecución forzosa de laudos.

B) Supresión de las competencias de los Juzgados de lo Mercantil en materia de arbitraje

La disposición derogatoria del Anteproyecto anula la letra g) del ap. 2 del art. 86 ter LOPJ, en cuya virtud los Juzgados de lo Mercantil conocen de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto a “los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el art. 8 LA cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado”.

Esta previsión determina que aquellas materias del art. 8 LA que no se ven afectadas por la reasignación competencial a favor de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (asistencia judicial en la práctica de pruebas, adopción judicial de medidas cautelares y ejecución forzosa del laudo) y que por ello permanecerán residenciadas en los Juzgados de Primera Instancia, serán de la competencia de estos órganos aunque se trate de materias de naturaleza mercantil.

A esto se añade que la modificación del art. 86 ter.3 LOPJ suprime la competencia de estos Juzgados para el reconocimiento y ejecución de resoluciones arbitrales extranjeras.

C) Medidas cautelares en procesos concursales

Relacionado con la reforma del art. 8.4º LC (titulado *Juez del concurso*) por el Anteproyecto LA, el ap. 3 del artículo único del Anteproyecto reforma el art. 86 ter.1.4º LOPJ. Tras mantener que la competencia del Juez de lo Mercantil como juez del concurso incluye, como regla, las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado, añade que será “sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan adoptar los árbitros durante un procedimiento arbitral”. Esto significa que el tratamiento de la competencia funcional en sede de medidas cautelares diferirá según se esté ante medidas adoptadas en procesos judiciales, cuyo régimen de atribución a favor del juez del concurso –salvo excepciones– se mantiene como está, o ante medidas adoptadas en el marco de procedimientos arbitrales, en cuyo caso la competencia no se traslada al juez del concurso, sino que permanece en manos de los árbitros.

Además, el Juez de lo Mercantil en cuanto juez del concurso no va a tener ya atribuciones en materia de arbitraje por la derogación del art. 86 ter.2.g) LOPJ prevista en este Anteproyecto, por lo que no será quien intervenga –sino el Juez de Primera Instancia– en la adopción judicial de medidas cautelares en el marco del arbitraje que afecten al patrimonio del concursado (art. 8.3º LA).

2.2. Exequátur

La reforma afecta en este punto al reconocimiento de resoluciones arbitrales extranjeras y al reconocimiento y ejecución de *acuerdos de mediación* extranjeros.

A) Reconocimiento de resoluciones arbitrales extranjeras

El Anteproyecto añade en su artículo único, ap. 1, una nueva letra c) al art. 73.1º LOPJ, para atribuir a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer de “las peticiones de exequátur de laudos extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados o las normas de la Unión Europea, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal”. Como corolario, el ap. 2 del artículo único del Anteproyecto suprime del art. 85.5º LOPJ –relativo a las competencias de los Juzgados de Primera Instancia– la referencia al exequátur de laudos extranjeros, y el mismo efecto derogatorio se produce en el art. 86 ter.3 LOPJ respecto a los Juzgados de lo Mercantil, por efecto del ap. 3 del artículo único del Anteproyecto.

En sintonía con lo anterior, la modificación del art. 955 LEC 1881 –disposición final primera del Anteproyecto LA–, desplaza en el párrafo 3º esta competencia a favor de las Salas de lo Civil y Penal de los

Tribunales Superiores de Justicia, suprimiendo la referencia a esta materia en el mismo artículo tanto su párrafo 1º –respecto a los Juzgados de 1ª Instancia–, como en el párrafo 2º –en lo tocante a los Juzgados de lo Mercantil–, en su redacción según la citada Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Sin embargo, esta nueva atribución de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia afecta únicamente al *reconocimiento* de resoluciones arbitrales extranjeras, sin quedar determinado –salvo tratado o disposición de la Unión Europea– que órgano será el competente para la *ejecución* de las resoluciones extranjeras ya homologadas. Ahora bien, las respectivas competencias de los Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil (art. 955 LEC 1881, y 85.5º y 86 ter.3 LOPJ, en la nueva redacción que se proyecta), puestos en relación con el tenor del art. 8.6º LA (“[p]ara el exequátur de laudos extranjeros será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros”), permite por vía indirecta determinar que seguirán siendo aquellos Juzgados los órganos competentes a efectos de ejecución, ya que la competencia para la ejecución de las sentencias extranjeras continúa radicada en los Juzgados de Primera Instancia (art. 955 LEC 1881 y 85.5º LOPJ) y de lo Mercantil (art. 86 ter.3 LOPJ).

B) Reconocimiento y ejecución de acuerdos de mediación extranjeros

En materia de mediación civil y mercantil, la modificación de los art. 85 LOPJ –al que el artículo único, ap. 2, del Anteproyecto adiciona un nuevo ap. 6– y 955 LEC 1881, modificado por el Anteproyecto LA, añade a las competencias de los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de “acuerdos de mediación extranjeros”. No hay en el Anteproyecto ni en el que reforma la LOPJ mención a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil en su ámbito material de cognición, como sí la hay en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras y se desprende de las normas sobre competencia respecto a la ejecución de resoluciones arbitrales extranjeras.

2.3. Mediación

En lo concerniente a la competencia judicial en materia de mediación interna, el ap. 2 del artículo único del Anteproyecto añade un nuevo ap. 6 al art. 85 LOPJ, para atribuir a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento de las solicitudes de homologación y ejecución de acuerdos de mediación cuando reúnan la condición de título ejecutivo.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que de adoptarse el acuerdo de mediación constante un proceso judicial, la futura redacción del art. 85.6º LOPJ podrá entrar en colisión con lo que disponen los art. 30.2º (“*formalización del título ejecutivo*”) y 31 (“*tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación*”) del Anteproyecto LM, en cuya virtud si el acuerdo se alcanza en una mediación desarrollada *después de iniciar un proceso judicial*, las partes podrán solicitar del tribunal su *homologación* mediante auto (art. 30.2º), y la *ejecución* de los acuerdos resultado de una *mediación iniciada estando en curso un proceso* se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo (art. 31). Estas dos previsiones significan que si el acuerdo de mediación se adopta durante la tramitación de las sucesivas instancias procesales o en un proceso ante un Juzgado de lo Mercantil, la competencia tanto para la homologación del acuerdo de mediación como para la ejecución, será del órgano judicial que corresponda aplicando la regla de competencia funcional, y no siempre y en todo caso del Juzgado de Primera Instancia.

Este problema no se planteará en el orden civil cuando el acuerdo adoptado sea independiente de un proceso judicial, pues el art. 31, párrafo 2º, del Anteproyecto LM señala al Juzgado de Primera Instancia como competente en todo caso para la *ejecución* del acuerdo de mediación, sin que en estos supuestos haya trámite de *homologación*, dado que el acuerdo de mediación debidamente formalizado es título ejecutivo (art. 30.1º en relación con el art. 28 del Anteproyecto LM).

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extendiendo y firmando la presente en Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil diez.

**ATRIBUCIÓN AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 101 DE MADRID
DEL CONOCIMIENTO CON CARÁCTER EXCLUSIVO DE LOS ASUNTOS DE
LAUDO Y ARBITRAJE**

2010/10/Doc.— Acuerdo de 25 de noviembre de 2010, del Pleno, por el que se atribuye al Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid, de nueva creación, el conocimiento con carácter exclusivo de los asuntos de laudo y arbitraje (BOE, 2-XII-2010)

[...] El art. 98.1º LOPJ “el Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de la Sala de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes que al efecto se constituyan”.

En la actualidad existen creados, constituidos y en funcionamiento en la ciudad de Madrid noventa y seis Juzgados de Primera Instancia. Por RD 819/2010, de 25 de junio, se ha creado y constituido, entre otros, los Juzgados de Primera Instancia 97, 98, 99, 100 y 101 de Madrid, cuya entrada está prevista para el día 30 de diciembre de 2010, según prevé la Orden JUS/2746/2010, de 15 de octubre (BOE, 26 de octubre).

Catorce de dichos Juzgados de 1.ª Instancia (los nºs 22 a 25, 27 a 29, 66, 75, 76, 79, 80, 85 y 93) están especializados en el conocimiento de los asuntos propios del Derecho de Familia, conociendo de forma exclusiva de las materias comprendidas en los títulos IV y VII del libro I del Código Civil y de todas aquellas cuestiones atribuidas por las leyes a los Juzgados de Familia, cinco en Incapacidades y Tutelas (los nºs 30, 65, 78, 94 y 95) y dos en Asuntos Hipotecarios (los nºs 31 y 32) restando, pues, otros setenta y cinco Juzgados Civiles sin especialización alguna.

Parece razonable atribuir a uno de los nuevos Juzgados de Primera Instancia creados y constituidos en la presente anualidad en el partido judicial de Madrid el conocimiento con carácter exclusivo de las materias de arbitraje en el ámbito civil, como punto de partida para el impulso y fortalecimiento de medidas ajenas al proceso que permitan, como mecanismo arbitral, descongestionar el volumen de asuntos que tienen acceso a la jurisdicción ordinaria, sirviendo el mismo como órgano unificados de criterios.

Respecto a la fecha en que esta especialización haya de surtir efectos, parece razonable que sea la de inicio de actividad efectiva del nuevo órgano creado y afectado por la misma.

La adopción de la presente medida contribuirá positivamente al mejor funcionamiento de la jurisdicción civil en el partido judicial de Madrid en cuanto se atribuirá a un órgano judicial el conocimiento de cuestiones que merecen ser atendidas a través de órganos judiciales especializados, beneficiándose al ciudadano demandante del servicio público de la Administración de Justicia, sin perjuicio de que la medida que ahora se adopta pueda revisarse, en su caso, tras las posibles reformas que puedan incidir en la tramitación de los procedimientos civiles una vez puesta en funcionamiento la nueva oficina judicial y, por tanto, los correspondientes servicios comunes procesales, tomando en cuenta, además, las siguientes consideraciones:

a) Que no existe ningún módulo específico que pueda servir al Consejo General del Poder Judicial de referencia para calibrar exactamente la carga de trabajo que representan para el Juez estos asuntos, pero que en modo alguno se puede guiar por un estándar de entrada de 720 asuntos contenciosos, ya que en ninguna de las intervenciones judiciales que se prevén tanto en la Ley de Arbitraje como en la Ley de Enjuiciamiento Civil constituyen decisiones sobre el fondo del asunto.

b) Que una parte considerable de las competencias que se asignarían a este Juzgado corresponderían al Secretario, no al Juez, tras la reforma de la Ley 13/2009.

c) Que se está tramitando ante el Congreso de los Diputados un proyecto de ley, con competencia legislativa delegada en la Comisión de Justicia (lo que hace prever una tramitación más rápida), en la que parte de las competencias que hoy tienen los Juzgados de Primera Instancia en esta materia pasarían a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Por las consideraciones expuestas, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día de la fecha, a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y en ejercicio de las atribuciones que le confiere el art. 98LOPJ, ha adoptado el siguiente Acuerdo:

1.º Atribuir, en virtud de lo previsto en el art. 98 LOPJ, al Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid, de nueva creación, el conocimiento con carácter exclusivo de los siguientes asuntos:

1. Los previstos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (*BOE*, 309/2003, de 26 de diciembre), y de modo más específico:

a) Art. 8: Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje (Juzgados de Primera Instancia: nombramiento judicial de árbitros, asistencia judicial en la práctica de pruebas, adopción de medidas cautelares, ejecución forzosa del laudo).

b) Art. 15: Nombramiento de los árbitros (cuando procediera, por el Tribunal competente).

c) Art. 33: Asistencia judicial para la práctica de las pruebas.

d) Art. 42: Procedimiento para la acción de anulación del laudo (por los cauces del juicio verbal, con determinadas particularidades).

e) Art. 44: Normas aplicables para la ejecución forzosa del laudo.

f) Art. 45: Suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de anulación del laudo.

2. Los previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*BOE*, 7/2000, de 8 de enero), y de modo más específico:

a) Medidas cautelares en procedimiento arbitral, conforme a lo dispuesto en los arts. 722, 724 y 730.3º LEC.

b) Ejecución del laudo, conforme a los arts. 517,2, 2.º y 545.2º LEC.

3. Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en la parte aún vigente:

a) Reconocimiento de resoluciones arbitrales extranjeras, conforme a lo dispuesto en el art. 955 al 958 de la LEC de 1881.

2.º Los asuntos de la misma naturaleza que los que son objeto de este acuerdo de especialización y de los que estuviese conociendo los Juzgados de Primera Instancia de la citada sede se continuarán por éstos hasta su conclusión, sin verse afectados por el presente acuerdo.

3.º La presente medida producirá efectos desde de comienzo de actividad efectiva del Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid.

4.º La Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el ejercicio de sus atribuciones y previa propuesta de la Junta Sectorial de Jueces de los Juzgados de Primera Instancia de esta capital, adoptará, en su caso, los pertinentes acuerdos de modificación de normas de reparto o de reducción del mismo, cuando así lo aconseje la entrada de asuntos a que hace referencia el presente Acuerdo entre el Juzgado de Primera Instancia nº 101 y los restantes Juzgados de Primera Instancia ordinarios o sin especialización alguna de esta sede.

MINISTERIOS

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

ENSEÑANZAS UNIVERSITARIAS OFICIALES DE GRADO, PARA LOS ESTUDIANTES PROCEDENTES DE SISTEMAS EDUCATIVOS EXTRANJEROS

2010/11/Doc.– Orden EDU/473/2010, de 26 de febrero, por la que se establece el procedimiento de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado, para los estudiantes procedentes de

sistemas educativos extranjeros con estudios homologables al título de Bachiller español. *BOE*, 3–III–2010.

CREDENCIALES DE CONVALIDACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DE ESTUDIOS Y TÍTULOS EXTRANJEROS CON EL BACHILLER ESPAÑOL

2010/12/Doc.– Resolución de 29 de abril de 2010, de la Secretaría de Estado de Educación y Formación Profesional, por la que se establecen las instrucciones para el cálculo de la nota media que debe figurar en las credenciales de convalidación y homologación de estudios y títulos extranjeros con el bachiller español. *BOE*, 8–V–2010)

ACCESO A LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA DE ESTUDIANTES PROCEDENTES DE SISTEMAS EDUCATIVOS A LOS QUE ES DE APLICACIÓN EL ART. 38.5º DE LA LO 2/2006

2010/13/Doc.– Orden EDU/1161/2010, de 4 de mayo, por la que se establece el procedimiento para el acceso a la Universidad española por parte de los estudiantes procedentes de sistemas educativos a los que es de aplicación el art. 38.5º LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. *BOE*, 7–V–2010.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

REGULACIÓN Y CONTROL DE LA PUBLICIDAD DE LOS SERVICIOS Y PRODUCTOS BANCARIOS

2010/14/Doc.– Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios. *BOE*, 29–VI–2010.

[...]

Art. 1. *Objeto.* La presente orden tiene por objeto establecer las normas, principios y criterios a los que debe sujetarse la actividad publicitaria de los productos y servicios bancarios y habilitar al Banco de España para su desarrollo.

Art. 2. *Definición de actividad publicitaria.* 1. A los efectos de lo dispuesto en esta orden se considera actividad publicitaria toda forma de comunicación por la que se ofrezcan productos o servicios bancarios, o se divulgue información sobre ellos, cualquiera que sea el medio de difusión que se utilice: prensa, radio, televisión, correo electrónico, Internet u otros medios electrónicos, carteles interiores o exteriores, vallas, octavillas, circulares y cartas que formen parte de una campaña de difusión, llamadas telefónicas, visitas a domicilio o cualquier otro sistema de divulgación.

Asimismo, se considerarán actividades publicitarias aquellas comunicaciones destinadas a llamar la atención del público sobre servicios de gestión o de otro tipo, que presten las entidades con carácter adicional o en relación con otros productos o servicios bancarios, que no tengan la condición de servicios de inversión.

2. No se consideran actividades publicitarias y, por tanto, quedan excluidas de esta orden:

a) Las campañas publicitarias corporativas, entendiéndose por tales las que contienen exclusivamente información genérica sobre una entidad o su objeto social que estén destinadas a darse a conocer al público.

b) Aquellos contenidos informativos que figuren en las páginas propias de la entidad en Internet, o en otro medio de difusión, que resulten necesarios para llevar a cabo la contratación de una operación.

c) Las informaciones que sobre las características específicas de las operaciones figuren en las páginas operativas de la entidad en Internet en las cuales se lleven a cabo.

Art. 3. Ámbito de aplicación. Queda sujeta al cumplimiento de las normas contenidas en la presente orden la actividad publicitaria realizada tanto por las entidades de crédito españolas como por las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras, dirigida a clientes o potenciales clientes residentes en España, y que se refiera a productos y servicios bancarios, incluidos los servicios de pago, distintos de los instrumentos financieros y servicios de inversión contemplados en la Orden EHA/1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión.

FORMACIÓN DEL CENSO ELECTORAL DE RESIDENTES EN ESPAÑA QUE SEAN NACIONALES DE PAÍSES CON ACUERDOS PARA LAS ELECCIONES MUNICIPALES

2010/15/Doc.– Orden EHA/2264/2010, de 20 de julio, por la que se dictan normas e instrucciones técnicas para la formación del censo electoral de residentes en España que sean nacionales de países con Acuerdos para las elecciones municipales. BOE, 27-VIII-2010.

El art. 176.1º LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, establece en su primer párrafo que “Sin perjuicio de lo regulado en el título I, capítulo I de esta Ley, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado”.

El RD 202/1995, de 10 de febrero, por el que se dispone la formación del censo electoral de extranjeros residentes en España para las elecciones municipales, en su parte expositiva hace referencia a los Acuerdos entre España y otros países en ese momento vigentes y en su art. 2.3 dispone que la Oficina del Censo Electoral realizará una campaña informativa para dar a conocer a la población afectada la formación de ese censo y el procedimiento de inscripción en el mismo.

El citado RD 202/1995, tuvo su desarrollo en las Órdenes de 17 de febrero de 1995 y de 23 de diciembre de 1998, por las que se dictan normas e instrucciones técnicas para la formación del censo electoral de extranjeros residentes en España para las elecciones municipales, de aplicación a los nacionales de los Estados que no pertenecen a la Unión Europea.

En la disposición primera de la Orden de 23 de diciembre de 1998 se establecen las condiciones básicas para tener el derecho de inscripción, en tanto que en sus disposiciones segunda y tercera se establecen el procedimiento y los plazos de solicitud.

Por otra parte, el art. 105 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses tienen el derecho y la obligación de obtener la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la correspondiente autorización, respectivamente y que la tarjeta de identidad de extranjero es el documento destinado a identificar al extranjero a los efectos de acreditar su situación legal en España. Además, en su art. 109, apartado g) establece que existirá, en la Dirección General de la Policía, un Registro Central de Extranjeros en el que se anotarán las autorizaciones de residencia.

Además, el 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, establece en su art. 7, punto 1, que los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tienen derecho a residir en territorio español por un período superior a tres meses y que los interesados estarán obligados a solicitar personalmente ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. También establece que dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España y que le será expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero y la fecha de registro.

La presente Orden tiene por objeto actualizar la ya citada de 23 de diciembre de 1998, para facilitar la presentación de las solicitudes de inscripción en el Censo Electoral de aquellos ciudadanos nacionales de los Estados que no pertenecen a la Unión Europea residentes en España, que cumplan con las condiciones establecidas con la información disponible en la Oficina del Censo Electoral.

La nueva Orden se dicta conforme a la normativa precedente, con el informe previo de la Junta Electoral Central y de conformidad con los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Trabajo e Inmigración y del Interior.

En su virtud, con la aprobación previa de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia, dispongo:

Art. 1. Derecho de inscripción. 1. Podrán solicitar la inscripción en el censo electoral para las elecciones municipales aquellas personas que, sin haber adquirido la nacionalidad española, sean ciudadanos de países con los que España haya establecido un Acuerdo reconociendo el derecho a votar en las elecciones municipales a los nacionales miembros de los referidos Estados en España y a los españoles en dichos Estados.

La relación de países con Acuerdos establecidos en vigor incluye a Colombia, Chile, Ecuador, Noruega, Paraguay, Perú y Nueva Zelanda.

La inscripción también podrá ser solicitada por los nacionales de otros países con los que se establezcan Acuerdos que entren en vigor antes de la fecha límite de la presentación de las solicitudes establecida en esta Orden.

2. Las condiciones que deben reunir para tener derecho a la inscripción son:

- a) Ser mayor de dieciocho años y no estar privado del derecho de sufragio activo.
- b) Estar inscrito en el Padrón municipal de habitantes.
- c) Estar en posesión de la autorización de residencia en España.
- d) Haber residido legalmente en España el tiempo exigido en el correspondiente Acuerdo.
- e) Cumplir los demás requisitos que estén establecidos en el correspondiente Acuerdo.

3. La nacionalidad, la posesión de la autorización de residencia y la residencia legal en España durante el tiempo exigido en el correspondiente Acuerdo se acreditarán a partir de los datos correspondientes a las inscripciones practicadas en el Registro Central de Extranjeros.

4. También podrán solicitar la inscripción los menores de edad que en el momento de formular la inscripción hayan cumplido diecisiete años, y cumplan con el resto de los requisitos recogidos en las letras b) a e) del ap. 2 de este artículo, a fin de incorporarlos a las listas electorales en caso de que el día de la votación hayan alcanzado los dieciocho años.

Art. 2. Procedimientos de solicitud. 1. Para realizar el trámite de inscripción se faculta a la Oficina del Censo Electoral para remitir una comunicación, en los meses previos a la convocatoria de las elecciones, a los extranjeros residentes en España que reúnan las condiciones establecidas en el artículo anterior, con sus datos personales y de residencia preimpresos, obtenidos de la información del Registro Central de Extranjeros y de los Padrones municipales.

En ese caso, para realizar la solicitud de inscripción los interesados deberán cumplimentar los datos que se requieran, firmarla y remitirla a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral correspondiente.

La solicitud de inscripción también podrá ser realizada conforme a los procedimientos de administración electrónica que se establezcan.

2. Los extranjeros residentes en España que consideren que cumplen las condiciones establecidas en el ap. 2 del artículo primero de esta Orden, podrán presentar las solicitudes de inscripción personalmente en el Ayuntamiento del municipio de residencia, en el impreso proporcionado por la Oficina del Censo Electoral.

Los Ayuntamientos comprobarán la identidad del solicitante, que se aporta la documentación exigida, cumplimentarán la diligencia que conste en el modelo de la solicitud y la remitirán a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral correspondiente a su provincia.

Art. 3. Plazo de las solicitudes. Las solicitudes deberán presentarse entre el 1 de diciembre del año anterior al que se celebren las elecciones municipales y el 15 de enero de ese año, ambos inclusive.

Los Ayuntamientos enviarán las solicitudes a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral correspondiente a su provincia conforme las tramiten y, en cualquier caso, antes del día 20 de enero del año en el que se celebren las elecciones.

Art. 4. Resolución de las solicitudes. Las delegaciones provinciales de la Oficina del Censo Electoral resolverán las solicitudes presentadas. Las que resulten estimadas se incluirán en el censo electoral vigente para las elecciones municipales en tanto que las que resulten denegadas serán notificadas a los interesados de forma motivada en el plazo de quince días siguientes a su recepción.

Art. 5. Validez de las inscripciones. Las inscripciones serán válidas exclusivamente para las elecciones municipales para las que se realicen las solicitudes.

Art. 6. Publicidad en los Ayuntamientos. Los Ayuntamientos darán publicidad, mediante bandos o cualquier otra forma de difusión que se estime conveniente, del procedimiento para la presentación de las solicitudes por parte de los interesados teniendo en cuenta las actuaciones que realice la Oficina del Censo Electoral.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa. Se deroga la Orden de 23 de diciembre de 1998, por la que se dictan normas e instrucciones técnicas para la formación del censo electoral de extranjeros residentes en España, para las elecciones municipales, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la propia Orden.

Disposición final primera. Habilitación. Se habilita al Director de la Oficina del Censo Electoral para dictar cuantas instrucciones de aplicación requiera la ejecución de la presente Orden.

Disposición final segunda. Entrada en vigor. La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

SERVICIOS DE COMUNICACIONES MÓVILES EN AERONAVES EN VUELO

2010/16/Doc.– Orden ITC/1878/2010, de 5 de julio, por la que se regula la prestación de los servicios de comunicaciones móviles en aeronaves en vuelo. BOE, 13–VIII–2010.

Capítulo I

Disposiciones generales

Art. 1. Objeto. 1. Constituye el objeto de la presente orden el establecimiento de las condiciones para la prestación de los servicios de comunicaciones móviles a bordo de aeronaves en vuelo, servicios de MCA, en espacio aéreo bajo jurisdicción española, así como la definición de las características técnicas en las que podrá ser prestado dicho servicio.

2. Los enlaces de conexión necesarios para la prestación de los servicios de MCA entre la aeronave y la estación espacial de satélite y entre esta última y tierra no son objeto de regulación de la presente orden, siéndole de aplicación su regulación específica.

Art. 2. Definición de los servicios. Los servicios de comunicaciones móviles a bordo de aeronaves en vuelo, servicios de MCA, son los servicios de comunicaciones electrónicas prestados por un operador, para que los pasajeros de líneas aéreas puedan utilizar las redes de comunicaciones públicas durante el vuelo, sin establecer conexiones directas con las redes móviles terrestres.

Art. 3. Características técnicas de los servicios. Las características técnicas de funcionamiento de los servicios de MCA a bordo de cualquier aeronave serán, a tenor de lo establecido en la Decisión de la Comisión Europea 2008/294/CE, de 7 de abril de 2008, las que se especifican en el anexo a esta orden.

Los servicios de MCA no deberán causar interferencias a otros servicios de radiocomunicaciones autorizados.

Art. 4. Seguridad aérea. La prestación de los servicios de MCA y en especial el uso de terminales a bordo de aeronaves, se efectuará sin perjuicio del cumplimiento de las normas comunitarias y nacionales relativas a la seguridad operacional aérea y de las obligaciones legales derivadas de la normativa comunitaria y nacional sobre seguridad de la aviación civil.

Capítulo II

Prestación de los servicios a bordo de aeronaves matriculadas en España

Art. 5. Prestación del servicio a bordo de aeronaves matriculadas en España. 1. El interesado en la prestación de los servicios de MCA a bordo de aeronaves matriculadas en España deberá, además de estar inscrito en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como operador del servicio MCA, disponer de una concesión administrativa, que se otorgará sin limitación de número, de uso privativo del dominio público radioeléctrico específica para estos servicios.

2. Las concesiones administrativas de uso privativo del dominio público radioeléctrico para la prestación de los servicios de MCA cumplirán las características técnicas establecidas en el anexo de esta orden.

Art. 6. Régimen jurídico de la concesión demanial. El régimen jurídico de la concesión demanial para la prestación de los servicios de MCA está constituido por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, su Reglamento de desarrollo en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, aprobado por RD 863/2008, de 23 de mayo; la Orden ITC/332/2010, de 12 de febrero, por la que se aprueba el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, y el RD 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas y con carácter supletorio; la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, así como las demás normas que resulten de aplicación.

Art. 7. Otorgamiento de la concesión demanial. El procedimiento de otorgamiento de la concesión demanial para la prestación de los servicios de MCA será el establecido en la sección I del capítulo II del título IV del Reglamento de desarrollo de la Ley General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, aprobado por RD 863/2008, de 23 de mayo.

Art. 8. Extinción y revocación de la concesión demanial. 1. La concesión demanial para la prestación de los servicios de MCA se extinguirá y revocará por las causas establecidas en los arts. 27 y 28 del Reglamento de desarrollo de la Ley General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, aprobado por RD 863/2008, de 23 de mayo.

2. En particular, es causa específica de revocación de la concesión demanial cuando el servicio se preste sin cumplir las características técnicas establecidas en el anexo de esta orden.

Art. 9. Obligación de información. El operador que preste los servicios de MCA a bordo de aeronaves matriculadas en España tiene la obligación de remitir a la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones

información actualizada sobre las compañías aéreas a las que pertenezcan las aeronaves en las que presta los servicios de MCA, así como el número total de aeronaves en las que los presta.

Art. 10. Tasas. La concesión demanial para la prestación del servicio MCA devengará la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico establecida en el anexo I, ap. 3, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y sus titulares están obligados también al pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Capítulo III

Prestación de los servicios a bordo de aeronaves no matriculadas en España

Art. 11. Prestación de los servicios a bordo de aeronaves no matriculadas en España. 1. No se requiere autorización alguna de las autoridades españolas para la prestación de los servicios de MCA en espacio aéreo bajo jurisdicción española en aeronaves no matriculadas en España, siempre y cuando se cumplan las características técnicas establecidas en el anexo de esta orden.

2. En el supuesto de que los servicios de MCA se presten en aeronaves matriculadas fuera de la Unión Europea, es necesario adicionalmente que dichos servicios estén registrados de conformidad con las normas pertinentes de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).

3. En todo caso, los operadores que presten los servicios de MCA en espacio aéreo bajo jurisdicción española en aeronaves no matriculadas en España tienen la obligación de remitir a la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones información actualizada sobre las compañías aéreas a las que pertenezcan las aeronaves en las que prestan los servicios de MCA, así como el número total de aeronaves en las que los prestan. [...]

MODELOS DE DECLARACIÓN DE INVERSIONES EXTERIORES

2010/17/Doc.– Resolución de 1 de julio de 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. *BOE*, 13-VII-2010.

RECONOCIMIENTO DE LA CUALIFICACIÓN PROFESIONAL PARA EL EJERCICIO EN ESPAÑA DE LA ACTIVIDAD DE AGENTE DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL A CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA

2010/18/Doc.– Orden ITC/2505/2010, de 22 de septiembre, por la que se regula el reconocimiento de la cualificación profesional para el ejercicio en España de la actividad de agente de la propiedad industrial a ciudadanos de la Unión Europea. *BOE*, 28-IX-2010.

MINISTERIO DE JUSTICIA

PRUEBAS DE APTITUD PARA ACCEDER AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO EN ESPAÑA POR PARTE DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA

2010/19/Doc.– Resolución de 14 de octubre de 2010, de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, por la que se convocan las pruebas de aptitud para acceder al

ejercicio de la profesión de Abogado en España por parte de ciudadanos de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. BOE, 29-X-2010.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

AMPLIACIÓN DE UN AÑO DEL PLAZO PARA EJERCER EL DERECHO DE OPTAR A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA RECOGIDO EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA DE LA LEY 52/2007, DE 26 DE DICIEMBRE

2010/20/Doc.— Resolución de 17 de marzo de 2010, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de enero de 2010, por el que se amplía un año el plazo para ejercer el derecho de optar a la nacionalidad española recogido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. BOE, 24-III-2010.

El Consejo de Ministros, en su reunión del día 22 de enero de 2010 [...] ha adoptado un Acuerdo por el que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. [...].

ANEXO

Acuerdo por el que se amplía un año el plazo para ejercer el derecho de optar a la nacionalidad española recogido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura

De acuerdo con las previsiones del ap. 1 de la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, el Consejo de Ministros podrá, por acuerdo, prorrogar por un tercer año el plazo de dos años previsto para el ejercicio del derecho a optar a la nacionalidad española de origen que dicha Disposición Adicional reconoce a las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.

En la disposición final segunda de la Ley 52/2007 se establece que la disposición adicional séptima entrará en vigor al año de la publicación de la Ley, por lo que el plazo inicialmente previsto para su vigencia termina el 27 de diciembre de 2010.

La aplicación de la disposición adicional séptima implica a las Oficinas del Registro Civil, existiendo una incidencia muy importante sobre las Oficinas del Registro Civil Consular.

Las Oficinas del Registro Civil Consular han recibido 161.463 solicitudes de opción a la nacionalidad española de origen durante el primer año de vigencia de la disposición adicional séptima. De éstas, 154.327 solicitudes, el 95,5% del total, se ha recibido en Oficinas del Registro Civil Consular de las Embajadas y Consulados Generales de España en Iberoamérica y en el Consulado General de España en Miami.

Estas Oficinas del Registro Civil Consular en Iberoamérica y Miami han sido reforzadas con medios humanos, materiales y técnicos y dotadas de un sistema informático de cita previa para poder atender a los ciudadanos que deseen ejercer el derecho de opción a la nacionalidad española de origen. Han concedido un total de 258.195 citas en el primer año de vigencia de la disposición adicional séptima lo que, dado el ritmo sostenido de solicitudes presentadas a lo largo del primer año, se puede cifrar en 520.000 el número de citas que se soliciten en los dos primeros años de vigencia de la citada Disposición Adicio-

nal, muy por encima de las 310.000 solicitudes que se prevé que pueden ser atendidas en esos dos primeros años.

Concretamente, los Consulados Generales de España en Argentina y en Cuba, que suman el 56% del total de las solicitudes de opción a la nacionalidad española de origen presentadas en todo el mundo, han visto agotadas, ya en el primer año, todas las citas previstas para los dos años de vigencia de la disposición adicional séptima y los principales Consulados Generales de España en Iberoamérica y el Consulado General de España en Miami agotarán su capacidad de atender solicitudes a partir del primer cuatrimestre de 2010, por lo que está empezando a ser necesario embolsar las nuevas solicitudes de cita, dejándolas pendientes de asignación de fecha.

Los refuerzos en la dotación de las Oficinas del Registro Civil Consular y una importante campaña de información, han permitido el inicio y un desarrollo satisfactorio de la aplicación de la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007. Sin embargo, se ha comprobado que el elevado número de solicitudes presentadas en Iberoamérica va a desbordar la capacidad de las Oficinas Consulares y podría hacer imposible atender todas las solicitudes de opción a la nacionalidad española de origen que se presenten en los dos años inicialmente previstos para la vigencia de la disposición adicional séptima.

En consecuencia, el seguimiento de la aplicación de la Disposición Adicional Séptima en el extranjero, durante su primer año de vigencia, demuestra la necesidad de usar la facultad que la misma otorga al Consejo de Ministros de prorrogar en un año el plazo de dos previsto en la misma para optar a la nacionalidad española, de tal forma que se puedan atender todas las solicitudes de cita ya presentadas y pendientes de asignación de fecha, así como todas las solicitudes que se presenten y que no puedan ser atendidas en los dos primeros años de aplicación inicialmente previstos en la Ley 52/2007.

Por ello, a propuesta de la Ministra de la Presidencia, del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y del Ministro de Justicia, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 22 de enero de 2010, acuerda:

Prorrogar en un año el plazo para optar a la nacionalidad española por opción previsto en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

PROCEDIMIENTO PARA AUTORIZAR LA RESIDENCIA TEMPORAL DE MENORES DE ORIGEN SAHARAUI EN ESPAÑA EN EL MARCO DEL PROGRAMA “VACACIONES EN PAZ 2010”

2010/21/Doc.— Resolución de 14 de mayo de 2010, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2010, por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia temporal de menores de origen saharauí en España en el marco del Programa “Vacaciones en Paz 2010” (BOE, 18-V-2010).

NOTICIAS

CONSTITUCION DEL FORO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Durante las jornadas del V Seminario internacional de Derecho Internacional privado (*Tendencias en la evolución del Derecho internacional Privado*), celebradas en Madrid los días 24 y 25 de marzo de 2011, se propuso formalmente la constitución de un Foro español de especialistas en la materia. Se constató que otros países de nuestro entorno como Francia a través del *Comité français de Droit international privé*, Alemania a través del *Deutscher Rat für IPR* y Holanda por medio del *Nederland's Standing Committee on Private International law* cuentan con foros de debate que permiten al colectivo de profesores y profesionales que trabajan en el ámbito del Derecho internacional privado tomar posición respecto a las principales cuestiones que afectan al desarrollo de la materia y hacer llegar de manera articulada tales posiciones a las autoridades y a la opinión pública. Ello permite contribuir de una manera más eficaz que a través del trabajo académico individual a la mejora del Derecho internacional privado en los respectivos sistemas nacionales.

En las mismas Jornadas se nombró a un Comité formado por los Profesores Santiago Álvarez González (Universidad de Santiago de Compostela), Juanjo Álvarez Rubio (Universidad del País Vasco), Pedro de Miguel Asensio (Universidad Complutense de Madrid), Andrés Rodríguez Benot (Universidad Pablo Olavide), Rafael Arenas García (Universidad Autónoma de Barcelona) y Cristina González Beilfuss (Universidad de Barcelona), encargado de estudiar la propuesta y elaborar unas reglas de funcionamiento del foro que permitan ponerlo en funcionamiento.

Una vez estudiados los estatutos de las organizaciones existentes en países de nuestro entorno anteriormente mencionadas, los citados profesores han decidido elaborar unas reglas de funcionamiento básicas que permitan iniciar la andadura del que se ha venido a denominar FORO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (FEDIP), que se reproducen a continuación. Estas reglas posiblemente necesitarán ser complementadas por otras reglas más específicas, una vez se clarifiquen los métodos de trabajo del foro y se concrete el proceso de toma de decisiones. Teniendo en cuenta las condiciones actuales y habida cuenta de las posibilidades que ofrece la tecnología de la comunicación se promoverá el trabajo en red y la participación de todos los Catedráticos y Profesores Titulares de Universidad del área. También se prevé dar cabida a las opiniones de otros profesionales de solvencia contrastada.

REGLAS DE FUNCIONAMIENTO DEL FORO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Art. 1. El Foro español de Derecho internacional privado (FEDIP) tiene como propósito establecer y mantener un contacto permanente entre juristas especializados en el estudio del Derecho internacional privado y contribuir a la mejora y desarrollo del Derecho internacional privado en España.

Art. 2. Formarán parte del Foro los Catedráticos y Profesores Titulares de Derecho internacional privado de las Universidades españolas que así lo soliciten al Comité Ejecutivo.

Art. 3. Pueden asimismo formar parte del Foro otros juristas especializados en Derecho internacional privado que demuestren una competencia profesional indiscutida. Las candidaturas serán propuestas por al menos dos miembros del Foro y aprobadas por su Comité ejecutivo.

Art. 4. El Comité ejecutivo estará formado por siete personas elegidas por la Asamblea General entre los miembros del Foro. El mandato como miembro del Comité Ejecutivo tendrá una duración de cuatro

años. La condición de miembro del Comité ejecutivo no podrá prolongarse más de ocho años consecutivos. Los miembros de Comité ejecutivo elegirán entre ellos un presidente.

Art. 5. El FEDIP se reunirá en Asamblea General, cada dos años. La fecha y el lugar de celebración de la Asamblea General se comunicarán a los miembros del Foro con al menos dos meses de antelación.

Art. 6. El Comité ejecutivo tendrá como función impulsar el debate y transmitir los documentos de trabajo del foro a la sociedad y a los organismos competentes.

SEMINARIO “BRUSELAS I: LA REFORMA DE LA LITIGACIÓN INTERNACIONAL EN EUROPA”

Durante los días 15 y 16 de marzo de 2010 se celebró en Madrid un seminario, organizado por el Ministerio de Justicia dentro de los actos de la presidencia española de la Unión Europea, junto con la Comisión europea y el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, que tuvo como objetivo avanzar en la eliminación de obstáculos para el refuerzo de la cooperación judicial directa, en lo que se refiere a la competencia judicial y al reconocimiento de la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil. El ministro de Justicia, Francisco Caamaño, destacó, en la inauguración, que la libre circulación de sentencias y documentos públicos sobre mercancías, personas, servicios y capitales es “un instrumento de política económica y un medio para avanzar en la creación de un espacio judicial europeo”. En el acto inaugural también intervinieron la comisaria europea, Viviane Reding, y el decano del Colegio de Abogados de Madrid, Antonio Hernández-Gil. En el seminario participaron 38 expertos, representantes de los países miembros de la UE, que se enfrentaron a rúbricas de gran importancia como la eventual eliminación del *execuatur*, la elección de foro, la litispendencia, acciones colectivas y acciones conexas, la propiedad intelectual y el Reglamento Bruselas I y el orden legal internacional. En este último apartado bajo la presidencia del Catedrático de la Universidad de Ginebra Andreas Bucher se desarrolló una sesión dedicada a las relaciones entre este último instrumento y el arbitraje se produjeron intervenciones de José María Alonso (Garrigues, Madrid), Sir Anthony Colman (Juez del Tribunal de Comercio del Reino Unido, jubilado), Klaus Reichert (Brick Court Chambers, Londres) y Pavel Simon (Juez Presidente de la Sala de lo Civil de Cheb, República Checa). Las conclusiones de este importante seminario corrieron a cargo de Karen Vandekerckhove de la Comisión Europea y de Rafael Gil Nievas, Consejero de Justicia en la Representación Permanente de España ante la UE.

JORNADAS DE PALMA DE MALLORCA SOBRE EL TRATADO DE LISBOA, DE ESPECIAL INTERÉS PARA EL ESPACIO DE LIBERTAD SEGURIDAD Y JUSTICIA

El 29 de abril de 2010 tuvo lugar, en Palma de Mallorca, la primera sesión de las Jornadas “El Tratado de Lisboa: la última etapa en la evolución de la Unión Europea”. Los organizadores de las Jornadas eran el Instituto de Estudios Autonómicos del Gobierno balear, la Universidad de las Islas Baleares, la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la Unión Europea, el Centro Balears Europa y Europe direct Mallorca. Los organizadores contaron con la valiosa colaboración del Colegio de Abogados de las Islas Baleares, en cuya sala de actos tuvo lugar el evento.

La primera de las mesas redondas trató del significado del Tratado de Lisboa en el proceso de integración europea, y especialmente de la nueva arquitectura jurídica e institucional. La profesora Rosario Huesa Vinaixa, catedrática de Derecho internacional público de la Universidad de las Islas Baleares, hizo una presentación general del nuevo Tratado y de su contexto, haciendo un especial énfasis en la comparación con su antecedente inmediato, el fallido Tratado constitucional. A continuación, el Dr.

Javier Díez-Hochleitner, catedrático de Derecho internacional público de la Universidad Autónoma de Madrid, se centró en la distribución de competencias entre la UE y los Estados, tal como se ha recogido en el nuevo Tratado, e hizo una especial referencia a la capacidad de la UE para concluir acuerdos internacionales con terceros Estados, sobre la base de la llamada competencia externa implícita. Finalmente, el profesor Antonio Fernández Tomás, catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Castilla-La Mancha, disertó sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Aunque puso de relieve que el nuevo Tratado dota a este instrumento de un carácter jurídico vinculante, planteó una visión crítica del resultado obtenido, destacando las importantes limitaciones en su ámbito de aplicación y el régimen especial de exclusión que se aplica a algún Estado miembro.

La segunda mesa trató del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ). La primera intervención, a cargo del profesor Luí Garau Juaneda, catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de las Islas Baleares, se centró en el tema de la inmigración de los nacionales de terceros países en la UE. Hizo un balance de las principales iniciativas y medidas adoptadas hasta la fecha, sobre la base del Título IV del Tratado de la Comunidad Europea, y puso de relieve las innovaciones que, en este tema, puede suponer el nuevo Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y las medidas que podrían adoptarse en el futuro. A continuación, quien estas líneas suscribe trató de la cooperación judicial en materia civil. Esta intervención se centró en las diferencias entre el antiguo art. 65 TCE y el actual art. 81 TFUE, y en las diversas aplicaciones del principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y extrajudiciales, que ahora aparece de manera expresa en el art. 81 TFUE. En este punto, se apuntaron los problemas que, desde la perspectiva de los derechos de defensa, puede plantear una supresión generalizada –o al menos muy extensa– de los procedimientos de ejecución. También se trató de la posibilidad de recurrir al mecanismo de “cooperación reforzada”, como se ha hecho en el caso del Reglamento sobre ley aplicable a la separación y al divorcio, entonces en fase de propuesta. Cerró el turno de intervenciones el Dr. Francisco Fonseca Morillo, Director de la Oficina de la Comisión Europea en Madrid. El Dr. Fonseca, que como es preceptivo hizo la advertencia de que hablaba exclusivamente a título personal, y de que las opiniones expresadas no representaban la posición de la institución en la que presta sus servicios, trató de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial. Destacó que la “comunitarización” de la cooperación penal supone un paso muy significativo, habló de las iniciativas adoptadas hasta la fecha y de los problemas que plantea la adopción y aplicación de los instrumentos legales en esta materia. Insistió en la necesidad de desarrollar una confianza mutua entre las autoridades judiciales y policiales de los distintos Estados miembros y, finalmente, trató de Eurojust y de las perspectivas de creación de una fiscalía europea.

En conclusión, fue una jornada muy interesante, que proporcionó una ocasión para el debate entre los intervinientes y el público asistente, en un entorno que se benefició de la eficacia y amabilidad de los organizadores y, en este punto, es de justicia hacer una mención muy especial a los profesores Luí Garau Juaneda y Joan David Janer Torrens. **Miguel Gardeñes Santiago** (Universitat Autònoma de Barcelona).

CONGRESO LATINOAMERICANO Y CARIBEÑO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (LA HABANA, JUNIO, 2010)

Durante los días 24, 25 y 26 de junio de 2010 se desarrolló en La Habana, Cuba, el *Congreso Latinoamericano y Caribeño de Arbitraje Comercial Internacional* que sesionó en el Hotel Meliá Habana de esta capital. El evento, al que asistieron unos 150 delegados de numerosos países de la región junto a representantes de España, Francia, Italia y del continente africano, fue convocado por La Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional (CCACI), adscrita a la Cámara de Comercio de la República de Cuba y contó con el auspicio de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC), la Asociación ACP Legal, la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC) y la Asociación de Juristas Franco-Latinoamericanos “Andrés Bello”.

Este evento tuvo como objetivos promover las relaciones entre los operadores del comercio internacional y las organizaciones de apoyo al comercio de los países Latinoamericanos y Caribeños, estrechar los vínculos con las Cortes de Arbitraje del área y contribuir a la armonización del Derecho Mercantil en Latinoamérica y el Caribe en materia de solución de diferencias en el comercio internacional y la inversión extranjera. Con este fin las temáticas debatidas fueron: "Los procesos inversionista-Estado y el examen crítico del CIADI", "Orden Público y límites a la autonomía y la arbitrabilidad", "La prueba en el arbitraje", "Derecho aplicable y *Lex Mercatoria*", "Medidas cautelares", "Anulación del laudo arbitral", "Desarrollo y experiencias de la OHADAC y la Armonización del Derecho Mercantil en materia de Arbitraje", "Exigencias éticas del arbitraje", entre otras.

Entre los delegados se encontraba la Ministra de Defensa Legal de Bolivia. Estuvieron presentes también importantes figuras del arbitraje internacional, árbitros, abogados de bufetes especializados, hombres de negocios, diplomáticos y como parte de la delegación cubana, además, profesores universitarios, jefes jurídicos de organismos, representantes de grupos empresariales y entidades del comercio exterior y la inversión extranjera, así como de los tribunales.

La jornada final de este congreso arrancó con un recorrido pormenorizado de los elementos esenciales de la ética del árbitro realizado por el Dr. Fernández Rozas al referirse a los principios reglamentarios de esta ética, los deberes del árbitro, la confidencialidad en el arbitraje, la disponibilidad de los árbitros y la repercusión en el laudo arbitral del quebrantamiento de esos valores éticos. Sixto Sánchez Lorenzo quien tuvo a su cargo la clausura del evento resumió este congreso con tres palabras: *eficiencia, excelencia y cordialidad*. Sobre este último elemento afirmó que el congreso había sido un ejemplo de cómo se puede dialogar en la diversidad y defender posturas diferentes en un clima de respeto.

La lectura de la declaración del congreso sirvió de colofón a estas tres intensas jornadas de trabajo. Los participantes al evento acordaron: Apoyar la promoción del Proyecto de Organización para la Armonización del Derecho mercantil del Caribe (OHADAC), Convocar a los países del entorno latinoamericano y caribeño a sumarse a esta iniciativa, Solicitar a la OHADAC la promoción y diseño de un sistema de arbitraje comercial internacional institucional moderno, eficiente y justo, Promocionar en el ámbito caribeño los estudios de Derecho comparado, Proponer a la OHADAC la introducción en su agenda de un catálogo de materias de Derecho sustantivo a armonizar y finalmente promover una cooperación leal que haga factible la armonización jurídica con el objetivo de promocionar el progreso y el crecimiento económico de los países de la región.

Las palabras finales del Ministro de Comercio Exterior y la Inversión Extranjera de la República de Cuba Rodrigo Marmierca, honraron la clausura de este evento (**Mariela Patterson Hernández**).

PANEL SOBRE LAS POLÍTICAS LEGISLATIVAS Y PRÁCTICAS JUDICIALES ANTE LAS NORMAS DE ESTATUTO PERSONAL PROCEDENTES DEL MUNDO ÁRABE, EN EL MARCO DEL CONGRESO INTERNACIONAL WOCMES BARCELONA 2010

Entre los días 19 y 24 de julio el campus de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB) acogió un acontecimiento de singular importancia: el congreso internacional *World Congress for Middle Eastern Studies* (WOCMES) Barcelona 2010, congreso que contó con más de 2700 participantes de las más diversas disciplinas y procedencias geográficas. Destaca también la amplitud y variedad de ámbitos tratados, siempre en el contexto específico de las cuestiones relativas a Oriente Medio y África del Norte: los aspectos políticos y económicos, el medio ambiente, la literatura, la historia, las cuestiones de género, las cuestiones religiosas, la planificación urbanística, la creación artística contemporánea y las identidades. Da una idea de la magnitud del evento el gran número de sesiones académicas que tuvieron lugar en distintos lugares del campus. Se responsabilizó de la organización el *Institut Europeu de la Mediterrània* (IEMed).

Evidentemente, no es éste el lugar apropiado para dar cuenta del conjunto de las diversas sesiones que encontraron cobijo en el congreso WOCMES de 2010, por lo que nos limitaremos a algún aspecto de especial interés para el Derecho internacional privado. En concreto, nos limitaremos a dar cuenta del panel “*Politiques législatives et pratiques judiciaires face à des normes de statut personnel en provenance du monde arabe*”, que tuvo lugar durante la tarde del día 20 de julio, y en el que quien estas líneas suscribe tuvo la fortuna de poder participar. Pero, antes de explicar el contenido y desarrollo del panel, vale la pena hacer una breve referencia al proyecto de investigación que constituye su antecedente. Se trata del proyecto “*Politiques législatives et pratiques judiciaires du statut personnel: la référence à l’ordre public comme standard de régulation et révélateur de conflits de valeurs dans les relations avec les pays arabo-musulmans*”, financiado por la *Mission de Recherche Droit et Justice*, ente público constituido a iniciativa conjunta del Ministerio de Justicia francés y del *Centre Nationale de la Recherche Scientifique*, y que fue encomendado al *Institut de Recherche pour le Développement* (IRD). Participamos en él juristas procedentes de países de ambos lados del Mediterráneo, lo que garantizaba una complementariedad de visiones sobre los problemas de estatuto personal y Derecho de familia en el contexto de las relaciones euromediterráneas. El objeto del proyecto era el de analizar el tratamiento de las normas e instituciones de Derecho de familia de determinados Estados de tradición musulmana por parte de los jueces de determinados Estados europeos. Entonces, las contribuciones de los participantes procedentes de los Estados europeos se centraban esencialmente en los aspectos de Derecho internacional privado y de aplicación de determinados ordenamientos extranjeros. En cambio, las aportaciones de los colegas de los países de tradición islámica se centraban, no únicamente en los aspectos de Derecho internacional privado, sino también en las instituciones de Derecho material de sus respectivos países, a fin de contribuir a su mejor conocimiento por los juristas europeos.

El panel, organizado por la profesora Marta Poblet, investigadora del Instituto de Derecho y Tecnología de la UAB, fue presidido por la profesora Blanca Vilà Costa, catedrática de Derecho internacional privado de la UAB y Directora del *Institut Universitari d’Estudis Europeus*, sito en el propio campus de la UAB. La primera de las intervenciones corrió a cargo de Baudouin Dupret y de Nathalie Bernard-Maugiron (CNRS e IRD). Su título era “*La référence à l’ordre public comme standard de régulation et révélateur de conflits de valeurs dans les relations avec les pays arabo-musulmans*”, y en ella se presentaron los principales resultados de la investigación llevada a cabo en el marco del proyecto antes mencionado. En concreto, se expusieron las principales conclusiones respecto al *statu quo* legislativo y a la práctica judicial de tres países europeos (Francia, España y Bélgica) con respecto a las normas de estatuto personal y familiar de los países de tradición musulmana contemplados en el proyecto, a saber, Marruecos, Egipto y Túnez. La segunda intervención fue la de Monia Benjemia, profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas de Túnez, cuyo título era “*L’ordre public international tunisien dans les relations familiales*”. Su interesante ponencia arrojó una importante luz sobre los principios, la legislación y la jurisprudencia de dicho país, en particular en los supuestos de carácter transnacional. También fue de gran interés la intervención de Karim El Chazli, doctorando en la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne, quien centró su atención en el sistema legal y la práctica judicial de Egipto. La siguiente intervención corrió a cargo del firmante de esta crónica, y llevaba por título “*Règles et jurisprudence espagnoles en matière de droit international privé de la famille*”. Esencialmente, trataba de la práctica jurisprudencial española en los supuestos en que ha tenido ocasión de aplicar normas de estatuto personal originarias de países de tradición musulmana, especialmente en el contexto de los litigios derivados de una crisis matrimonial. Cerró el turno de intervenciones la presentación de la profesora Marta Poblet titulada “*La formation, accès et application du droit étranger par les juges et magistrats en Espagne*”. En ella se pretendía abordar, desde un punto de vista eminentemente sociológico, el *modus operandi* de los jueces españoles en los supuestos en que se plantea la aplicación de los ordenamientos de los países considerados en el proyecto, y cómo acceden los jueces a las normas de dichos países. A este respecto, analizó también, además de los recursos de los que dispone la magistratura, las estrategias y métodos de formación de jueces. El panel, que contó con una notable asistencia, terminó con un interesante debate.

En definitiva, tanto el panel objeto de esta crónica como el proyecto del que trae causa constituyeron una excelente ocasión para poner en contacto visiones complementarias, desde ambas orillas del Medite-

rráneo, de las cuestiones de estatuto personal y familiar que suscita la movilidad transnacional de personas. **Miguel Gardeñes Santiago** (Universitat Autònoma de Barcelona).

PRIMER CURSO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE COMERCIAL Y DE INVERSIONES (PANAMÁ, OCTUBRE 2010)

Organizado por el Departamento de Derecho Internacional Público y y de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid y del Estudio Jurídico Araúz de Panamá y el patrocinio de la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarios de Buques (España), el Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN) del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo (Madrid) y la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (Madrid), se impartió en Panamá, bajo la dirección académica del Profesor José Carlos Fernández Rozas, el “Primer curso internacional de arbitraje comercial y de inversiones” durante el mes de octubre 2010, aunque la conferencia inaugural fue pronunciada durante el mes de junio por el árbitro español Bernardo Cremades (“La participación de los Estados en el arbitraje internacional”). La finalidad del dicho curso de capacitación fue la formación de profesionales expertos arbitraje comercial y de inversiones en uno de los países de América Latina más pujantes en el desempeño del arbitraje. Una materia novedosa y compleja que precisa continua y renovada especialización y, sobre todo, la aportación directa de los operadores jurídicos que se dedican a estos menesteres, dado su carácter eminentemente práctico. Tanto en sus ámbitos institucionales (la existencia misma del arbitraje y las relaciones con la jurisdicción estatal), como en sus desarrollos internos (el procedimiento), como externos (la eficacia de los laudos), el profesional dedicado a este campo necesita un conjunto sólido de conocimientos de carácter interdisciplinar que le ayuden a enfrentar las diferentes fases de un arbitraje y su eficiencia posterior. Esto es, el perfecto conocimiento del sistema que habilite a llegar a la solución final del asunto, tanto como profesional de parte en el asesoramiento de sus clientes y su eventual defensa ante árbitros, como en el ejercicio de la función arbitral, como, por ultimo, en las relaciones con la jurisdicción a propósito de la ejecución de los laudos o de su eventual anulación.

El curso, que tuvo presente en momento el carácter plural de las instituciones administradoras del arbitraje comercial y de inversiones, se desarrolló en un apretado horario a lo largo de dos semanas donde la exposición de los temas abordados en un programa esencialmente práctico fue acompañada de conferencias magistrales a cargo de los profesionales de reconocidos prestigio y representantes cualificados de las Cortes de Arbitraje más importantes del mundo. Dentro de las conferencias de acompañamiento, algunas de las cuales figuran en el presente número de esta Revista, figuraron Gilberto Boutin, Catedrático de Derecho internacional privado y Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá (“El arbitraje comercial en Panamá: nuevas perspectivas tras las reformas de la Ley nº 15 de 22 de mayo de 2006”), Bertrand Ancel, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de París II-Assas (“L’arbitrage international commercial au pays des lumières”), José Miguel Serrano Ruíz Calderón, Director académico del Instituto de Estudios Bursátiles (“Principios éticos del arbitraje comercial internacional”), Adan Arnulfo Arjona López, Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá (“Relaciones entre jueces y árbitros en el sistema panameño”), Jazmina Rovi Sánchez, Socia de Morgan & Morgan, Panamá (“Arbitraje *versus* jurisdicción en el arbitraje marítimo panameño”), Dra. Margie-Lys Jaime de Panama (“El arbitraje ante el CIADI”), Luis Martinez, Consejero de la AAA (“El arbitraje comercial internacional administrado por la *American Arbitration Association*”), Anabella Padilla, Magistrada del Tribunal de Contrataciones Públicas de Panamá (“Los tratados de promoción y protección reciproca de inversiones y el arbitraje comercial internacional”), Rodolfo Dávalos Fernández, Profesor Principal de Derecho mercantil y de Derecho internacional privado de la Universidad de La Habana y Presidente de la Corte Cubana de Arbitraje (“La proyectada Corte de Arbitraje de la Ohadac”), Pedro Martínez Fraga, Squire, Sanders & Dempsey de Miami (“La fase probatoria en el proceso arbitral”), Gonzalo Stampa Casas, Moscardó & Stampa, Abogados y Consejero del CIAMEN (“*Discovery* arbitral: un efecto de la mundialización en el Derecho arbitral”), Judd L.

Kessler, Partner at Porter Wright Morris & Arthur's de Washington y Miembro del Comité de Arbitraje de los Estados Unidos en la Cámara Internacional de Comercio (ICC) ("La prueba de daños en el arbitraje internacional"), Manuel Garayo de Orbe, Abogado del Estado y Director de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje ("La administración del arbitraje en el Centro Civil y Mercantil de Arbitraje"), Andrés Rigo Sureda, Antiguo asesor jurídico adjunto del Banco Mundial y Árbitro internacional ("La noción de inversión en los arbitrajes ante el CIADI"), Jorge Molina Mendoza, socio de ICACA, González-Ruiz & Aleman ("Anulación de laudos arbitrales en Panamá"), y Leonel Pereznieta Castro, Profesor de Carrera de la UNAM. Investigador Nacional Nivel III. Consultor en el Despacho Jáuregui, Navarrete y Nader, S.C. de México) ("Procedencia del executur de un laudo extranjero anulado en el país de origen").

Los alumnos dispusieron de los textos y materiales legislativos y jurisprudenciales para la preparación del caso práctico y el seguimiento de las clases y el texto escrito de las lecciones impartidas. Tras la realización del caso práctico simulado, los alumnos contestaron a un cuestionario relativo al seguimiento del curso que les hizo acreedores del correspondiente certificado de capacitación. **Darío Sandoval.**

JORNADA SOBRE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL (FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA, 21 DE OCTUBRE DE 2010)

El 21 de octubre de 2010, la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona y el Centro para la Investigación del derecho y Desarrollo Inmobiliario y Mercantil –CIDDRIM– organizaron una Jornada sobre arbitraje nacional e internacional. La Jornada, que tuvo lugar en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la UB, estuvo dirigida por el catedrático Dr. Alfonso Hernández Moreno y contó con la participación del Presidente del TAB, Sr. Jesús M. de Alfonso, el Presidente de la Associació de Foment de l'Arbitratge, Sr. R. Mullerat, entre otros. La intervención representante del TAB se centró en glosar las significativas oportunidades profesionales que presenta el arbitraje y el momento actual por el que pasa. También aprovechó la ocasión para destacar que las facultades de Derecho todavía no dedican la misma atención a la formación en métodos alternativos para la resolución de conflictos -entre los que se encuentra el arbitraje de Derecho privado-. Esta situación provoca que la aproximación hacia este instituto contractual se haga de manera confusa. En este sentido concluyó destacando la necesidad de organizar cursos de postgrado en esta materia. No son pocos los que creen que en el arbitraje rige la LEC. Jesús de Alfonso declaró "el arbitraje para desplegar todas sus ventajas, debe de estar alejado todo lo posible de la Ley de Enjuiciamiento Civil -aunque no de sus principios- y de la inmisión de los Tribunales de Justicia." El TAB participará, a través de dos de sus miembros de la Junta de Gobierno, en el Postgrado de "Arbitraje y conciliación" que el Catedrático Dr. Quim Forner Delaygua de la propia Facultad de Derecho organiza en 2011 y codirige con el Dr. Hernandez Moreno

SEMINARIO INTERNO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO "JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS" (CURSO 2010/2011)

El Seminario interno de Derecho internacional privado Julio D. González Campos se viene desarrollando de forma más o menos continuada desde 2003. Anteriormente hubo también algunas sesiones pero sin el carácter periódico que se ha pretendido dar desde entonces. Su objetivo es crear un espacio para compartir trabajos en distintas fases de elaboración para su exposición, debate y análisis por el resto de participantes. En este sentido, si bien, en principio, estaba dirigido a profesores de Derecho internacional privado también se ha ido abriendo a la participación de profesores de otras áreas de conocimien-

to, abogados, notarios, registradores... y alumnos de tercer ciclo. La organización corre a cargo del Área de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid si bien en el presente curso se ha iniciado la colaboración con el Departamento de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense y con el Área de Derecho internacional privado de la Universidad Rey Juan Carlos. Ello, sin duda, redundará en la creación de este entorno para el debate. En la actualidad, la coordinación del mismo está a cargo de la profesora María Jesús Elvira Benayas (UAM) con el apoyo incondicional del resto de compañeros de la UAM, la Universidad Complutense, UNED y Rey Juan Carlos, entre otros.

Las sesiones del Seminario para el curso 2010/2011 se iniciaron tempranamente con una sesión extraordinaria del mismo, el 25 de septiembre de 2010, en la que intervino el profesor Trevor C. Hartley quien impartió una sesión magistral sobre "El Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro". Esta sesión se organizó conjuntamente con la Universidad Rey Juan Carlos. Dentro del calendario ordinario de sesiones, la conferencia inaugural el curso tuvo lugar el 6 de octubre a cargo de la profesora Alegría Borrás bajo el título "La interacción de instrumentos europeos y de la Conferencia de La Haya en materia de Derecho internacional privado. La siguiente sesión, celebrada el 19 de noviembre, estuvo a cargo de Dña. Ana Fernández-Tresguerres quien disertó sobre la "Incidencia en el ordenamiento jurídico español del futuro Reglamento comunitario sobre sucesiones por causa de muerte". El 10 de diciembre de 2010 el profesor Juan José Álvarez Rubio intervino con una conferencia sobre "El nuevo escenario normativo de los conflictos internos en España". Ya en 2011 tuvieron lugar dos sesiones, una por el profesor Rafael Arenas y otra por el profesor Manuel Desantes, de las que daremos cuenta en el próximo Anuario.

JORNADA SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN EN EL MARCO PLURILEGISLATIVO ESPAÑOL Y EUROPEO

En conmemoración del 50 aniversario de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña el 2 de diciembre de 2010 tuvo lugar en la Universidad Pompeu Fabra una Jornada de estudio y debate sobre "La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo" con la finalidad de atender a los retos que tiene formulados el Derecho civil catalán en el marco español y europeo. Se trata de dos marcos legislativos que presentan un rasgo común, a saber, la presencia de un legislador "ajeno" encargado de determinar cuándo el Derecho civil catalán es aplicable. Se trataba pues de analizar las consecuencias que tiene en particular para la determinación de la aplicación del Derecho civil catalán, el hecho que el legislador competente sea el legislador estatal y/o el europeo.

La Jornada, cuyo resultado será fruto de una publicación, permitió contrastar diferentes perspectivas y posiciones que contribuyen a decantar diferentes soluciones a un sistema que va camino de quedar completamente superado. Así, Elena Zabalo presentó el sistema español de Derecho interregional, como pórtico ineludible para efectuar este análisis, poniendo de relieve los distintos aspectos que pueden condicionar la aplicación de los Derechos civiles coexistentes en España. Particularmente interesantes fueron sus reflexiones sobre el alcance de la remisión del art. 16.1º Cc, siendo éste un tema que varios ponentes tuvieron en cuenta dado que mantener un Derecho interterritorial frente al Derecho internacional privado europeo cuestiona el fundamento sobre el que se ha asentado hasta ahora el sistema, que ha venido cumpliendo una doble función *ad intra* y *ad extra*. La vecindad civil, auténtica piedra de toque del sistema de Derecho interregional actualmente vigente, fue analizada por Esperanza Ginebra planteando su eventual reforma como punto de conexión y presentando alternativas. Tal como se puso de relieve, la litigiosidad que genera el establecimiento y fijación de la vecindad civil no es ajena a la oportunidad de una reforma. Rafael Arenas expuso la incidencia que tiene sobre el marco plurilegislativo español el principio de unidad de jurisdicción, vinculándolos al principio de unidad del ordenamiento y a la unidad del sistema de derecho interterritorial. La correlación *forum-ius* presenta unas coordenadas propias y singulares en un ordenamiento plurilegislativo como el español de forma que el propio Dere-

cho es en España tanto el Derecho civil estatal como cualquier otro Derecho civil español. Correlativamente, esta "jurisdicción del ordenamiento español" está vinculada a todos los Derechos civiles coexistentes en España y no puede ser, por tanto, jurisdicción catalana, aragonesa, ni estatal (entendida como jurisdicción vinculada exclusivamente al Derecho adoptado por el legislador estatal, al Estado central). Consiguientemente ello implica unidad en la organización jurisdiccional y en el sistema de recursos. En el ámbito relativo al sistema de Derecho interterritorial, se defiende su primacía para establecer la vigencia material y a partir de esta consideración analiza las previsiones autonómicas de aplicación territorial. La contribución de Santiago Álvarez puso de manifiesto las dificultades que tiene delimitar los ámbitos personal y territorial del Derecho civil catalán. Así, la eficacia de los derechos civiles autonómicos está particularmente vinculada a una vigencia material que viene definida por el legislador estatal. La solución presentada gira en torno a la necesidad de que se plasme una competencia compartida cooperativa entre los legisladores autonómicos y el legislador estatal. Luis Garau presentó los factores que deberían ser eliminados o reformados en el sistema español de Derecho interregional, tales como la existencia de normas unilaterales autonómicas, las previsiones contenidas en varios Estatutos Estatuto de Autonomía, el encaje o integración de las normas convencionales o comunitarias en el sistema de Derecho interregional o vecindad civil como punto de conexión. Apuntando así lo que deberían ser los principales ejes para la discusión y análisis del actual sistema de resolución de los conflictos de leyes internos. Joaquín Forner abordó un aspecto fundamental que va en la línea de asunción del Derecho civil catalán como Derecho perteneciente a un determinado marco plurilegislativo. Este planteamiento supone, en el fondo, poner de manifiesto que en un contexto plurilegislativo la designación del Derecho español como ley aplicable es insuficiente, tanto en supuestos heterogéneos "normales" como en supuestos anómalos o patológicos, aquellos en que a pesar de que se designe una ley extranjera, se acaba aplicando uno de los Derechos españoles, por efecto del reenvío, de la excepción de orden público o del desconocimiento de la ley extranjera. Por lo tanto es necesario establecer cuál de los Derechos españoles debe ser de aplicación. Ante el silencio legislativo se expusieron argumentos para llegar a una u otra solución. Albert Font se centró en uno de los aspectos que otros ponentes habían apuntado, la incidencia del Derecho internacional privado comunitario sobre el sistema de Derecho interterritorial. Las normas de Derecho internacional privado europeo pueden provocar un auténtico desbaratamiento del sistema de Derecho interregional. La intervención puso de relieve las carencias y/o contradicciones que puede provocar la aplicación de lo que son actualmente las propuestas de Reglamento en materia de sucesiones y en materia de regímenes económicos matrimoniales. Se presentaron varias propuestas para debatir cuál debe ser el sistema para resolver los conflictos de leyes y quien debe adoptar el sistema. Finalmente, el trabajo de Beatriz Añoveros desciende a una institución concreta precipitando consideraciones de carácter general y principal sobre el pacto en previsión de ruptura matrimonial en el ámbito interterritorial. La regulación específica de una materia como ésta no tiene únicamente consecuencias sustantivas, sino que cuestiona las normas de conflicto para la determinación del Derecho aplicable. El estudio presentado nos muestra los efectos que tiene la calificación de este tipo de pactos para la determinación del Derecho aplicable.

CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE ORIENTACIÓN DE LA DOCENCIA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DECLARACIÓN SOBRE SU ENSEÑANZA EN EL ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR

El 21 de enero de 2011 se celebró en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el "Congreso Internacional sobre orientación de la docencia en Derecho internacional privado". Para su organización se constituyó un Consejo de dirección integrado por los profesores Bertrand Ancel (Université Paris II Assas), Alegría Borrás (Universidad de Barcelona), José Carlos Fernández Rozas (UCM) y Pedro A. de Miguel Asensio (UCM). El congreso, que contó con una

notable presencia de profesores españoles y extranjeros, estaba dirigido fundamentalmente a los docentes de la asignatura, motivado principalmente por la gran preocupación generada en torno a la implantación en los estudios de Derecho del denominado Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) y su eventual repercusión en la enseñanza del Derecho internacional privado. Por ello, el objetivo básico del congreso fue el debate y el intercambio de experiencia acerca de los nuevos retos, los planteamientos y las metodologías adecuadas para el nuevo marco, mereciendo especial atención la valoración de lo hecho hasta ahora y el alcance de los cambios que la adaptación al nuevo marco requiere.

La sesión de mañana, que fue presidida por la profesora Alegría Borrás, incluyó tres ponencias. Por una parte, cabe reseñar cómo los ponentes pusieron de relieve cómo muchas de las pretendidas innovaciones que ahora se reclaman como necesarias han formado en realidad desde hace años parte esencial del modo como el Derecho internacional privado se ha enseñado en la mayoría de las Facultades de Derecho españolas, al tiempo que los ponentes se mostró crítico con los elementos de distorsión que la nueva jerga pedagógica que tiende a imponerse en el marco de la adaptación al EEES. En este sentido, cabe destacar el contenido de las ponencias de Rafael Arenas García (Universidad Autónoma de Barcelona), quien disertó sobre “La adaptación de la docencia del Derecho internacional privado al espacio europeo de educación superior: de los conocimientos a las competencias” y de Marta Requejo Isidro (Universidad de Santiago de Compostela) con una ponencia titulada “Métodos tradicionales y alternativos de evaluación para el Derecho internacional privado en el Espacio Europeo de Educación Superior”. Además, Cristina González Beilfuss (Universidad de Barcelona), intervino bajo el título “La europeización de la enseñanza del Derecho internacional privado”, centrándose en valorar los aspectos peculiares que puede plantear la impartición de esta asignatura en inglés y su significado en la formación de los estudiantes.

Se completó la sesión de mañana con seis comunicaciones, que en gran medida vinieron a confirmar en aspectos puntuales el planteamiento crítico expresado por los ponentes en torno a los pretendidos cambios que implica el EEES. En concreto, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos (UCM) trató acerca del “Alcance de los cambios metodológicos de la implantación del EEES”; seguidamente Ángel Espiniella Menéndez (Universidad de Oviedo) abordó la cuestión de la Metodología docente y el trabajo no presencial en Derecho internacional privado. Por su parte, María Font y Mas (Universitat Rovira i Virgili), reflexionó sobre las claves para potenciar el aprendizaje activo y significativo en Derecho internacional privado en el alumnado, insistiendo en la línea de que la retórica y la terminología específica asociada a la implantación del EEES aportan poco en relación con una adecuada docencia del Derecho internacional privado. Julio García López (UCM), valoró algunas de las principales herramientas metodológicas para una enseñanza práctica del Derecho internacional privado, poniendo de relieve como en el marco del EEES necesariamente han de continuar siendo básicos los instrumentos ya utilizados ampliamente en relación con la parte práctica de la docencia de la asignatura. El turno de comunicaciones finalizó con la intervención de Ángeles Lara Aguado (Universidad de Granada), que trató sobre “La función tutorial en el Derecho internacional privado: su reivindicación como estrategia docente”. Tras la ronda de comunicación la sesión de mañana terminó con un enriquecedor debate sobre las cuestiones abordadas durante toda la mañana.

La sesión de tarde, presidida por Pedro de Miguel Asensio, se centró en ofrecer una visión comparada de la situación de la enseñanza del Derecho internacional privado en otros países de nuestro entorno, con especial referencia las perspectivas de futuro. En primer lugar, la profesora Marie-Elodie Ancel, (l'Université Paris Est Créteil Val de Marne, anciennement Paris XII) analizó la experiencia francesa en la enseñanza del Derecho internacional privado, incluyendo su inserción en la organización de los equivalentes a los estudios de grado y master, así como la metodología utilizada en su impartición, explicando los diversos tipos de clases, con especial referencia al significado de las lecciones magistrales y de los llamados trabajos dirigidos. A continuación, la profesora Benedetta Ubertaini (Università di Macerata) hizo lo propio desde la experiencia italiana en la enseñanza del Derecho internacional privado, poniendo de relieve, entre otros aspectos, ciertas deficiencias derivadas de la vinculación –desde la perspectiva de la organización del profesorado– del Derecho internacional privado con el Derecho internacional público y el Derecho de la UE.

Una vez terminadas las ponencias, se iniciaron las comunicaciones de la sesión de tarde. Miguel Ángel Michinel Álvarez (Universidad de Vigo) inició esta parte del congreso abordando una de las novedades asociadas a la implantación de los títulos de grado, como es el trabajo de fin de grado, la importancia que tiene la dirección de éste por el profesorado y los problemas de organización docente que la introducción de esta novedad suscita. Por su parte, el Prof. Dr. Ricardo Rueda Valdivia centró su intervención en la experiencia propia de la Universidad de Granada en la implantación del crédito europeo en la enseñanza del Derecho internacional privado. Por su parte, Mercedes Soto Moya, también desde la perspectiva de la experiencia de la Universidad de Granada, se centró en la enseñanza de postgrado, con una presentación de las características y el modo de funcionamiento del Master propio en Derecho de extranjería de la Universidad de Granada, como experiencia pionera. Posteriormente, Alfredo de Jesús O. presentó una comunicación bajo el título “La enseñanza del Derecho internacional privado frente al paradigma del Derecho transnacional y la pluralidad de fuentes del derecho del comercio”; mientras que, para finalizar con el turno de comunicaciones Elena Rodríguez Pineau (UAM) presentó la experiencia de la docencia del Derecho económico internacional en la Universidad Autónoma de Madrid.

Del conjunto de las ponencias y comunicaciones así como de las intervenciones posteriores en el turno de debate resultó una significativa coincidencia de pareceres acerca de que si bien el debate metodológico abierto por el EEES puede favorecer una reflexión que introduzca elementos de renovación, también va unido a grandes riesgos que puede afectar negativamente a la docencia de esta materia. En concreto, se puso de relieve cómo los riesgos asociados a las pretendidas exigencias de innovación docente sobre la base de criterios pedagógicos abstractos desvinculados de la realidad propia del Derecho internacional privado, unidos además a la expansión de una terminología que crea una innecesaria confusión en torno a las enseñanzas del Derecho. Ante este consenso, el profesor José Carlos Fernández Rozas lanzó la idea de que podría ser oportuna la formulación de una declaración, básicamente con la intervención de los ponentes, que recogiera el sentir común expresado en el congreso. Fruto de esa propuesta es la Declaración que se reproduce íntegramente a continuación. **Clara Isabel Cordero Álvarez** (Universidad Complutense de Madrid).

DECLARACIÓN SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR DE 21 DE ENERO DE 2011

Los profesores de Derecho internacional privado reunidos en el marco del Congreso internacional sobre la orientación de la docencia en Derecho internacional privado celebrado el 21 de enero de 2011 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, manifestamos que:

a innovación docente, entendida como reflexión permanente sobre las mejores técnicas e instrumentos para conseguir un mejor aprendizaje por parte de los estudiantes, es una tarea inexcusable de los profesores universitarios. Entendemos que resulta positivo, por ello, que la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES, proceso de Bolonia) haya reavivado el interés por la renovación en las metodologías docentes.

La enseñanza superior es una tarea que ha de estar reservada a profesores investigadores. Es sustancial a la docencia universitaria ofrecer a los estudiantes la posibilidad de alcanzar el límite del conocimiento humano en cada momento y materia, y esto solamente puede conseguirse si los profesores son, a la vez, investigadores. Por ello consideramos que:

- 1. La participación en la docencia universitaria de profesores no investigadores debe ser siempre auxiliar respecto a la función que ejerzan los investigadores.*
- 2. Los profesores universitarios deben disponer de tiempo y medios suficientes para desarrollar una investigación de calidad. La investigación es un elemento fundamental para una docencia de calidad y no una actividad que se contraponga a ella.*

3. *El profesor universitario no debe asumir, con carácter general, tareas que no le son propias, tales como la orientación académica, profesional y personal de los estudiantes. A lo sumo, como función diferenciada de las tareas propiamente docentes, puede atribuirse a profesores concretos.*

La reflexión sobre la innovación docente debe efectuarse a partir de las concretas materias que se imparten en los diversos planes de estudio. Las consideraciones que se realizan desde una perspectiva abstracta y desvinculada de los contenidos resultan ineficaces. En consecuencia,

1. *Advertimos de los peligros que plantean los estudios y acercamientos realizados por quienes carecen de experiencia práctica en la docencia de cada materia en particular.*

2. *Rechazamos la utilización de terminología artificial cuya utilidad no ha sido contrastada en nuestra disciplina, y que puede forzar a la introducción de modificaciones en la forma de impartir la docencia que no mejoran la ya existente y cargan de tareas burocráticas inútiles a los profesores.*

3. *Señalamos el riesgo que supone toda evaluación de los estudiantes que desconozca que el principal objetivo de dicha evaluación ha de ser la verificación de los conocimientos y competencias adquiridos por los estudiantes e instamos a que los procedimientos de evaluación que se utilicen garanticen un contraste objetivo e individualizado de los conocimientos y competencias adquiridos.*

Hace décadas que algunos profesores de Derecho internacional privado orientaron su docencia no a la mera transmisión de conocimientos, sino también a la adquisición de competencias, tales como la proyección del contenido prescriptivo de las normas sobre las relaciones sociales, la identificación de problemas técnicos y valorativos en la aplicación de las normas, la identificación de las tendencias jurisprudenciales de distintos tribunales, la articulación entre normas y principios en la solución de problemas jurídicos concretos, la consecución práctica de determinados valores a través de la aplicación de normas y principios, la elaboración de dictámenes, la capacidad de análisis y síntesis, la expresión oral y la expresión escrita, etc. La adquisición de estas competencias no solamente constituía el núcleo de la actividad docente, sino que tenía también su reflejo en la evaluación del alumno, sin que el resultado final del proceso de aprendizaje fuera necesariamente de menor calidad que el que es fruto de la utilización de las nuevas metodologías docentes. Por ello,

1. *Reivindicamos el reconocimiento de las prácticas positivas que se venían desarrollando con anterioridad a la implementación del EEES en nuestra disciplina.*

2. *Instamos a los especialistas en Derecho internacional privado a realizar nuevos trabajos y ahondar en la reflexión sobre la renovación de los métodos de enseñanza en nuestra disciplina.*

JORNADAS SOBRE EL DERECHO PRIVADO EUROPEO Y LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES EN ESPA- ÑA. FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD DE GRANADA (27 Y 28 DE ENERO DE 2011)

Los días 27 y 28 de enero de 2011 se celebraron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada las “Jornadas sobre el Derecho privado europeo y la modernización del Derecho de obligaciones en España”, organizadas por el grupo de investigación de Derecho civil “Ossorio Morales”, bajo la dirección del Prof. Dr. K. Jochen Albiez Dohrmann. Las Jornadas, en las que intervinieron profesores de distintas Universidades españolas, tuvieron por objeto el estudio de las cuestiones más importantes de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación. Dicha Propuesta, a pesar de haber visto la luz en enero de 2009, publicada por el Boletín del Ministerio de Justicia, no había tenido un gran eco en los sectores jurídicos ni académicos de nuestro país, siendo escasos los trabajos que se han ocupado de ella. Por esta causa, el objetivo de las Jornadas granadinas, más que el examen de instituciones

concretas de la Propuesta, fue constituir un foro de debate amplio sobre sus líneas maestras, haciendo una lectura europeísta del texto proyectado. Esto es, no se trataba de realizar una visión crítica interna, sino de analizar la influencia del Derecho privado europeo, del Derecho comunitario y de algunos ordenamientos nacionales de nuestro entorno en la Propuesta, desde un punto de vista comparado.

Fueron defendidas veintidós ponencias, organizadas en tres partes. La primera, de carácter general, agrupó cuatro conferencias que analizaron algunos aspectos sistémicos de la incidencia del Derecho privado europeo en la Propuesta de Reforma, con la participación de los profesores J.M. Miquel, J.A. Navarro Fernández, M. Pasquau Liaño y J.A. Doral García. En la segunda parte se centró la atención en las novedades del Derecho contractual. Partiendo de las negociaciones (A. Quesada Sánchez), se analizaron el nuevo régimen de formación del contrato (M.A. Parra Lucán) y la conveniencia de la incorporación del régimen jurídico de las condiciones generales al Código civil (K.J. Albiez Dohrmann); así como la europeización de las reglas de interpretación de los contratos en la Propuesta de reforma (S. Sánchez Lorenzo). Sentadas estas bases generales, se trataron también algunos puntos concretos de la reforma de los contratos, como el error en el consentimiento (M.J. López Frías); los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (L. Gázquez Serrano) y la protección de los consumidores en los contratos a distancia (J.L. Monestier Morales). Por último, la tercera parte versó sobre las novedades del Derecho de obligaciones y se articuló en dos secciones. En la primera se debatió sobre la nueva regulación del cumplimiento (C. Rodríguez Marín) y el incumplimiento de las obligaciones (R. García Pérez, A. Vaquer Aloy), así como sobre la articulación del sistema de remedios (A.M. Morales Moreno, M.L. Palazón Garrido e I. Sánchez Ruiz de Valdivia). Y en la segunda sección se abordaron temas puntuales del Derecho de obligaciones: el tratamiento de las obligaciones solidarias (J. Caffarena Laporta); la alteración extraordinaria de las circunstancias del contrato (E. Alcaín Martínez); la cláusula penal (M.M. Méndez Serrano); el derecho de desistimiento (A. Gálvez Criado) y la onnipresencia de la buena fe contractual en la Propuesta de reforma (J.M. Ossorio Serrano).

Todas las conferencias fueron seguidas de un debate extraordinariamente enriquecedor por parte de los asistentes, entre los que se contaban miembros de las distintas profesiones jurídicas: abogados, notarios, jueces y profesores universitarios. Fruto de dichas Jornadas es la obra colectiva *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, que será publicada en el mes de octubre por la editorial Atelier y que recoge diecisiete estudios producto de las ponencias y del ulterior debate, centrados especialmente en el contrato y en el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. En ellos se tiene particularmente en cuenta las importantes huellas del Derecho contractual comunitario, europeo e internacional en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código civil.

El estudio del contrato comienza con las negociaciones, capítulo realizado por Quesada Sánchez. Sobre la nueva versión del contrato reflexiona Doral García. Sánchez Lorenzo centra su atención en la interpretación del contrato y una relectura del error es realizada por López Frías. El bloque dedicado a los contratos concluye con dos estudios sobre las condiciones generales de la contratación de Albiez Dohrmann y Blandino Garrido. El segundo bloque, dedicado al cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, recoge en primer lugar el estudio de Rodríguez Marín sobre el cumplimiento. A continuación, García Pérez analiza la nueva construcción jurídica del concepto de incumplimiento. Le siguen los trabajos de Vaquer Aloy sobre el principio de conformidad y de Morales Moreno sobre el sistema de remedios. Para finalizar, se incluyen dos estudios sobre remedios concretos: el resolutorio (Palazón Garrido) y el indemnizatorio (Sánchez Ruiz de Valdivia). Por último, el tercer bloque agrupa tres estudios relacionados con la incorporación del Derecho de consumo en el Código civil. El primero contiene una reflexión general de Pasquau Liaño sobre el acierto de incorporar reglas de la contratación con consumidores en el Código civil. El segundo viene de la mano de Gálvez Criado que se ocupa de la figura del desistimiento. Este bloque se cierra con el trabajo de Monestier Morales en torno a algunas particularidades de la contratación a distancia y electrónica.

Los tres bloques vienen precedidos de dos estudios genéricos. Albiez Dohrmann realiza algunas reflexiones en torno a la europeización de la Propuesta y Navarro Fernández hace una lectura crítica de algunas de las ideas que subyacen en el texto proyectado y, en particular, del capitalismo global. Para

facilitar la lectura de los estudios, se incluye en la obra el texto íntegro de la Propuesta. **María Luisa Palazón Garrido** (Universidad de Granada)

COLOQUIO “QUELLE ARCHITECTURE POUR UN CODE EUROPEEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE?”

Esta es la pregunta que se planteaba a los participantes en el Coloquio que se celebró los días 17 y 18 de marzo de 2011 en la Universidad de Toulouse Capitole 1. La realización de este Coloquio forma parte de un proyecto puesto en marcha en 2010 por el Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé (IRDEIC). El proyecto tiene como objetivo la reflexión y el análisis en torno a la cuestión de la posibilidad de proceder a la codificación del Derecho Internacional Privado en el ámbito de la Unión Europea. Participan en el proyecto juristas de diferentes países europeos que en diciembre de 2010 se reunieron en Toulouse para proceder a identificar las áreas de trabajo concretas, en el marco general del proyecto.

El Coloquio realizado en marzo de 2011 supone la primera puesta en común de los trabajos realizados hasta el momento y tiene como objetivo concreto el de reflexionar acerca de la estructura actual de las normas de Derecho Internacional Privado adoptadas en el seno de la Unión Europea para, partiendo del reconocimiento de la fragmentación existente, analizar la posibilidad de proceder a una codificación del denominado Derecho Internacional Privado Europeo.

El coloquio se inició con una presentación introductoria a cargo de Marc Fallon quien comenzó por subrayar la realidad de que la multiplicación de las normas europeas en materia de DIPr ha puesto en peligro el principio de coherencia de la legislación. La definición de una estructura jurídica ordenada y de fácil acceso es ahora una necesidad y no una posibilidad. El objetivo ha de ser el de proteger la seguridad jurídica en el ámbito de la Unión Europea. Una necesidad que ha reflejado ya el Parlamento Europeo en distintas ocasiones. Marc Fallon presentó el objetivo de este coloquio anunciando que no se pretende determinar el contenido de un futuro código sino trabajar en la definición de su posible estructura.

Presentó su trabajo, a continuación, Aude Fiorini, centrándose en los aspectos formales de un posible código, analizando las diferentes modalidades de codificación existentes, desde una compilación de tipo anglo-sajón hasta una codificación reformadora, que podría realizarse bien a través de un *restatement*, propio del derecho norteamericano, o de acuerdo al sistema de codificación entendida en el sentido tradicional continental. En cualquier caso se enunciaron las grandes dificultades existentes en este sentido, tanto por la propia naturaleza de las normas existentes, como por las diferencias identificables en las posiciones de los Estados miembros ante el propio concepto de codificación.

La segunda parte de la sesión de la mañana del día 17 de marzo se dedicó a los fundamentos de la creación de un sistema coherente de DIPr Europeo. En una primera presentación Sylvaine Poillot-Peruzzetto y Johan Meeusen analizaron la posibilidad de tomar el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como punto de partida para proceder a la codificación. En este sentido S. Poillot-Peruzzetto expuso su visión de cómo la Unión Europea se ha construido sobre la base del Mercado Interior, obligando a los Estados miembros a repensar elementos fundamentales de sus ordenamientos jurídicos, un proceso que ahora han de enfrentar de nuevo para adaptarse a los objetivos y principios del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, lo que supone una gran oportunidad para la codificación del DIPr Europeo, tanto respecto a sus grandes líneas como a su forma. Por su parte Johan Meeusen aportó una visión crítica respecto a esta posibilidad, partiendo de la falta de un concepto claro del DIPr Europeo, y de su posición dentro de dicho espacio, basando sus afirmaciones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Grunken Paul* que pone de manifiesto las tensiones existentes entre el DIPr en su concepción tradicional y el DIPr europeo, sometido a los objetivos y principios del ordenamiento de la Unión.

A continuación, Miquel Gardeñes realizó un análisis de las exigencias del mercado interior en la construcción de un posible código, fijando su atención, especialmente en la centralidad de la confianza y el reconocimiento mutuo en los ámbitos del mercado interior y el espacio de libertad, seguridad y justi-

cia por lo que se refiere al reconocimiento de resoluciones judiciales emitidas en otro Estado miembro. Pero en su comunicación Miquel Gardeñes expone igualmente el valor potencial del denominado “método del reconocimiento” como alternativa a la regla bilateral del derecho aplicable, que cumpliría tanto la finalidad propia del DIPr (la continuidad de las relaciones jurídicas), como del Derecho de la Unión Europea (la libre circulación). La sesión de la mañana finalizó con la contribución de Catherine Kessedjian que analizó la perspectiva de la elaboración de un código de DIPr desde el prisma de los objetivos del DIPr.

El debate posterior estuvo marcado por la intervención de Jurgen Basedow que resumió las visiones escépticas de algunos de los participantes respecto de la oportunidad de una codificación, en su opinión, ha llegado el momento de buscar una mayor coherencia en el DIPr y de rellenar las lagunas existentes, pero pensar en una verdadera codificación, en cualquiera de sus variantes, es probablemente prematuro.

La sesión de la tarde se dedicó al ámbito de aplicación del DIPr europeo comenzando con la identificación de su dimensión espacial expuesta por Marc Fallon, quién determinó que, a pesar de que en un principio las normas europeas seguían en este ámbito las constantes propias del DIPr convencional, en la actualidad es posible observar una tendencia hacia normas de aplicación universal, una tendencia clara en relación a las normas de derecho aplicable (Roma I, Roma II) pero ya presente igualmente en la propuesta de revisión de los instrumentos de competencia judicial.

A continuación Jean-Silvestre Bergé y Pedro de Miguel Asensio procedieron a analizar la incidencia en el proceso de codificación de lo que denominan “relación entre sistemas”; y en concreto en la identificación del perímetro de un futuro código y la inclusión en el mismo de disposiciones que regulen dicha relación. En un primer momento Jean-Silvestre Bergé analizó la relación entre el DIPr europeo y el Derecho de la Unión Europea para concluir que la misma no habría de regularse de manera específica en el texto del código. Por lo que respecta a las relaciones con los instrumentos internacionales, Pedro de Miguel procedió a analizar las implicaciones para el proceso de codificación de la adopción por parte de la Unión Europea de diversos textos internacionales de DIPr, que vienen a sustituir la necesidad de adoptar normas propias europeas, afectando así el ámbito material del futuro código en algunas materias. En su comunicación puso de manifiesto igualmente las dificultades que surgen como consecuencia de la conservación por parte de los Estados miembros de la competencia para la ratificación de textos internacionales en diversas materias, que pueden contener normas de DIPr, afectando así a la elaboración de un sistema coherente en el seno de la Unión.

El Coloquio prosiguió con la presentación de Isabel Rueda, quién abordó la posición de la materia administrativa y las inmunidades de estado en el seno de un posible código. Respecto de la primera cuestión se propone la necesidad de replantear el estatuto derogatorio de la misma en los instrumentos de DIPr europeo. En cuanto a las inmunidades se afirma el carácter deseable de una ampliación de los límites actuales del *acquis* para definir un régimen común en la materia. La jornada finalizó con la aportación de Blanca Vilá y Michel Attal en relación a las normas procesales y la cooperación judicial en la que se enunció la posición central que ocupa la *lex fori* en lo que se refiere a la regulación del proceso y la importancia del principio de autonomía procesal. Los autores subrayaron que la UE ha avanzado mucho en cuestiones como la litispendencia o la cooperación judicial, pero no tanto respecto de otros asuntos como la representación en justicia o la prueba del derecho extranjero. Esta comunicación finalizó con la afirmación de que, desde un punto de vista técnico, no parece necesaria la codificación de las normas procesales, al menos en un primer momento.

La segunda jornada se inició con una reflexión sobre la estructura y contenido del código. Sabine Corneloup y Cyril Nourissat definieron una serie de estructuras posibles para el mismo dependiendo fundamentalmente de que se optase por una mera recopilación de los instrumentos ya existentes o bien se abordase una tarea más compleja de reforma y producción normativa en la búsqueda de un sistema completo y coherente. En una segunda sesión se abordó la cuestión fundamental de la identificación de los elementos que habría de contener la parte general de un Código Europeo de DIPr. En este sentido, Michael Wilderspin puso de manifiesto la evolución observable en las reglas de competencia internacional creadas por instrumentos comunitarios, desde un modelo de reglas europeas para regular las

cuestiones internas y el reenvío a las normas nacionales para el mundo exterior a la Unión, hacia un modelo de normas universales.

A continuación Marie- Laure Niboyet analizó los problemas relativos a las normas procesales manifestando que las reglas actuales de derecho procesal nacional dificultan la puesta en práctica de las técnicas de cooperación judicial definidas en los instrumentos de la Unión Europea. Una dificultad que se ve reforzada por la resistencia de los jueces a la cooperación juez-juez. A continuación Anne Marmisse-D'Abbadie D'Arrast procedió a analizar el ámbito de la calificación y los puntos de conexión en las normas de conflicto de leyes manifestando la necesidad de proceder, en el ámbito europeo, a la creación de calificaciones autónomas, y empleando para ello el ejemplo de medidas cautelares. Por su parte Marc-Phillipe Weller afirmó, en relación a los puntos de conexión, la necesidad de regresar al modelo clásico savigniano y abandonar los puntos de conexión impregnados de los valores materiales del derecho europeo.

La última sesión presentó la intervención de Etienne Pataut y Stefania Bariatti quienes abordaron la posibilidad de definir una teoría general del DIPr europeo. En este sentido los autores señalan el hecho de que la UE ha incorporado una distinción según la normas de conflictos sean de producción comunitaria o nacional, y lo mismo ocurre en el caso del derecho aplicable, una distinción que tiene un impacto fundamental en elementos clásicos de DIPr tales como la prueba del derecho extranjero o el orden público internacional.

El coloquio se cerró con las reflexiones de Paul Lagarde quién recordó que el objetivo de crear un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia donde la libre circulación esté asegurada es de aplicación para todos los instrumentos de DIPr europeo. Es decir, que el Código no debe contener sólo disposiciones que garanticen el ejercicio, en la esfera económica, de las cuatro grandes libertades, sino que debe contener todas aquellas normas que garanticen la libre circulación de los ciudadanos europeos y la seguridad jurídica en sus vidas. Manifestó igualmente su convencimiento de que ha llegado el momento de proceder a la codificación, abogando por la misma en su versión reformadora e integradora, y bajo la forma de Reglamento. Por ello presentó un "Embryon de Règlement portant sur le Code Européen de Droit International Privé" que supuso el punto final de este coloquio.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA

ADOPCIÓN

ADAM MUÑOZ, M.D.: “Requisitos para la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas convencionales”, *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaygua, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 315-339.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, 2010, pp. 73-139.

MARTÍN GARCÍA, M.L.: “Inscripción en el Registro Civil de la adopción internacional: la protección de la intimidad personal y familiar a través del Registro Civil. Breve reflexión en torno al Derecho del adoptado a conocer sus orígenes”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 92, 1-2, 2010, pp. 89-102.

ALIMENTOS

PARRA RODRÍGUEZ, C.: “La obligación de alimentos para los menores: nuevas soluciones desde el Derecho internacional privado”, *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaygua, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 275-314.

PALLARÉS SALES, L.: “Regulación de las obligaciones de alimentos en el ámbito comunitario: el Reglamento 4/2009 y su relación con el Convenio y el Protocolo de La Haya 2007”, *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaygua, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 275-298.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 19, 2010.

ARBITRAJE Y MASC

ANCEL, B: “L’arbitrage commercial international au Pays des Lumières”, *Contratación y arbitraje internacionales* (R. Méndez Silva, coord.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2010, pp. 187-204.

ARENAS GARCÍA, R.: “Medidas cautelares ante causam y sometimiento a arbitraje en el extranjero: problemas y soluciones”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. III, nº 2, 2010, pp. 509–518.

El Auto de la AP de Madrid (Sección Vigésimoctava) de 8 de junio de 2009 resulta interesante por varias razones. En primer lugar, permite apreciar la forma en que interaccionan arbitraje y jurisdicción en un punto especialmente relevante como es el de la tutela cautelar; en segundo término, porque se pronuncia sobre el Derecho aplicable a la adopción de las medidas cautelares en los casos en los que existe una cláusula de sometimiento a arbitraje; y, finalmente, resulta relevante en relación a la articulación de la regulación sobre medidas cautelares contenida en la LEC con la existente en la normativa que regula las materias a las que se refiere la tutela cautelar, en este caso la Ley de Propiedad Intelectual.

BOUCKAERT, Ch. y DUPEYRÉ, R.: “La participación de terceros en el arbitraje internacional”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 9, 2010, pp. 83–102.

CREMADES, B.: “La participación de los Estados en el arbitraje internacional”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. III, nº 3, 2010, pp. 653–672.

La cada vez más frecuente participación de Estados soberanos en el arbitraje internacional, tanto comercial como de protección de inversiones, está dando lugar a un nuevo Derecho internacional económico. La distinción entre lo público y lo privado se difumina, quizás porque responde a una importante globalización de la contratación administrativa. La “Doctrina Calvo” cuestionó la eficacia de la protección diplomática. La ratificación generalizada de tratados sobre arbitraje internacional pareció que suponía un abandono de posturas soberanistas. Sin embargo, algunos abusos arbitrales y ciertas posturas políticas especialmente en la América Latina obligan a una seria reflexión sobre el presente y el futuro del arbitraje internacional.

DÁVALOS, R.: “El arbitraje comercial internacional en Cuba”, *Contratación y arbitraje internacionales* (R. Méndez Silva, coord.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2010, pp. 267–296.

ESTEBAN DE LA ROSA, F y OROZCO PARDO, G (dirs.): *Mediación y arbitraje de consumo, una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, Ministerio de Justicia, Valencia, 2010, 353 pp.

La escasa cuantía de las diferencias de consumo supone normalmente un serio obstáculo para que el consumidor presente una reclamación judicial para obtener la satisfacción de su derecho. En efecto, el alto coste y la complejidad del procedimiento judicial, así como el tiempo excesivo que puede durar la resolución del caso, desincentivan al consumidor a la hora de realizar una reclamación por la vía judicial, lo cual provoca en muchas ocasiones una falta de acceso efectivo a la justicia. En esas ideas se ancla el movimiento legislativo, perceptible tanto a nivel europeo como estatal, que se orienta a potenciar y a mejorar la mediación y el arbitraje como vías de arreglo de diferencias en la contratación de consumo, como alternativas a la vía jurisdiccional. Bajo la dirección de los doctores Fernando Esteban de la Rosa y Guillermo Orozco Pardo, la presente monografía supone la reunión de un nutrido grupo de investigadores de varias universidades españolas y europeas, quienes han llevado a cabo una contribución al régimen jurídico de la mediación y del arbitraje de consumo desde la premisa de la protección efectiva del consumidor, adoptando en su análisis una perspectiva de Derecho español, europeo y comparado que merece ser muy bien saludada, entre otras razones por hacer disponible para el público español la experiencia de otros sistemas ya contrastados, que puedan servir al legislador español para la transposición de la Directiva 2008/52 sobre mediación, y para un auténtico desarrollo de la mediación de consumo en el sistema español.

Formalmente el libro queda dividido en dos secciones, una primera que se ocupa del sistema español de arbitraje de consumo, y otra segunda en la que aparece la perspectiva europea y comparada que se acaba de aludir. El régimen sobre el que pivota en la actualidad el Sistema español de Arbitraje de Consumo viene dado por el RD 231/2008, de 15 de febrero. En la primera contribución, el Dr. Guillermo Orozco pardo aborda el problema de la validez de la cláusula, predispuesta mediante condición general, por la que se somete al consumidor, con antelación al surgimiento del litigio, a un arbitraje distinto del sistema arbitral de consumo consagrado en el citado TRLGDCU, renunciando así a la posibilidad de acudir al Sistema Arbitral de Consumo y a los tribunales de justicia. El autor realiza una interesante reconstrucción de la evolución jurisprudencial y legal que ha tenido lugar en los últimos años en el sistema español, que ha culminado con la proclamación legal, en la Ley 44/2006, de la nulidad de esta clase de cláusulas cuando hayan sido pactadas con anterioridad al surgimiento del litigio (en la actualidad, art. 574 TRLGDCU). Aunque las cláusulas de sumisión a sistemas de arbitraje distintos del Sistema Arbitral de Consumo (SAC) venían siendo consideradas como abusivas con anterioridad, ello no siempre impidió su inserción en contratos de consumo y, lo que es más grave, tampoco evitó la colaboración judicial en la ejecución de los laudos arbitrales recaídos que establecían condenas para el consumidor. El hecho de que el consumidor, por regla general, no participara en un procedimiento arbitral poco respetuoso de ciertas garantías, unido a las escasas posibilidades de recurso respecto del laudo firme una vez dictado, que quedan limitadas a la acción de anulación y al recurso de revisión, ponían al consumidor en una situación de notoria indefensión. El panorama legislativo actual, tras la reforma de 2006, permite que para los convenios arbitrales celebrados con posterioridad a esa fecha el juez de oficio pueda denegar la ejecución del laudo arbitral cuando concurra la causa de nulidad de pleno derecho del convenio arbitral. A pesar de este límite temporal, en la última parte de su trabajo el autor aporta un cúmulo importante de argumentos muy convincentes que permitirían sustentar la misma solución respecto de los convenios de arbitraje suscritos con anterioridad a 2006.

De la exposición de las notas distintivas del proceso arbitral de consumo respecto del arbitraje privado se ocupa el Dr. José Luis González Montes. La normativa en que se basa el SAC (arts. 57 y 58 TRLGDCU, RD 231/2008 y aplicación supletoria de la Ley 63/2003, de Arbitraje) ha supuesto la instauración de un sistema de arbitraje institucional que no posee parangón en otros sistemas europeos. Al igual que el sistema de arbitraje privado, el SAC se funda también en la preexistencia de un convenio arbitral y se basa casi en los mismos principios que encuentran aplicación en el proceso arbitral (audiencia, contradicción e igualdad de las partes), incorporando como novedad el de gratuidad. Sin embargo, su fisonomía reviste ciertas peculiaridades que tienen que ver, fundamentalmente, con la clase de litigio que es posible someter a esta clase de arbitraje (conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor, siempre que la materia sea objeto de libre disponibilidad), así como con el procedimiento, donde el principio de libertad de las partes para establecerlo queda sustituido por un procedimiento que ya aparece definido. Como se sabe, la instauración en España del Arbitraje de Consumo ha tenido lugar de una forma peculiar, a través del establecimiento de la Junta Arbitral Nacional, que depende del Instituto Nacional de Consumo, y de la proliferación de Juntas Arbitrales de Consumo territoriales constituidas mediante convenio de colaboración entre las administraciones públicas y el Instituto Nacional de Consumo. Las Juntas Arbitrales son las encargadas de designar a los árbitros y de resolver en torno a la admisión del procedimiento. Por su parte, la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo se encarga de resolver los recursos contra las resoluciones de los presidentes de las juntas arbitrales respecto de la inadmisión de la solicitud de arbitraje. Tal y como expone el autor, conviene destacar que esta Comisión posee también competencias para establecer criterios homogéneos en el sistema arbitral de consumo, a fin de evitar que existan laudos arbitrales contradictorios en asuntos iguales, elemento cuya plena compatibilidad con el principio de independencia resultaría, cuando menos, de necesario análisis. A modo de reglamento de arbitraje, el RD 231/2008 se detiene también en el procedimiento de propuesta, acreditación y designación de los árbitros para conocer de los procedimientos arbitrales. Llama aquí poderosamente la atención que la condición de licenciado en Derecho no aparezca, al menos no en todos los casos, entre los requisitos que han de concurrir en los árbitros. Si se nos permite, pensamos que semejante condición resulta

ineludible para que no quede conculcado el principio de independencia a que se refiere la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. Del mismo modo llama también la atención la previsión de que el arbitraje haya de ser resuelto en equidad, a no ser que se opte expresamente por el arbitraje de derecho. En un ámbito en el que, en la mayoría de los casos, será preciso aplicar normas de protección del consumidor cuyo carácter resulta imperativo, puede llegar a ser paradójico que la regla general venga constituida por el arbitraje de equidad, quedando así conculcado también, en nuestra opinión, el principio de legalidad a que se refiere la Recomendación europea que se acaba de mencionar. La contribución del Dr. González Montes finaliza exponiendo las peculiaridades procedimentales del arbitraje de consumo electrónico, del arbitraje de consumo colectivo y del arbitraje de consumo sectorial o especializado. La primera sección del libro se completa con tres contribuciones que se ocupan, respectivamente, del análisis de la naturaleza jurídica y competencia territorial de las Juntas Arbitrales de Consumo, de la intervención judicial en el procedimiento arbitral de consumo y del arbitraje colectivo a cargo, respectivamente, de la Lda. Belén Iboleón Salmerón, el Dr. José Luis González-Montes Sánchez y del Dr. Jesús Domínguez Plata.

La segunda sección proporciona al lector una visión que desborda el marco nacional para analizar las previsiones del Derecho europeo y de algunos sistemas jurídicos de nuestro entorno respecto del régimen de la mediación y del arbitraje de consumo. En la primera contribución de esta sección, el Dr. Fernando Esteban de la Rosa lleva a cabo una interesante reconstrucción del régimen europeo de los sistemas electrónicos de solución de diferencias, que se puede considerar pionera en este ámbito en la doctrina española. El planteamiento del autor no resulta difícil de describir: los sistemas electrónicos de mediación y arbitraje disponibles a través de Internet (ODR) se erigen en la actualidad en instrumentos de significativa importancia de cara a promover la confianza del consumidor en el comercio electrónico transfronterizo. No obstante, para que dichos instrumentos contribuyan de forma efectiva a propiciar la satisfacción del consumidor es necesario que su configuración y estructura responda a ciertos principios y reglas en que se traduce la protección del consumidor en la resolución extrajudicial de diferencias. El estudio del Dr. Esteban de la Rosa pasa revista al acervo comunitario existente para esta finalidad y, ante su insuficiencia, explora cuál habría de ser la traducción en este ámbito de los principios que como *soft law* han sido ya establecidos. Teniendo en cuenta esta perspectiva, se propone la conveniencia de que los sistemas jurídicos distingan, a la hora de dar eficacia a una cláusula contractual de mediación o de arbitraje electrónica en contratos internacionales de consumo, según el concreto sistema de ODR responda a las exigencias relativas a la protección del consumidor. Para el autor este podría ser el sentido de una posible intervención del legislador europeo en el sector, para lo cual se mostraría funcional la ampliación de las competencias de la Unión Europea que se ha producido en este ámbito tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

El resto de las contribuciones se ocupa de exponer, a modo de informes nacionales, el régimen jurídico de la mediación y del arbitraje en varios países, entre ellos el Derecho alemán (Dr. Norbert Horn), el Derecho anglosajón (Dr. Danny Mc Fadden), el Derecho italiano (N. Scannichio), el Derecho portugués (Dr. Mario Frota) y el Derecho brasileño (Dra. Patricia Galindo da Fonseca). Más arriba hemos indicado que hoy en día resulta del mayor interés esta visión de Derecho comparado, de cara a los desarrollos legislativos que deben tener lugar próximamente en el Derecho español en lo que se refiere a la regulación de la mediación de consumo, y para la transposición de la Directiva 2008/52 sobre mediación. Obras como la presente sin duda contribuyen al esclarecimiento de los intereses en presencia, y exigencias de regulación, en un ámbito que se encuentra en la actualidad en plena efervescencia legislativa, y en el cual ha centrado su atención la misma Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, cuyos trabajos relativos a las reglas de procedimiento aplicables a los proveedores de servicios de resolución electrónica de litigios (ODR) para algunas diferencias de escasa cuantía de carácter transfronterizo están teniendo lugar en este momento. **Sixto A. Sánchez Lorenzo** (Universidad de Granada).

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. y ARIAS, D. (eds.): *Liber amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, 1256 pp. ISBN 978-84-8126-590-3.

Bernardo Cremades es el profesional jurídico español más reconocido en el ámbito internacional del arbitraje. Ha sido y sigue siendo el gran maestro del arbitraje en España, pero su brillante trayectoria profesional resulta admirada mucho más allá de nuestras fronteras, convirtiéndolo en el mejor de nuestro embajadores (como muestra, véase la propia contribución en este volumen de Gonzalo Biggs: "*Bernardo Cremades Contribution to the Development of Arbitration Law in Latin America*"). Una mera relación, no exhaustiva, de los principales temas abordados persuade del valor específico del volumen, que tiene la rara virtud de trascender de una mera recopilación de estudios para convertirse en un auténtico vademécum, esto es, en un tratado que contiene las nociones más importantes de una materia, en nuestro caso el arbitraje internacional en sus distintas dimensiones. Un vademécum marcado, además, por la actualidad de las cuestiones acometidas: las fuentes internacionales del arbitraje; el papel de la mediación y las negociaciones entre las partes; el Derecho arbitral comparado, que nos llevan a aspectos del arbitraje en países como Argentina, México, Brasil, Italia, Francia, Líbano, Siria o el mundo islámico...; el arbitraje institucional y en el marco de organizaciones internacionales; la eficacia del convenio arbitral; el nombramiento y función del árbitro (cuestiones deontológicas y éticas, independencia e imparcialidad); la arbitrabilidad de la controversia; la competencia de los árbitros; el procedimiento arbitral (derechos de defensa, reconvencción, litispendencia, intervención de peritos y *amici curiae*, papel de los abogados, producción de pruebas, deliberaciones de los árbitros); las relaciones entre arbitraje y jurisdicción (medidas provisionales, *bills of lading* y *antisuit injunctions*); el Derecho aplicable al fondo de la controversia; la anulación y revisión del laudo; la inmunidad de ejecución; el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral; elementos esenciales del arbitraje de inversiones (concepto de inversión, concepto de "nacionalidad", determinación de la competencia del Tribunal arbitral, papel del CIADI, alcance de la cláusula de nación más favorecida, la incidencia de la crisis financiera, la actitud en América Latina, los nuevos tratados bilaterales, el papel de las cláusulas paraguas)... Es evidente que tantas contribuciones confieren un cierto grado de heterogeneidad a los contenidos de la obra, por más que los participantes sean especialistas de reconocido prestigio en este sector y algunos pertenecientes a la élite internacional del arbitraje. No obstante, al margen de ciertos trabajos de carácter meramente descriptivo, encontraremos importantes aportaciones y cultivados estudios de obligada lectura y motivadores de una profunda reflexión para el lector atento, siempre con un denominador común que se impone a lo largo del millar largo de páginas de esta obra homenaje: su decida vocación por la práctica arbitral, desde la creencia cierta de sus bondades frente a otros procedimientos, jurisdiccionales o no, de arreglo de controversias (D.S.S.).

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Luces y sombras en el arbitraje institucional en los litigios internacionales", *Contratación y arbitraje internacionales* (R. Méndez Silva, coord.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2010, pp. 321-365.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Alcance del deber de revelación del árbitro (Sentencia de la Cour d'appel de París de 12 de febrero de 2009)", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. III, nº 2, 2010, pp. 597-606. ISSN 1888-5373

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Arbitrage interne et international: la réglementation soi-disant unitaire en Espagne", *Arbitrage interne et international (Actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009)* (A. Bonomi y M. Steiner, eds.), Ginebra, Comparativa; 2010, pp. 189-215. ISBN 978-2-600-00779-5

En orden a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, la Ley de Arbitraje de 2003 se inscribe, *prima facie*, en el marco de una tendencia legislativa favorable a una regulación unitaria de ambos aspectos, como una alternativa a una regulación dualista en la que el arbitraje internacional

sea regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno. Con ello se pretendió ser fiel al postulado de “lo que es bueno para el arbitraje internacional es también apropiado para el arbitraje doméstico”. La regulación unitaria permite que, al margen de cuestiones muy específicas, el arbitraje interno y el internacional descansen en los mismos preceptos. Sin embargo, el supuesto monismo de la Ley de Arbitraje de 2003 presenta varias inflexiones y algunos cabos sueltos. Mientras en los arbitrajes “internos” es frecuente encontrar en las leyes de los Estados una reglamentación detallada de la asistencia del juez en las diversas etapas por las que discurre el arbitraje, cuando esta asistencia se proyecta hacia el arbitraje internacional aparecen numerosos vacíos legales que suelen producir una gran incertidumbre en el intérprete. Para permitir una interpretación más acorde con la realidad internacional cuando se esté en presencia de arbitrajes que tengan esta naturaleza, el legislador español define ciertos criterios de internacionalidad y reserva algunas disposiciones para exclusiva aplicación en materia de arbitraje internacional. Tal es el caso de: i) Las normas que rigen la renuncia del Estado y de las entidades públicas a los privilegios que les conceda su Derecho nacional; habiendo optado por una solución monista, puede ser sorprendente que el legislador español haya conservado una disposición (art. 3º) que define los criterios de internacionalidad. ii) El art. 9.6º que incorpora una regla de conflicto de carácter alternativo para privilegiar la validez del convenio arbitral y la arbitrabilidad del litigio, lo cual no se justifica sino en presencia de un elemento extranjero. iii) La posibilidad de escoger libremente el Derecho aplicable al fondo de la controversia; una de las grandes innovaciones de la reforma de 2003 se contienen en el art. 34.2º que determina que “cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes; se entenderá que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al Derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de Leyes”. iv) El art. 39.5º, que prolonga los plazos para la corrección, la interpretación y las sentencias adicionales. v) La naturaleza supletoria del requisito de recurrir a árbitros que sean abogados, sólo para la aplicación al arbitraje interno. Este carácter unitario se rompe también en presencia del laudo arbitral. En la fase post-arbitral, el laudo depende de su origen, en aplicación de la teoría territorialista, de manera que el laudo dictado en España es nacional y la dictada fuera es extranjera. Esto tiene consecuencias en las dos posibles intervenciones jurisdiccionales en esta fase, la acción de anulación y el executur. De un lado, las causas de anulación previstas en el art. 41 LA/2003, serán las mismas para todos los laudos dictados en España, sea cual sea su contenido. Esto afecta a conceptos tan serios como arbitrabilidad de la diferencia o el orden público. Si en España existiese una solución dualista si se tratase de un laudo regido por el Convenio de Ginebra de 1961, el control de estas dos causales de anulación, sería imposible: el Convenio eliminó estas dos causas de anulación, porque ya aparecen previstas en el reconocimiento (art. V.2º Convención de Nueva York) y porque suelen tener poco que ver con el Estado de la sede. La sede arbitral, en efecto, se escoge por razones de eficacia, de correcto acogimiento al arbitraje, y de neutralidad. Este último matiz suele significar que el laudo no tiene nada que ver con el Derecho de ese Estado, de manera que los controles de arbitrabilidad y de orden público (en el comercio internacional, siempre activado en cuanto ley del mercado relevante) devienen inútiles.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators”, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 413–449.

El árbitro designado, se compromete a ser neutral, a estar disponible y, al mismo tiempo, a ejercer diligentemente su función. Lo primero implica imparcialidad e independencia: se produce parcialidad cuando un árbitro favorece a una de las partes, o cuando muestra predisposición hacia determinados aspectos correspondientes a la materia objeto de controversia; la dependencia surge de la relación entre el árbitro y una de las partes o una persona estrechamente vinculada a ella. Lo segundo comporta que los árbitros deben dedicar el tiempo y la atención que las partes pueden exigir razonablemente, de acuerdo con las circunstancias del caso, orientando sus esfuerzos a dirigir el arbitraje de un modo tal que los costos no se eleven a una proporción irracional con respecto a los intereses en litigio; y también denota que han de conducirse de manera ecuánime con todas las partes, no dejándose influenciar por presiones

externas, por la opinión pública o por el temor a la crítica, ni por intereses personales. El proceso arbitral precisa un clima de neutralidad y de independencia para que las partes puedan desplegar su actividad con plena libertad y confianza en la defensa de sus posiciones; pero tales elementos únicamente pueden lograrse si se han despejado todas las dudas en torno a la integridad de los árbitros. La confianza en los árbitros se incrementa desde el momento en que se considere algo normal el respeto por éstos de ciertas normas de ética profesional. Una actuación arbitral que ha asumido plenamente y sin reservas un código ético se alza como elemento esencial en tres distintas direcciones: el propio prestigio profesional de los árbitros, el del centro administrador que eventualmente haya intervenido en su designación y, en definitiva, del porvenir de la propia institución arbitral en un determinado país que pretende convertirse en una sede eficiente para el arbitraje internacional.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversias”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. III, nº 2, 2010, pp. 377–409.

En el arbitraje comercial internacional la confrontación entre la ley del foro y la ley extranjera carece de significado. La diversidad normativa que se produce en determinados sectores del Derecho internacional privado es mucho menor cuando se trata de dar soluciones jurídicas prácticas aplicables a los problemas sometidos a los árbitros y la razón deriva de la primacía del Derecho espontáneo en la regulación de las transacciones privadas internacionales que suele dominar el contenido de la denominada “autonomía material” en los contratos. Ello reduce las posibilidades de que los árbitros tengan que ocuparse de las soluciones propias del método de atribución. Las legislaciones nacionales recientes permiten al árbitro la localización de la ley sustantiva a la controversia sin necesidad de poner en marcha el mecanismo conflictual. Con independencia de la aplicación de la *lex mercatoria* a título principal cuando se registra una “elección negativa” por las partes del Derecho aplicable, y de la cada vez más estrecha “cohabitación” con el orden jurídico estatal, la llamada a la *lex mercatoria* a título principal y exclusivo manifiesta evidentes dosis de imparcialidad y de neutralidad cuyas bondades se proyectan en una serie de supuestos: i) cuando las partes no se ponen de acuerdo en torno a la ley estatal aplicable al contrato; ii) para la validez y a la eficacia de una cláusula compromisoria pese a existir individualizada una *lex contractus* estatal; iii) en los contratos multi-partes vinculados a diversos Estados y, por tanto, a diferentes legislaciones y iv) para evitar supuestos en que la “parte fuerte” trate de imponer la ley del Estado donde está establecida.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Una década de consolidación del arbitraje en América latina”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol. X, nº 2, 2010, pp. xliii–lviii. ISSN 1665–1805.

En todos los Estados de América latina se observa 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. Han tenido, en efecto, que superarse una serie de reticencias de origen histórico y que apuntan a otro tipo de arbitrajes distintos de los comerciales, pero que han sido asociados a éstos; son reproches que se remontan a la época del colonialismo europeo en los complejos albores de la independencia. Frente a este enfoque, fiel reflejo de una época periclitada, ya en los años conclusivos del siglo la institución arbitral era conocida, reglamentada en la totalidad de los países latinoamericanos aunque a partir de reglamentaciones anticuadas, que des-cansaban, principalmente, en los Códigos civiles, de comercio y de procedimiento civil. Andando el tiempo, al lado de importantes reformas legislativas que han conseguido un significativo florecimiento de unificación en el sub-continente y de correctos desarrollos jurisprudenciales, se registró también una mayor especialización de los árbitros inscrita dentro de una cultura arbitral que se extiende a los abogados y a los jueces.

GÓMEZ JENE, M.: “Propuestas de inclusión del arbitraje en el Reglamento 44/2001”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, 2010, pp. 339–358.

El *Heidelberg Report* es un estudio encargado por la Comisión que tiene por objeto plantear propuestas de modificación del Reglamento (CE) nº 44/2001. Una de las propuestas más interesantes de este estudio es la que gira en torno a la inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del texto comunitario. Como era de esperar, esta propuesta ha sido, con mucho, la más polémica y, en consecuencia, la que ha originado el más amplio, interesante e interesado debate. Estando las propuestas ya publicadas, el TJ dictó su sentencia en el asunto *West Tankers*. En esta sentencia se otorga competencia exclusiva al tribunal del lugar donde se plantee la cuestión relativa a la validez del convenio arbitral –por más que ese tribunal no sea el tribunal del lugar del arbitraje–. De este hecho se derivan dos consecuencias de distinta índole: i) se da un paso decisivo en la inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) nº 44/2001; y, ii) se alcanza una solución que favorece estrategias procesales en contra del arbitraje–“torpedos”–. El análisis en perspectiva comunitaria de los supuestos controvertidos en la relación arbitraje–jurisdicción, así como el análisis de las propuestas a favor de la inclusión/exclusión del arbitraje, constituye el objeto fundamental de este trabajo.

GÓMEZ JENE, M.: “Ejecuátur del laudo suspendido en el Estado de origen”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. III, nº 1, 2010, pp. 85–127.

El hecho de que un laudo arbitral haya sido suspendido *ex lege* por los tribunales del lugar del arbitraje no impide su execuátur en España. Ello es así por varios motivos. En primer lugar, porque la suspensión *ex lege* no es motivo de denegación del execuátur del laudo en aplicación del art. V.1º.e) CNY. Únicamente la suspensión que ha sido dictada a título principal, de forma fundamentada y razonada pueda ser considerada como motivo de denegación del execuátur en aplicación del CNY. Así lo interpretan de forma unánime doctrina y jurisprudencia comparadas. Pero además –y en el particular supuesto en el que el reconocimiento del laudo se plantee ante los tribunales españoles– porque vía art. VII CNY debe admitirse que el art. 45 LA incide sobre el art. V.1º.e) CNY, eliminando la suspensión como motivo de denegación del execuátur del laudo arbitral extranjero.

GÓMEZ JENE, M.: “Concurso y arbitraje internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. II, nº 2, 2010, pp. 92–103.

El art. 52 Ley Concursal asume un criterio temporal para regular la eficacia del convenio arbitral en supuestos de concurso. Así, si en el momento de la declaración del concurso el procedimiento arbitral está “en tramitación”, el arbitraje seguirá hasta la firmeza del laudo. Por el contrario, si el procedimiento arbitral no está “en tramitación”, el convenio arbitral en el que sea parte el deudor queda sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso. Esta regulación plantea dos interrogantes en la práctica. La primera y más importante gira en torno a su misma aplicación en los supuestos internacionales: ¿es de aplicación cuando el acreedor interesado tenga su residencia habitual en un Estado extranjero? La segunda, de relevancia para los supuestos internos, gira en torno a la concreción de lo que debe entenderse por procedimiento arbitral “en tramitación”. Ambas cuestiones son tratadas en este estudio.

HAMILTON, C.A. y TORRES, G.: “El Reglamento de Arbitraje de 2009 de la CAM ¿es acorde con los usos internacionales”, *Derecho de los negocios*, nº 232, 2010, pp. 5–11.

En la última década, Madrid se ha promocionado como un lugar ideal para ser sede de arbitrajes comerciales internacionales. Además de ser una de las grandes capitales europeas, ofrece una fuerte economía y una rica fuente de profesionales bien cualificados y especializados. Se ponen de relieve algunas de esas innovaciones que pondrán los procedimientos más en consonancia con las normas de arbitraje

comercial internacional reflejadas en las normas de la CNUDMI, la CCI y las cámaras de comercio suizas.

STAMPA, G. “*Discovery* arbitral: un efecto de la mundialización en el Derecho arbitral”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. III, nº 3, 2010, pp. 695–691.

Análisis del contenido y el alcance de la institución probatoria del *discovery* arbitral como una realidad forense, de frecuente utilización. Desde parámetros de estricta técnica jurídica y con un método comparado de acercamiento al Derecho consuetudinario anglosajón y al Derecho civil continental, el artículo pretende exponer las claves fundamentales para la comprensión del funcionamiento del *discovery* arbitral, así como los requisitos procedimentales exigidos para su concesión en el curso de cualquier procedimiento arbitral en el que se plantee la tramitación de este complejo incidente probatorio –con independencia de su carácter nacional o internacional o de su condición institucional o *ad hoc*– y los previsibles problemas que pueden derivarse de tal actuación. En el desarrollo de sus contenidos el autor examina los principales componentes de este instrumento probatorio autónomo, enunciando sistemáticamente sus cinco principios informantes, la pertinencia práctica de su extrapolación limitada al procedimiento arbitral y sus pautas comunes de aplicación forense por árbitros y partes durante el procedimiento arbitral.

VIRGÓS SORIANO, M.: “La cláusula de arbitraje”, *Cuadernos de Derecho para ingenieros*, vol. 6 (Arbitraje), 2010, pp. 19-33.

VULLIEMIN, J.M.: “El arbitraje internacional”, *Cuadernos de Derecho para ingenieros*, vol. 6 (Arbitraje), 2010, pp. 913-925.

ASILO

SARDINA CÁMARA, P.: “Comentarios a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”, *Diario La Ley*, nº 7370, 2010.

BANCA Y MERCADOS FINANCIEROS

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Hacia un sistema consolidado de supervisión financiera en la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 7373, 2010.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Gobernanza y supervisión de los mercados financieros internacionales tras la crisis de 2008”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 11, 2010, pp. 26–35.

Existe un consenso amplio en torno a la necesidad de mejorar el marco institucional en el que operan los mercados financieros en todo el mundo, reforzando la regulación y supervisión prudencial y sus prácticas contables; de adoptar estándares internacionales mínimos en estas áreas; y de contar con códigos de conducta relativos a la política fiscal, monetaria y financiera, y con principios adecuados de gobernabilidad empresarial, perfeccionando la información que se suministre a los agentes de los mercados financieros. Hoy la presencia de una red de protección gubernamental hace necesaria su regulación. Precisamente una de las funciones de las autoridades públicas es salvaguardar la estabilidad financiera, necesaria para el equilibrio económico general, y por ello las entidades financieras deben estar sometidas a mayores controles prudenciales y vigilancia que otro tipo de entidades, sobre todo en lo que concierne a la existencia de un nivel de capital acorde con sus riesgos. En este contexto es previsible que en los próximos años la liquidez sea más ajustada, pero no lo bastante como para asfixiar al nuevo sistema financiero en la sombra hasta hacerlo desaparecer. El Reglamento (CE) nº 1060, de 16 de septiem-

bre de 2009, aunque no contenta a todos por su complejidad y excesivo burocratismo, supone un nuevo paso en la supervisión del riesgo financiero.

GARCÍA NOVOA, C.: “El régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 19, nº 2, 2010, pp. 11-50

LAFUENTE SÁNCHEZ, R.: “Comercialización transfronteriza e integración del mercado de fondos de inversión en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, vol. 29, nº 118, 2010, pp. 155–195.

BIENES

CALVO CARAVACA, A.L. y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: “L’incorporation au régime juridique espagnol de la normative communautaire de restitution de biens culturels”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 2, 2010, pp. 33–51.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Integridad del patrimonio y protección del crédito: las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional*, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2010, 204 pp.

La posibilidad de que un acreedor revoque negocios concluidos entre su deudor y un tercero con el fin de que se reintegren al patrimonio del deudor los bienes o derechos objeto del mencionado negocio plantea no pocos problemas en el Derecho material que se multiplican en los supuestos internacionales. Esta monografía los aborda de una forma clara y sistemática distinguiendo entre aquellos casos en los que la revocación del negocio se plantea fuera de un procedimiento concursal (supuestos de acción pauliana, estudiados en el capítulo II) y aquellos otros en los que la revocación se solicita en el marco de un procedimiento de insolvencia (acción revocatoria, objeto del capítulo III); finalmente también se considera la forma en que el concurso afecta a una acción pauliana ejercitada fuera del mencionado concurso (capítulo IV). El capítulo primero, introductorio, presenta en forma sintética las diferentes posibilidades de caracterización de las acciones que los distintos ordenamientos regulan a fin de conseguir la revocación de los negocios concluidos por el deudor en perjuicio de su acreedor.

La obra se ocupa tanto de los problemas de competencia judicial como de Derecho aplicable, teniendo en cuenta tanto la regulación europea como el DIPr autónomo español. En lo que se refiere a la competencia judicial la conclusión a la que llega es la de que la acción pauliana solamente podrá ejercitarse, según el Reglamento (CE) nº 44/2001, ante los tribunales del Estado del domicilio del demandado (art. 2 del Reglamento); excluyéndose que los foros en materia contractual y extracontractual puedan ser aplicados. Igualmente se excluye que los acuerdos de elección de tribunal entre deudor y tercero resulten eficaces respecto a la reclamación que plantee el acreedor frente al tercero. Sí que sería posible, sin embargo, la sumisión tácita del demandado a los tribunales en los que se plantee la demanda *ex art. 24* Reglamento (CE) nº 44/2001. En aquellos casos en los que el demandado esté domiciliado en un Estado no miembro y deba determinarse la competencia judicial internacional de acuerdo con lo previsto en la LOPJ las conclusiones a las que se llega son las mismas. También se estudia la forma en que afecta a estos supuestos el foro por conexidad del art. 6.1º Reglamento (CE) nº 44/2001. En lo que se refiere a la ley aplicable a la acción pauliana la solución que se defiende es la de que ha de ser la ley de la residencia habitual del deudor persona física o el domicilio social si dicho deudor es una persona jurídica.

La acción de revocación que se plantea en el marco de un concurso plantea menos dificultades que la acción pauliana. La competencia del juez del concurso se deriva del Reglamento europeo de insolvencia y de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (asunto *Deko–Marty*). En el caso de que se plantee en España una acción revocatoria estando el concurso abierto en el extranjero, existirá competencia de nuestros tribunales si en España se encuentra el domicilio del demandado. La ley aplicable es la *lex fori concursus*, aunque con la posibilidad de veto por parte de la *lex causae*. El régimen de relaciones entre una acción pauliana y un concurso abierto con posterioridad al planteamiento de dicha acción y de una acción pauliana ejercitada en el procedimiento concursal son analizados en el capítulo IV. En el primer

caso la regulación española prevé la continuación del procedimiento destinado a revocar el negocio que ha perjudicado al acreedor, aunque sustituyéndose el acreedor por el administrador concursal cuando el concurso sea reconocido en España. El segundo supuesto (ejercicio de una acción pauliana en el marco de un procedimiento concursal) está previsto por el Derecho español, resultando competente el tribunal español que esté conociendo del concurso al tratarse en este caso de una acción estrechamente vinculada a éste. La ley aplicable no sería la ley española en tanto que *lex concursus* sino la ley de la residencia habitual del deudor o de su domicilio social del deudor de acuerdo con las soluciones que ya se habían adelantado en el capítulo II de la monografía.

Como adelantábamos la obra es clara, pese a la complejidad del tema y muchas de sus soluciones no resultan discutibles (así, *v.gr.*, la competencia del juez del concurso para la acción revocatoria, consagrada, como hemos visto en el Reglamento comunitario y en la jurisprudencia del TJ). Otras de las propuestas plantean más problemas (tal como se reconoce en el propio trabajo). Así, *v.gr.*, la aplicación a la acción pauliana de la ley de la residencia habitual del deudor persona física o del domicilio social del deudor persona jurídica. La semejanza entre la acción pauliana y la acción revocatoria concursal no parecen un fundamento suficiente para esta solución a la que se llega sin examinar si el Reglamento Roma I tiene vocación de aplicación directa a este supuesto. Evidentemente las dudas que plantea esta solución se proyectan a los supuestos en los que la acción se ejercita en el marco de un concurso abierto en España sin que resulte del todo claro cuál sería la ley aplicable a la acción pauliana si el concurso abierto en España no tiene carácter universal sino meramente territorial teniendo el deudor el centro principal de intereses fuera de España.

La obra va acompañada de un anexo de jurisprudencia del TJ en relación a la materia que trata y, sin duda, deberá ser considerada por quienes estén interesados en el régimen de las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional (R.A.G.).

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “La regla de especialidad como cauce para superar los conflictos normativos entre el Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales”, *Diario La Ley*, n° 7499, 2010.

La STJCE 4 de mayo de 2010, as. C-533/08, formula una interpretación integradora del sistema competencial y procesal gestado a través del Reglamento (CE) n° 44/2001, y estima que la remisión contenida en su art. 71, 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) n° 44/2001, por lo que al aplicar la norma convencional especial se está dando cumplimiento a las previsiones de dicho Reglamento comunitario.

CARO GÁNDARA, R.: “Reglamento Bruselas I versus *forum non conveniens*: actualidad de la cuestión y propuestas de futuro”, *Diario La Ley*, n° 7499, 2010.

Análisis de las sentencias de la *Court of Appeal* de Inglaterra y Gales que reducen hasta el límite del absurdo el ámbito de aplicación espacial del Reglamento Bruselas I como reacción frente a la “amenaza” de ver desaparecer sus tradiciones jurídicas en aras de la uniformidad en la UE.

ESTEBAN DE LA ROSA, F.: “Nuevos avances hacia la materialización del foro del lugar de ejecución del contrato del Reglamento Bruselas I: la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2010”, *Diario La Ley*, n° 7392, 2010.

El presente estudio lleva a cabo un análisis de la STJ de 25 de febrero de 2010, dictada en el Asunto C-381/08: *Car Trim GmbH/KeySafety Systems Srl*, en la que el TJ resuelve dos cuestiones relacionadas con la interpretación del foro del lugar de cumplimiento del contrato que afectan a la aplicación de la letra b) del n° 1 del art. 5 Reglamento Bruselas I. El TJ opta en su interpretación por el acogimiento de

conceptos materiales y autónomos, evitando la necesidad de consultar el Derecho estatal aplicable al contrato. Pero el rumbo material adoptado no evita que se planteen nuevos interrogantes.

GARAU SOBRINO, F.: “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho Procesal Civil Internacional español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. II, nº 2, 2010, pp. 52–91.

Si bien los acuerdos de jurisdicción tienen naturaleza procesal, no podemos dejar de lado sus elementos civiles. Por ello, su análisis desde la perspectiva del Derecho procesal civil internacional debe fragmentar los diferentes aspectos que integran el acuerdo. De este modo, las cuestiones civiles, como la existencia y validez del acuerdo se regirán por el ordenamiento jurídico designado por las normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales. Por otro lado, a sus aspectos puramente procesales (admisibilidad, forma y efectos) les será de aplicación la *lex fori*. Con el objeto de tener una visión lo más completa posible de la regulación de los acuerdos en el ordenamiento español, este trabajo realiza un estudio de su regulación tanto en las normas de origen comunitario (Reglamento Bruselas I y Convenio de Lugano) como de las normas de origen interno (LOPJ y normativa con incidencia en esta materia). Todo ello se ve complementado con el estudio de la jurisprudencia del TJ las disposiciones comunitarias, y de los tribunales españoles.

REQUEJO ISIDRO, M.: “Litigación civil internacional por abusos contra derechos humanos. el problema de la competencia judicial internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 259–300.

En 2008 el *Committee on Civil Litigation and the Interests of the Public* de la *International Law Association* inició una investigación en torno al área que denominó “*private litigation for violations of human rights*”, centrándose en particular en los aspectos de DIPr de las acciones civiles contra empresas multinacionales. En su informe de 2010 el Comité presentaba la cuestión de la competencia judicial internacional de los tribunales como uno de los obstáculos más graves para tales acciones. Este estudio examina criterios de competencia en EE UU (como foro por excelencia de la *civil litigation* hasta el momento) y en Europa (como foro potencial, tanto más probable cuanto más se restringe el acceso a la jurisdicción americana a través de las decisiones de sus jueces). Se concluye que la situación no es satisfactoria; en relación con Europa, que la Propuesta de revisión del Reglamento (CE) nº 44/01 no altera el resultado; y sobre todo, que para que la *civil litigation* prospere como forma de regular el respeto de los derechos humanos por parte las empresas es precisa una acción que supera con creces el ámbito del DIPr, y que exige el acuerdo de la comunidad internacional. Algo que no por sabido parece encontrar se más cerca.

SALVADORI, M.: “El Convenio sobre acuerdos de elección de foro y el Reglamento Bruselas I: autonomía de la voluntad y procedimientos paralelos”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 829–844.

El Convenio de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, aún no en vigor, constituye un nuevo instrumento internacional al servicio de la seguridad jurídica y la previsibilidad en lo que respecta a la elección de tribunal en las transacciones comerciales internacionales. El Convenio se limita a los acuerdos de elección de ley concluidos en materias civiles y comerciales, y excluye, además de otras materias específicas, los contratos de consumo y los contratos de trabajo. El Convenio contiene tres reglas básicas dirigidas a diversos tribunales: el tribunal elegido debe conocer del litigio si el acuerdo de elección de tribunal es válido de conformidad con las normas dispuestas en el propio Convenio (en particular, no cabe el *forum non conveniens* a favor de tribunales de otro Estado); cualquier tribunal ante el que se presente la demanda debe inhibirse; y toda decisión dictada por el tribunal de un Estado contratante al que se haya atribuido competencia exclusiva a través de una cláusula atributiva de competencia debe ser reconocida y ejecutada en el resto de los Estados contratantes, salvo si concurre alguna de las excepciones dispuestas en el Convenio. Existen importantes diferencias entre el Convenio sobre acuerdos de elección de foro y el Reglamento Bruselas I en lo que respecta a su operatividad. En este contex-

to, la reforma del Reglamento Bruselas I (de diciembre de 2010) trata de reforzar la eficacia de los acuerdos de elección de tribunal: dando prioridad al tribunal elegido para decidir sobre su competencia, con independencia de si es el primer o el segundo tribunal ante el que se plantea el litigio; e introduciendo una norma de conflicto armonizada sobre la validez sustantiva de los acuerdos de elección de tribunal. De esta forma, será fácil que el Convenio de La Haya sea ratificado por la Unión Europea.

CONSUMIDORES

CASTELLANOS RUIZ, E.: “Aspectos de Derecho internacional privado en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007): nuevos modelos de análisis”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, nº 722, 2010, pp. 2725–2772.

CASTELLANOS RUIZ, E.: *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Granada, Comares, 2010, 200 pp.

JUÁREZ PÉREZ, P.: “La ley rectora de los contratos internacionales de consumo: el sistema del Reglamento nº 593/2008 (‘Roma I’)”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol.58, nº 1, 2010, pp. 47–78.

RÜHL, G.: “La protección de los consumidores en el Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 91–120.

La mayor parte de los contratos transfronterizos de consumo se regulan a través de condiciones generales predisuestas por el profesional. En la mayoría de los casos, entre estas condiciones se introduce una cláusula de elección de ley. Desde una perspectiva económica, estas cláusulas plantean problemas, no tanto porque los consumidores sean más “débiles” que los profesionales, sino porque tienen menos conocimientos sobre la ley aplicable, y carecen de incentivos para invertir en la información que precisan. Sin embargo, los profesionales concluyen un gran número de contratos similares en el mismo mercado, de forma que ellos sí tienen un incentivo para obtener información sobre la ley aplicable con vistas a elegir la ley que les proporcione mayores beneficios, en detrimento de los beneficios de los consumidores. Desde el momento en que los consumidores no son capaces de diferenciar entre profesionales que eligen leyes favorables al consumidor y los que no, esto puede conducir a una carrera hacia la baja y a un “mercado para limones”. Los mecanismos de auto-sanación del mercado no son capaces de evitar este problema, de manera que es preciso regular directamente las transacciones de consumo, modificando las disposiciones generales sobre ley aplicable. Un estudio de los diversos modelos en presencia permitirá concluir que el modelo europeo, que también se halla, aunque con diferencias puntuales, en Japón, Corea, Rusia, Turquía y los EE UU, es el que confiere los mayores beneficios en términos de eficiencia.

CONTRATOS

DÍAZ ROMERO, M.R.: “La unificación del Derecho Privado Europeo en el ámbito contractual y la posibilidad de ampliación a la propiedad inmobiliaria”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, nº 721, 2010, pp. 2281–2315.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “Nuevas situaciones de imprevisión en época de crisis económica y adaptación de los contratos internacionales”, *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales (XXIII Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, AEPDIRI, celebradas en la Rioja el 10, 11 y 12 de septiembre de 2009)*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 351–372.

GARCÍA GUTIÉRREZ, L.: “Los contratos de franquicia internacional”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 275, 2010, pp. 249–281.

GARCÍA RUBIO, M.P. y OTERO CRESPO, M.: “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2010.

La preocupación doctrinal por la etapa que precede a la celebración de un contrato ha experimentado en los últimos años un incremento notable que corre paralelo con el aumento espectacular de las normas que, tanto a nivel estatal como internacional o comunitario, se detienen precisamente en esa fase de la vida del contrato. No debe extrañar, pues, que los nuevos parámetros obliguen a someter a revisión y análisis la figura de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*, que tanto ha dado de sí en algunos ordenamientos, singularmente el alemán, y que los nuevos tiempos obligan a analizar también con nuevos ojos. La mención y comentario de las normas que en el ámbito comparado recogen los deberes propios de la negociación contractual y las consecuencias que acarrea su incumplimiento, así como el *aggiornamento* de los problemas que se plantean en los distintos grupos de casos que dan lugar a responsabilidad precontractual, constituyen los temas de este artículo.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “Las PYMES y el sector exterior: una introducción al marco normativo de la contratación internacional”, *Creación, gestión estratégica y administración de la PYME* (M.A. Alcalá Díaz, coord), Madrid, Civitas, 2010, pp. 1037-1066.

JACQUET, J.M.: “La aplicación de las leyes de policía en materia de contratos internacionales”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 35–48.

Estudio desde una perspectiva actual de algunas cuestiones que plantea la aplicación de las leyes de policía, con especial énfasis en el ámbito del Derecho de la Unión Europea. Por una parte, el autor se ocupa de señalar los obstáculos prácticos a la efectiva aplicación de las leyes de policía, ya sea mediante un control previo a su aplicación, ya mediante mecanismos jurisdiccionales que pretenden dificultar dicha aplicación, como son las cláusulas de elección de foro y las cláusulas de arbitraje. Por otra parte, se apuntan posibles soluciones –tanto materiales como procedimentales– que pueden permitir superar los obstáculos previamente analizados, para garantizar, en definitiva, el respeto a la imperatividad de las leyes de policía y su efectiva aplicación a todos aquellos supuestos que tienen voluntad de regular.

MIQUEL SALA, R.: “El fracaso de la elección del Derecho a la luz del Reglamento Roma I y de las libertades fundamentales”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 121–154.

De acuerdo con un *obiter dictum* contenido en la sentencia *Alsthom Atlantique*, parece que la autonomía conflictual excluye el control por parte del TJCE de una posible limitación de las libertades fundamentales por parte del Derecho elegido. Este artículo analiza las implicaciones y la conveniencia de esta regla, que no toma en consideración aquellos casos en los que pese a la existencia de libertad de elección del derecho las partes no han podido en realidad evitar la aplicación del ordenamiento en cuestión. Con la finalidad de esclarecer hasta qué punto las partes deben asumir el riesgo de la aplicación de normas contrarias al Derecho comunitario, se abordan las cuestiones de la admisibilidad y la validez del acuerdo de elección del Derecho bajo el Reglamento Roma I y el Derecho civil español, concluyendo que en general puede esperarse de las partes que asuman el riesgo de la elección del Derecho. Posteriormente, se trata de los problemas prácticos de la aplicación de esta doctrina y se exponen los argumentos a favor y en contra de un control del Derecho dispositivo por parte del TJCE.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “El idioma del contrato en el Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 155–182.

Cuando la lengua materna de las partes en un contrato no coincide, se plantea un problema específico: el de elegir el idioma en que desarrollarán sus negociaciones y plasmarán los acuerdos que alcancen. Esta elección suele ser objeto en sí misma de negociación, porque ambas partes preferirán emplear el propio idioma para evitar, con ello, que se introduzca un factor perturbador en la determinación de sus derechos y obligaciones. Se optará, así, por un idioma “neutral” que puedan dominar ambas partes (habitualmente, el inglés), por el idioma de una de ellas, o por que los idiomas de ambas sean empleados en pie de igualdad. De esta forma, las cláusulas idiomáticas se convierten en componentes habituales de los contratos internacionales. Pero el idioma del contrato no sólo constituye un elemento clave para vehicular los conceptos, ni se limita a condicionar la interpretación del contrato. También puede tener repercusiones sobre cuestiones tales como la determinación del idioma del arbitraje, la competencia judicial internacional, la ley aplicable al contrato y las posibilidades de oponerse a la recepción de una notificación.

PALAO MORENO, G.: “Los contratos de seguro internacionales en el nuevo Reglamento Roma I”, *Estudios de Derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universidad de Valencia, Servicio de Publicaciones 2010, pp. 567–578. ISBN 978–84–370–7968–4.

REDONDO TRIGO, F.: “De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *Ius Commune*”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, n° 4, 2010, pp. 1643–1682

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E.: “El proceso de unificación del Derecho privado europeo: alcance, aplicación a contratos internos y confrontación con los Derechos estatales”, *Diario La Ley*, n° 7331, 2010.

SÁNCHEZ LORENZO (S.A.): “La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el Derecho comparado”, *Contratación y arbitraje internacionales* (R. Méndez Silva, coord.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2010, pp. 131–183

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL INTERNACIONAL

REQUEJO GUTIÉRREZ, F.: “Régimen de Seguridad Social aplicable a los tripulantes de los buques con bandera extranjera”, *Actualidad laboral*, n° 6, 2010, pp. 2 ss.

DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES

MARTÍNEZ CANELLAS, A.: “Problemas jurídico-privados del contrato de compraventa internacional de transgénicos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN 1698–739X, n° 1, 2010.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: “Estrategias de la Ohadac para la armonización del Derecho comercial en el Caribe”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 815–828.

La iniciativa de la Organisation pour l’Harmonisation du Droit des Affaires dans La Caraïbe (OHADAC) parece ponerse en marcha y comienza a materializarse. El Proyecto implica un reto no sólo para los territorios directamente involucrados, sino también para los países europeos que han aportado su tradición jurídica y su cultura a la región. En el caso de España, OHADAC constituye una oportunidad única de cooperación internacional, y una responsabilidad añadida, en la que los académicos deben tener mucho que decir, aportando su *know-how* en un ámbito en que la Unión Europea ha adquirido una

experiencia muy valiosa. Tal vez en el futuro la experiencia OHADAC pueda, a su vez, proporcionar métodos y resultados valiosos igualmente para el proceso de armonización del Derecho comercial en Europa, donde el diálogo entre *civil law* y *common law* no siempre se ha producido en términos verdaderamente constructivos.

DERECHO DEL TRABAJO INTERNACIONAL

GÓMEZ JENE, M.: “Inmunidad y contrato de trabajo”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n° 147, 2010, pp. 607–638.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n° 10, 2010, pp. 291–304.

SABIDO RODRÍGUEZ, M.: “Algunas cuestiones que plantea en DIPr la tutela de los trabajadores afectados por reestructuraciones de empresas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 230–256

La profunda transformación de la economía repercute significativamente sobre la actuación de las empresas. Para adaptarse a las necesidades del mercado globalizado en el que intervienen articulan distintas estrategias empresariales que, además de afectar a su propia estructura, organización y funcionamiento, también se proyectan sobre las relaciones laborales que en ellas se desarrollan. En este marco, nos proponemos exponer algunas cuestiones que, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, suscita la tutela de los trabajadores afectados por aquellas estrategias empresariales tratando de verificar si las soluciones adoptadas en nuestro Ordenamiento concilian la protección del trabajador, parte débil de la relación jurídica, a partir del derecho al trabajo *ex art. 35 CE* con la libertad de empresa del *art. 38 CE*.

DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

DETZNER, J.A.: “FCPA, ITAR, EAR y OFAC: alcance extraterritorial a compañías no estadounidenses y programas relacionados a su cumplimiento”, *Derecho de los negocios*, n° 234, 2010, pp. 5–27.

Este artículo da cuenta de las leyes y reglamentos estadounidenses que las autoridades de los EE UU aplican extraterritorialmente en contra de compañías no estadounidenses en cuatro áreas de control de negocios internacionales: *Foreign Corrupt Practices Act*, *International Traffic in Arms Regulations*, *Export Administration Regulation* y *Foreign Assts Control Regulations*. Incluye ejemplos de casos recientes con especial énfasis en España y en América latina y ofrece sugerencias para prevenir violaciones a través de programas de cumplimiento.

DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J. “El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea”, *Civitas. Revista española de Derecho europeo*, n° 33, 2010, pp. 5–43.

FERNANDEZ MACIA, E.: “Ofertas de consentimiento estatal y arbitraje de inversiones”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. III, n° 2, 2010, pp. 411–432.

Como en cualquier tipo de arbitraje, el arbitraje de inversiones se fundamenta en el acuerdo de las partes. El consentimiento al arbitraje tanto por parte del Estado receptor de la inversión como por parte del inversor es un requisito indispensable para la competencia del tribunal arbitral. De forma tradicional el consentimiento se otorgaba a través de un acuerdo directo entre el inversor y el Estado receptor de la inversión. Pero en los últimos años, el consentimiento resulta de una oferta unilateral realizada por el

Estado receptor de la inversión, que se contempla en su legislación o en un Tratado internacional, que posteriormente es aceptada por el inversor. Este trabajo analiza cuando este tipo de disposiciones constituyen una oferta inequívoca de arbitraje y cuando, por el contrario, constituyen promesas futuras e incluso una simple consideración general favorable hacia este método de solución de controversias. Una interpretación correcta de estas cláusulas tiene una decisiva importancia si observamos que algunos países, especialmente de Latinoamérica, están empezando a diseñar estrategias para limitar su exposición al arbitraje, comenzando por la denuncia de la Convención CIADI.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Sistema de Derecho económico internacional*, Madrid, Thomson–Reuters, 2010, 433, pp. ISBN 978 –84–470–3399–7.

Existe sintonía, con esferas propias y amplias, en la consideración de lo jurídico y lo económico, formando unidad en la descripción del denominado Derecho económico. La corriente que auspicia las relaciones de interacción dice no a un dominio del factor económico sobre el jurídico o, a la inversa, permaneciendo latente la correspondencia entre la economía y el Derecho, esto es, entre el fenómeno económico y la norma de conducta, donde las variaciones y alteraciones de los unos son la causa de los otros y donde los cambios de éstas son motivo de aquellas. Max Weber, en *Economía y Sociedad* concretaba que las acciones económicas han influido parcialmente en la sistematización del Derecho y que los problemas económicos deben ser resueltos por la maquinaria legal. A su vez, la estructura interna del pensamiento jurídico ha ejercido fuerte influencia en la organización económica. De este modo, se han manifestado presionando una a otra cada disciplina. Más aún, en ciertas circunstancias, un orden jurídico, puede seguir sin modificación alguna a pesar de cambiar radicalmente las relaciones económicas. En este lúcido libro del profesor Fernández Rozas el Derecho desempeña un papel esencial en la regulación de la actividad económica internacional al establecer las normas de comportamiento de los actores económicos; dicha actividad económica incluye las transacciones bursátiles, la auditoría de negocios, referentes a la economía (leyes monetarias, anti-monopolio, control de cambios) y, en general, todas las actividades comerciales y de servicios y de funcionamiento de los mercados. La internacionalización y la privatización de la economía mundial, particularmente en el orden monetario y financiero, engloba profundas aplicaciones para la existencia del Estado–nación independiente y soberano, que sigue siendo un supuesto fundamental del actual orden internacional, pues los fenómenos descritos no han generado un sistema mundial autorregulado al margen del control político, pese a las posiciones vertidas desde la ideología neoliberal. Pero no es menos cierto que, como pone de relieve el autor, los Estados nacionales están perdiendo el control de importantes esferas de actividad pública, como la oferta monetaria y los instrumentos esenciales de la política económica, con lo cual el contenido de la soberanía nacional y el papel del Estado–nación como actor de las relaciones internacionales se diluye progresivamente en un vasto mercado global.

Considera Fernández Rozas que las normas rectoras de la mundialización económica encuentran actualmente sus fuentes jurídicas en dos procedimientos de regulación. El primero descansa en las relaciones económicas interestatales (*trade law*) en tanto que el segundo tiene por campo de actuación las actividades de los operadores económicos privados (*business law*). Ambos procedimientos configuran dos facetas de regulación diversas de los intercambios comerciales y financieros internacionales a partir del fenómeno de frontera. La frontera comprende, pues, una dimensión jurídico–pública y una dimensión jurídico–privada: mientras que la primera hace referencia a las barreras jurídico–públicas a los intercambios transfronterizos (prohibiciones de exportación o importación, cuotas, aranceles u obstáculos técnicos, normas de control de cambios, etc), la segunda dimensión se conecta a los obstáculos de carácter jurídico–privado que afectan directamente a los derechos subjetivos de los particulares. A esta bipolaridad normadora se va agregando en los últimos años un tercer bloque normativo que es fruto de la acción de ciertos actores de la sociedad civil internacional (asociaciones y organizaciones no gubernamentales, movimientos ecologistas, asociaciones de consumidores, etc...) que pretenden alcanzar un Derecho económico más solidario y espontáneo basado en criterios de comercio equitativo que permita lograr un modelo fundado en valores de economía solidaria, de equidad y de justicia social. Estos colectivos sostienen que han de establecerse prioridades para el destino de los recursos financieros disponibles y

que los países ricos deben desarrollar una política eficaz de ayuda a países empobrecidos dándoles una mayor participación en la toma de decisiones de los organismos internacionales, como el FMI o la OMC.

Pese a que se suele presentar al mercado como un “marco natural de intercambios”, semejante noción no es ajena a una construcción jurídica sobre la que gravitan distinciones clásicas, como la existente entre el Derecho público y el Derecho privado, pero que, en todo caso, no puede prescindir de la fuerza coercitiva del Estado como elemento esencial. El corolario es un bloque normativo en formación cuya finalidad principal es la regulación de los intercambios económicos y financieros internacionales y cuyos destinatarios son los Estados y las Organizaciones internacionales. Dicho bloque normativo contiene un importante componente regulador que condiciona la labor del legislador estatal, privándole de la denominada autonomía en orden a los procedimientos de producción jurídica; por eso se habla de su carácter mixto, al ser el resultado de la interacción entre instituciones nacionales e internacionales. Así concebido, el Derecho económico internacional, es un ordenamiento resultante de la intersección de varias disciplinas jurídicas cuyo denominador común es la regulación de las relaciones económicas de los Estados y de las Organizaciones internacionales, pero también de los intercambios de bienes, servicios, capitales y factores de producción que realizan los particulares. En consecuencia, responde al hecho cierto de la intervención pública en diseño del mercado internacional. Una intervención organizada de carácter internacional, y canalizada a través de mecanismos institucionales de creciente importancia, que a su vez involucran los intereses, a menudo enfrentados, de los distintos mercados regionales. Los resultados de esta actividad institucionalizada se plasman en principios y directrices orientadores, pero también en normas positivas y concretas que condicionan de forma directa el régimen de los intercambios. Este conglomerado debe ser tenido en cuenta por los operadores profesionales y por los jueces y árbitros, y es parte esencial del *marketing* legal de las empresas enfrentadas al comercio transfronterizo.

De conformidad con la concepción del autor, el Derecho económico internacional comporta un conjunto normativo regulador de las relaciones económicas internacionales de carácter esencialmente macro-económico que desbordan las fronteras de los Estados y para ello insiste en el estudio de las relaciones entre el comercio y las inversiones dado que alrededor de un tercio del comercio mundial se está realizando dentro de las empresas multinacionales y otro tercio, entre las distintas empresas multinacionales, lo cual significa claramente que las políticas que afectan al comercio tienen repercusiones en la inversión y, a la inversa, que las políticas que afectan a la inversión repercuten en el comercio. De ello se sigue que el comercio se encuentra tan estrechamente interrelacionado con la inversión que el futuro progreso de la esfera comercial no puede obviar los regímenes de inversiones económicas que desbordan las fronteras de los Estados y que incluye dos núcleos normativos diversos pero complementarios. De un lado, el Derecho del comercio internacional que cubre los intercambios transfronterizos de mercancías, servicios y bienes de carácter inmaterial. De otro, el Derecho rector de la actividad financiera internacional que presta atención al régimen monetario y a la actividad inversora.

En consonancia con lo anterior, a obra, que combina los planteamientos teóricos descritos con un bagaje jurisprudencial y de la práctica de la OMC encomiable, va precedida de un capítulo introductorio donde se presta especial atención a la apuntada interacción entre economía y Derecho en la configuración del Derecho económico como pórtico para la delimitación del Derecho económico internacional en tanto que categoría sistemática en un momento histórico caracterizado por la existencia de importantes luces y sombras del denominado “culto al mercado”. Se estructura en dos partes, una centrada en el comercio internacional y otra dedicada al sistema financiero y monetario internacional. La primera comprende cinco capítulos que responden a una doble perspectiva estructural y sectorial. La estructural incluye, de un lado, la configuración del comercio internacional en un mundo globalizado, donde al margen de señalarse en protagonismo de la OMC, se delimitan las nociones de comercio internacional, comercio exterior y comercio intracomunitario (Capítulo II); y, de otro lado, las relaciones entre comercio internacional y procesos de integración económica regional a partir del Entendimiento sobre la Interpretación y de los distintos modelos, con especial hincapié en la Unión Europea (Capítulo III). La sectorial abarca el comercio internacional de mercancías (Capítulo IV), el comercio internacional de servicios (Capítulo V) y los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (Capítulo VI). Dentro de la segunda parte de presta atención a la cooperación financiera y monetaria internacional

(Capítulo VII) y a la ordenación de las inversiones internacionales (Capítulo VIII), con un tratamiento específico del sistema multilateral y bilateral de promoción y protección de las inversiones y del específico arreglo de controversias en el sector.

A lo largo del libro se observa cómo los procedimientos de producción jurídica en el sector acotado poseen un marcado dispositivo internacional que coexiste con las normas presentes en cada Estado o en cada entidad de integración económica regional reguladoras de las referidas relaciones. Este proceso plurinormativo ha sido notorio en instituciones supranacionales del tipo de la OMC o del FMI, cohabitando con otros mecanismos menos visibles y ostensibles que han desempeñado un papel crucial: por un lado, un mundo completamente nuevo de organismos privados, como las entidades financieras y las agencias calificadoras de solvencia; por otro, una diversidad de medidas legislativas y judiciales adoptadas en los Estados nacionales para garantizar la protección de los capitales y los mercados globales que se ha intensificado enormemente a lo largo del último decenio con la globalización.

Apunta con acierto el profesor de Madrid que la formación progresiva de un mercado mundial ha sido posible, en efecto, gracias a la confluencia de los Derechos estatales, los Derechos regionales y el Derecho internacional y dentro de este mercado mundial actúan los operadores económicos al amparo del Derecho de los negocios internacionales. El conjunto de estos derechos y obligaciones está suficientemente establecido tras una experiencia de más de sesenta años que, a excepción de los quince últimos, ha estado presidida por el GATT de 1947. Diariamente en el sector privado se realizan millares de transacciones comerciales y financieras internacionales, se adoptan numerosas resoluciones administrativas y decisiones judiciales de carácter estatal que se refieren a importaciones o a exportaciones de bienes, servicios o capitales. Quiérase o no estas transacciones y estas decisiones están determinadas directa o indirectamente por principios y normas jurídicas emanadas de la OMC. Un complejo bloque normativo que abarca casi dos decenas de acuerdos internacionales distribuidos en millares de páginas. Dicho bloque normativo, que se ha incorporado en buena parte a los Derechos internos de los Estados y a los propios de los sistemas de integración regional, señaladamente el de la UE, está totalizado por unas reglas de base que pretenden dar estabilidad al comercio internacional, a las empresas y a los consumidores. Los Acuerdos de Marrakech son expresivos de un aumento sin precedentes de la expansión de las normas jurídicas en el conjunto del comercio internacional sustituyendo la reglamentación tradicional del Derecho aduanero, de carácter estatal o regional, por una ordenación de validez internacional extensiva a sectores novedosos como la liberalización de los servicios o la protección de la propiedad intelectual. Pero la aportación de los Derechos estatales no se ha limitado a suministrar las normas que organizan el régimen de la propiedad de los bienes, las que regulan la realización de las transacciones mercantiles y los movimientos de capitales o las que protegen la competencia entre los agentes económicos. El Derecho de cada Estado presupone la propia existencia de un mercado que precisa de normas expresas y previsibles para su funcionamiento dentro de un determinado modelo económico; dichas normas garantizan, por ejemplo, el carácter obligatorio de los contratos o los procedimientos de transferencia de la propiedad. Finalmente, las aportaciones del Derecho de la integración regional son igualmente relevantes no sólo en lo que concierne a la delimitación espacial de los agentes económicos sino por desplazar el ámbito del Derecho de la competencia, dentro de lo que se conoce como “doble barrera”. Al importante papel que juega la integración regional en relación a los Estados que la conforman, en lo que concierne a la pérdida de su soberanía en el mercado internacional, se une a la existencia de una posición común y reforzada en dicho mercado. Asimismo, los entes de integración regional son a la vez que partícipes en el sistema económico internacional y, por tanto, participantes directos en la elaboración de sus decisiones, receptores de esta normativa que debe acomodarse a su propio modelo integrador.

Desde otra perspectiva, las normas que establecen la supresión de los obstáculos a la circulación bienes, servicios y capitales o regulan la convertibilidad de la moneda son adoptadas por los Estados o por los entes de integración regional, eso sí con el apoyo decidido de la OMC o del FMI, evidenciando que el “espacio económico internacional” no es otra cosa que la resultante de intereses contrapuestos y no una imposición “desde arriba”. Esto ha llevado a sostener que el mundo vive sometido a un “conjunto global de normas” que puede ser el resultado de la acción de un determinado ente internacional y adoptado por consenso global. Lo que no está tan claro es que este bloque normativo coexista con otro fruto

de un “desarrollo paralelo en todas partes del mundo”, pues puede ponerse en duda el carácter espontáneo de tal producción. En todo caso, no puede negarse que la actividad económica internacional descansa en reglas muy similares y que cada vez es menos frecuente la presencia de una fragmentación normativa que exija a los operadores económicos adaptar sus productos, servicios o capitales a un sistema particular de mercado.

Las dos últimas décadas han presenciado la eliminación de los obstáculos al libre movimiento de capitales, el culto desmedido a la desregulación y a los principios de mercado, y las innovaciones tecnológicas de las comunicaciones y ello está claramente descrito a lo largo del libro que reseñamos. Asimismo, el proceso de globalización financiera, con la consiguiente la internacionalización de los mercados y la desaparición de las fronteras entre los sectores tradicionales –banca, seguros y valores–, ha generado mecanismos financieros cada vez más sofisticados que requieren la respuesta adecuada de instituciones globales. Semejantes fenómenos ha traído consigo cambios importantes tanto en la orientación de la supervisión financiera como en el diseño institucional de la misma a partir de la fusión progresiva de los sistemas financieros nacionales en un sistema global emergente que den un nuevo sentido a las finanzas. Ello debe conducir a la instauración de unos mecanismos de valoración de riesgos que posibiliten la detección anticipada de desviaciones o de errores y permitan la adopción de medidas correctoras menos expeditivas y más oportunas. Entiende Fernández Rozas que un sector financiero estable constituye un presupuesto fundamental para lograr un crecimiento económico sostenible por eso las autoridades reguladoras y supervisoras deben siempre prestar atención a la forma en que surgen y se expanden los desequilibrios en las operaciones financieras inhibiéndolos antes de que provoquen un verdadero daño al resto de la economía. Las crisis financieras suelen obedecer, en efecto, a una supervisión inadecuada o con escasos incentivos a una inapropiada revelación de información; a prácticas bancarias de alto riesgo, señaladamente ratios de capital por debajo de los exigidos y una deficiente disciplina de mercado.

El sistema multilateral de comercio, surgido en 1947 con el establecimiento del GATT y consolidado con la creación OMC en 1994, jamás había sido puesto a prueba de tal manera como durante la reciente “gran recesión” de 2008-2009. Después de haber contribuido a que en 60 años el volumen del comercio mundial se multiplicara por 50, y que el producto mundial lo hiciera por siete, el sistema multilateral de comercio testimonió en 2009 la mayor caída del comercio mundial desde el término de la Segunda Guerra Mundial. Ello, aunado a la falta de éxito de la Ronda de Doha, que fue lanzada en la capital qatari en noviembre de 2001, la proliferación de cada vez mas complejos acuerdos comerciales regionales y la necesidad de fortalecer diversos aspectos institucionales de la OMC para adaptarla a sus nuevas realidades, constituyen los mayores desafíos a los que ahora nos enfrentamos y que se apuntan con acierto en esta importante monografía. **Luis García Corrochano** (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas).

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “El Derecho económico internacional de la globalización”, *Guerra y Paz (1945–2009). Obra homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2010, pp. 197–236. ISBN 978–84–9860–416–0.

El denominado Derecho económico internacional es de origen relativamente reciente, es un ordenamiento resultante de la intersección de varias disciplinas jurídicas cuyo denominador común es la regulación de las relaciones económicas de los Estados y de las Organizaciones internacionales, pero también de los intercambios de bienes, servicios y factores de producción que realizan los particulares. Responde al hecho cierto de la intervención pública en el diseño del mercado internacional. Una intervención organizada de carácter internacional, y canalizada a través de mecanismos institucionales de creciente importancia, que a su vez involucran los intereses, a menudo enfrentados, de los distintos mercados regionales. Los resultados de esta actividad institucionalizada se plasman en principios y directivas orientadoras, pero también en normas positivas y concretas que condicionan de forma directa el régimen de los intercambios, deben ser tenidas en cuentas por los operadores profesionales y por los jueces y árbitros, y, en suma, son parte esencial del *marketing* legal de las empresas enfrentadas al comercio transfronterizo. Así concebido el Derecho económico internacional comporta un conjunto normativo regulador de las relaciones económicas internacionales de carácter esencialmente macro-económico. Su producción

jurídica posee un marcado componente internacional que coexiste con las normas existentes en cada Estado o en cada entidad de integración económica regional reguladoras de las referidas relaciones.

IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I.: “Los APPRI en la Unión Europea post-Lisboa”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 759–791.

En la Unión Europea, el debate sobre el futuro de los Tratados bilaterales de inversión (APPRI intra-UE y extra-UE) está más vivo que nunca. El Tratado de Lisboa ha incluido la materia de las inversiones extranjeras directas dentro de la Política Comercial Común, afirmando la competencia exclusiva de la Unión para celebrar Tratados en esta materia con terceros Estados. En este nuevo escenario, la UE está dando los primeros pasos dirigidos al diseño de una política de inversiones europea, que vendrá paulatinamente a sustituir la red de APPRI extra-UE todavía en vigor. Por otra parte, los APPRI intra-UE plantean una problemática diferenciada. La coexistencia de estos APPRI y el Derecho de la UE suscita interrogantes de difícil respuesta, tanto desde la perspectiva del Derecho internacional como desde la óptica del Derecho de la UE. En definitiva, queda en suspenso la siguiente pregunta: ¿Será la UE en un futuro no muy lejano un espacio sin APPRI?

IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I.: “Interacción entre la cláusula de nación más favorecida y la disposición sobre el arreglo de diferencias entre Estados e inversores”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. III, nº 1, 2010, pp. 179–191.

IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I.: “Límites de la función de los Comités *ad hoc* en el marco de los recursos de anulación del Convenio del CIADI”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. III, nº 2, 2010, pp. 485–494.

IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I.: “Contract claims y treaty claims: relación entre las cláusulas umbrella y los acuerdos contractuales de atribución de competencia exclusiva”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. III, nº 3, 2010, pp. 797–811.

IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, (I.): *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, España, Editorial Bosch, 2010, 606 pp. ISBN 978-84-9790-750-7.

A nadie se le escapa la dificultad intrínseca de desarrollar una materia tan compleja como la expuesta en la presente monografía, que cuenta con bibliografía multidisciplinar prácticamente inabarcable y, más aún, de obtener resultados originales de relevancia práctica y actualidad evidente. Puede asegurarse que muchos de sus capítulos están destinados a perdurar en un espacio temporal muy superior al habitual en la investigación jurídica. La primera parte de la obra está dedicada al estudio de las cuestiones más generales: el régimen jurídico de las inversiones extranjeras vigente, el arbitraje de inversión como método generalizado de resolución de controversias y la determinación de las características básicas de la expropiación tal y como se entiende en la actualidad en los instrumentos jurídicos reguladores y en la “jurisprudencia” arbitral. La complejidad del régimen legal vigente se pone de manifiesto en la coexistencia de varios marcos reguladores –el multilateral, el regional, el bilateral y el interno– y un número extraordinario de instrumentos jurídicos de diverso alcance sobre cooperación, liberalización, promoción y/o protección de inversiones extranjeras.

El concepto de expropiación que incorporan los Acuerdos internacionales de inversión suele presentarse como un concepto amplio e indefinido que abarca, junto a las expropiaciones directas, las nacionalizaciones y las medidas de efecto equivalente (o expropiaciones indirectas). Las dificultades que plantea la delimitación de la noción de medidas de efecto equivalente a la expropiación es el hilo conductor de la segunda parte de la obra. La inseguridad jurídica derivada de esta indeterminación es el factor desentendado de algunas de las cuestiones más delicadas y complejas que plantean los litigios de inversión.

En primer lugar, resulta necesario identificar los criterios diferenciadores de las medidas de expropiación y las medidas regulatorias legítimas de los Estados que no requieren compensación. Una excesiva expansión del concepto de expropiación puede producir efectos realmente adversos en la facultad reguladora normal de los Estados; así, las obligaciones que imponen los Acuerdos de inversión pueden actuar como un factor que disuade a los Estados en la adopción de normas que responden al interés general, en ámbitos como el medioambiental, social, económico o cultural, y que sean susceptibles de crear un perjuicio económico a los inversores extranjeros. Por todo ello, es necesario trazar, de la forma más precisa posible, la línea que separa ambas instituciones y aportar parámetros (sean jurisprudenciales o convencionales) que aporten seguridad jurídica en el sector. La posibilidad de someter a arbitraje el juicio de las consecuencias derivadas de la adopción de medidas regulatorias legítimas, sitúa al arbitraje (como método de resolución de controversias) en una nueva dimensión. La magnitud e importancia de los intereses públicos que están presentes en los litigios de inversión permite realizar una valoración crítica del mecanismo arbitral. Los rasgos de privacidad y confidencialidad del arbitraje ceden ante las exigencias de transparencia y publicidad. La legitimidad del sistema arbitral en este tipo de controversias pasa por avanzar en este camino, donde ya se han dado unos primeros pasos relevantes pero limitados, en opinión del autor, como la publicación progresiva de los documentos del procedimiento arbitral, la participación de los *amicus curiae* o la apertura de las audiencias.

En segundo lugar, las medidas de expropiación han de ser diferenciadas de los incumplimientos contractuales ordinarios del Estado u otros entes públicos. El análisis de las múltiples decisiones arbitrales que se ocupan de esta cuestión coincide en la necesidad de distinguir entre los incumplimientos contractuales corrientes y las violaciones de tratado. Esta distinción tiene consecuencias importantes en la operatividad del arbitraje en los litigios de inversión en relación con las cláusulas contractuales de elección de foro, la posibilidad de enfrentarse a procesos paralelos, la funcionalidad de las cláusulas de opción irrevocable o *fork in the road*, la entrada en juego de las cláusulas *umbrella* y la cuestión del derecho aplicable. El estudio revela la complejidad del tema y la diversidad de soluciones que ha aportado la práctica arbitral en estos ámbitos. El riesgo de procesos paralelos puede dar lugar a decisiones contradictorias e inconciliables que en nada ayudan a la legitimidad de un sistema que debería ser coherente y predecible. Esta circunstancia da pie a un análisis crítico del arbitraje unilateral y a la valoración positiva de las soluciones que poco a poco viene aportando la práctica estatal y arbitral, como es la acumulación de procedimientos. Sin embargo, la distinción de los incumplimientos contractuales y las medidas de expropiación no es absoluta; tal y como se propone en la presente obra, habrá supuestos de incumplimiento de contrato que constituyan actos de expropiación, como también podrá haber casos en los que un incumplimiento de contrato no reparado en los tribunales internos dé lugar a una decisión judicial susceptible de ser calificada como medida expropiatoria conforme a un Tratado de inversiones extranjeras.

El último capítulo trata la cuestión de la compensación. La obligación de compensar está reconocida en el Derecho internacional consuetudinario y convencional. Para la determinación de la compensación debida por la expropiación de inversiones extranjeras se han de distinguir las expropiaciones lícitas y las ilícitas. No obstante, los tratados de inversión actuales no parecen reconocer a esta circunstancia relevancia práctica alguna, al prever en supuestos de expropiaciones lícitas una indemnización pronta, adecuada y efectiva que responda al valor justo de mercado de la inversión. El estudio pone de relieve la importancia que tiene en la práctica (puesta en evidencia en muchas decisiones arbitrales) la elección de uno u otro método de valoración en el cálculo del valor justo de mercado de una inversión; el monto de la indemnización debida puede variar significativamente según se aplique, por ejemplo, el método de la *discounted cash flow* o el criterio del valor real de la inversión. También pueden influir de forma notable en el monto final la determinación del momento de la valoración y el tipo de interés aplicable (R.D.F.).

MICHINEL ÁLVAREZ, M.A.: “Inversiones extranjeras y sostenibilidad”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 319–338.

Observando el modelo actual que sigue el Derecho internacional de inversiones, basado fundamentalmente en la amplia red de tratados bilaterales, aplicados e interpretados por tribunales arbitrales, se aprecia una cierta descompensación hacia los intereses de los inversores, en detrimento de aquéllos de los Estados tradicionalmente más necesitados de inversión, en particular, los países en desarrollo. Tal desequilibrio, presente tanto en la propia redacción de los textos legales como en la forma en que son utilizados, puede provocar tensiones con determinadas políticas que pretendan implementar los gobiernos de tales Estados, tendentes hacia un desarrollo económico más armónico con la protección del medio ambiente y el bienestar social, lo que se ha dado en llamar el desarrollo sostenible. En este artículo, se expone dichas tensiones y se exploran las vías a través de las cuales el Derecho internacional de inversiones puede encontrar un equilibrio entre los intereses de protección de las inversiones extranjeras y el interés de los Estados en promocionar el desarrollo sostenible.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: “El arbitraje en el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. III, nº 1, 2010, pp. 151–159. <http://eprints.ucm.es/10014/>.

Este trabajo analiza el recurso al arbitraje para la solución de diferencias surgidas entre Estados con motivo de la aplicación de los distintos Acuerdos gestionados por la Organización Mundial del Comercio (OMC). Junto con la posibilidad de utilizar esta institución como un sistema tradicional para la solución de los conflictos internacionales, el Entendimiento relativo a la solución de diferencias de la OMC recurre al arbitraje en el marco de un procedimiento autóctono para resolver controversias. En ambos casos se trata de arbitrajes que reúnen características peculiares.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: “Acciones contra la falsificación y la piratería en el comercio internacional”, *Innovación y conocimiento. IV Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, Lisboa, 23, 24 y 25 de noviembre de 2009. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, pp. 41–51. ISBN 978–84–9768–810–9. <http://eprints.ucm.es/11960/>

Últimas líneas de actuación, así como algunas cuestiones destacadas recientemente, en la lucha internacional contra la falsificación y la piratería. Ni los países latinoamericanos –participantes en distintos procesos de integración económica regional– ni España y Portugal –en su condición de miembros de la Unión Europea– son ajenos a esta realidad con intereses y perspectivas a veces próximos y otras veces divergentes.

PASCUAL VIVES, F.J.: “El subsistema regional comunitario ante el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 36, 2010, pp. 467–495.

En los últimos años se viene experimentando una progresiva comunitarización de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas. La Comisión Europea ha desplegado numerosos esfuerzos para superar los problemas que plantea la compatibilidad entre el régimen internacional previsto por los APPRI y el incipiente marco normativo creado por el subsistema regional comunitario. En el plano internacional, debe valorarse positivamente su participación en el acuerdo político celebrado para adecuar al subsistema comunitario algunos APPRI convenidos por los Estados del Centro y del Este de Europa con los EUA, así como sus intentos por alcanzar el estatus de *amicus curiae* ante los órganos arbitrales constituidos en el seno del CIADI. Ambas medidas, dadas las escasas facultades que posee la Comisión en el medio relacional, sólo ofrecen soluciones parciales y resultan insuficientes para resolver todos los problemas que se plantean en el estado actual de desarrollo de la competencia comunitaria en materia de protección de las inversiones extranjeras directas. Es por esto que la Comisión ha

arbitrado soluciones adicionales desde el sector de la integración. Diversos precedentes jurisprudenciales reconocen la existencia de una obligación de resultado a cargo de los Estados miembros, consistente en hacer compatibles con el subsistema comunitario los APPRI celebrados con terceros sujetos antes de su adhesión a la UE, a través de su denuncia o renegociación. Mediante la *Minimum Platform on Investment* la Comisión ha propuesto un conjunto de pautas elementales que fijan su posición durante la negociación de acuerdos internacionales con terceros sujetos. Además de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, quien reconoce tal competencia, la asunción de un modelo de APPRI comunitario permitiría superar las distintas aproximaciones nacionales y aportaría soluciones susceptibles de eliminar los conflictos normativos entre el subsistema regional comunitario y el régimen internacional.

RIGO SUREDA, A.: “Arbitraje de inversión y desarrollo económico. La relación con el Banco Mundial”, *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. III, nº 2, 2010, pp. 357–375.

Este artículo ofrece un análisis de las diferentes funciones que el abogado lleva a cabo en un arbitraje internacional. Dicho análisis se refiere a las reglas elaboradas por diversas instituciones arbitrales –como la CCI o la LCIA– y a organizaciones internacionales, como el CIADI o la Uncitral, reglas que son relativamente uniformes en cuanto a la estructura básica de un arbitraje, previendo una fase oral y otra escrita. La regla general es permitir que el abogado pueda libremente adaptar la estructura y forma de presentar el caso, especialmente si se compara con la rigidez y formalismo imperante en el proceso judicial. Si el arbitraje incluye una audiencia, ésta se llevará a cabo libre de formalismos innecesarios, pero la intervención del abogado seguirá requiriendo del dominio de una técnica, específica y propia del arbitraje. El árbitro ofrecerá siempre la oportunidad de acoger las pretensiones de las partes de la forma más rápida y efectiva, sin trámites procesales innecesarios. La elaboración del laudo constituye la esencia del ejercicio de la función arbitral. El árbitro no es ni un mediador ni un conciliador. Su función primordial, eminentemente jurisdiccional, radica en la emisión de un laudo vinculante y con fuerza de cosa juzgada, basado en premisas de argumentación jurídica, solo impugnables en muy excepcionales supuestos.

TIJMES, J.: “Los objetivos del monto de las sanciones de la OMC: dos modelos explicativos”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, 4.

Exposición de las sanciones impuestas en el contexto de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Los árbitros respectivos han analizado dos objetivos del monto de estas contramedidas: reestablecer el equilibrio de las concesiones o incentivar el cumplimiento de las normas de la OMC por parte del Estado infractor. Sin embargo, los modelos propuestos en esta investigación indican que lograr estos objetivos depende de variables que los árbitros no han considerado en sus decisiones arbitrales.

ZAMBRANA TÉVAR, (N.): *La determinación del Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Cizur Menor (Navarra) 2010, 584 pp. ISBN: 978–84–9903–700–4.

A lo largo de esta monografía de Nicolás Zambrana configura el arbitraje de inversiones como un método de resolución de controversias en el que se aplica mayoritariamente el Derecho internacional, un orden jurídico plenamente operativo no sólo en sus aspectos de orden público sino concebido como orden jurídico sustantivo en el que los tribunales arbitrales pueden basar sus decisiones. Ello es así no sólo si las partes así lo han acordado o si la legislación del Estado parte en la controversia dispone su aplicación, sino cuando la materia objeto de la controversia se regula directamente por el Derecho internacional. A este respecto, el art. 42.1º Convención de Washington establece en primer lugar, que el Tribunal “decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de Derecho acordadas por las partes” para seguir, que “a falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y aquellas normas de Derecho internacional que pudieren ser aplicables”. Y es que en gran parte de los contratos en los que intervienen los inversionistas y el Estado receptor, constituyen verdaderos sistemas jurídicos autosuficientes donde la llamada

“deslocalización” del arbitraje, tiene en esta área una doble vertiente, una inherente al procedimiento y otra privativa del Derecho sustantivo.

No parece que exista demasiado disenso en cuanto a las razones que avalan la elección, en primer lugar, del Derecho de autonomía por las partes. Constituye ésta una tendencia generalizada en el arbitraje internacional, que encuentra ciertas dificultades no obstante en su estricta aplicación al campo de los arbitrajes internacionales de inversiones. Como apunta con acierto el autor de esta obra, la cuestión de cuál es la ley aplicable al arbitraje, en el arbitraje de inversiones, no es pacífica. La importancia de establecer el Derecho aplicable al fondo reside en que con base en el mismo se decidirán aspectos tales como la validez del acuerdo o contrato concluido entre las partes —en caso de que exista tal acuerdo o contrato—, su interpretación, la determinación del correcto cumplimiento del mismo, la imputación del incumplimiento, así como la sanción a imponer. En todos los casos, incluso cuando no existe acuerdo específico entre el inversor y el Estado (caso de las expropiaciones, tratos discriminatorios o tratos injustos o inequitativos), el Derecho aplicable al fondo sigue siendo relevante para determinar si las acciones u omisiones del Estado (y/o las del inversor) merecen alguna reprensión, por haber perjudicado la inversión, en violación de las normas aplicables.

En términos generales, las decisiones de los árbitros han evolucionado desde posiciones que atendían a la primacía del Derecho local hacia construcciones en las cuales el Derecho internacional deja de ser considerado como una norma subsidiaria o con el objetivo de colmar eventuales lagunas (asuntos *Klockner I* o *Amco I*) para pasar a ocupar un papel protagonista (asunto *Wena*). Dicha evolución se pone de manifiesto en la presente monografía, que muestra nítidamente como la jurisprudencia arbitral más reciente ha ido decantando estas cuestiones, para declarar, sin negar la aplicación del Derecho interno, la primacía y el papel, suplementario, correctivo o integrador, del Derecho internacional para evitar que un Estado, el de la sede, ejerza su jurisdicción sobre otro Estado, violando así el principio *par in parem non habet jurisdictionem* (asunto *Aranco v. Indonesia*). En opinión del autor, habría que diferenciar entre arbitrajes en los que se juzga una acción que se sitúa dentro de las potestades soberanas del Estado y arbitrajes de contenido comercial, dentro de los que se situarían los arbitrajes de inversiones, a no ser que se entendiera que, por ejemplo, una concesión de un servicio público es un acto de potestad soberana. En los casos en los que el arbitraje tenga contenido comercial, será más fácil entender que el Derecho internacional público no sea aplicable al arbitraje, del mismo modo que se suele denegar la inmunidad de jurisdicción para los actos *iure gestionis*.

Bien entendido que no todo incumplimiento contractual del Estado constituye automáticamente una violación del Derecho internacional. En la práctica arbitral más reciente se observa que las decisiones del CIADI distinguen entre los incumplimientos contractuales y las violaciones de Tratado, aunque el establecimiento de la línea divisoria entre ambos no es fácil. El Comité *ad hoc* del caso CIADI: *Vivendi / Argentina* sostuvo que son cuestiones distintas un incumplimiento contractual y la violación de un APPRI, afirmando que “un Estado puede violar un tratado sin violar un contrato y *vice versa*” (R.D.F.).

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ASAMI, E.: “La ley japonesa sobre las normas generales de aplicación de las leyes (Ley 78/2006 de 21 de junio)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 691–705.

El inicio del sistema del derecho internacional privado japonés se remonta a finales del siglo XIX cuando los juristas japoneses elaboraron bajo el asesoramiento de los expertos europeos la “Ley sobre aplicación de las leyes”, conocida como la *Horei*. Tras más de 100 años de existencia, la *Horei* fue reformada en su totalidad para culminar con la promulgación en 2006 de la “Ley sobre las Normas Generales de Aplicación de las Leyes”. Se trata de una ley especial e independiente que comprende únicamente las normas de aplicación de las leyes, manteniendo las normas relativas a la competencia judicial internacional, así como el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras dentro del Código de Procedimiento Civil. La modificación más importante es la modernización de la escritura idiomática facilitando así su interpretación. Este cambio supone un gran avance que contribuirá para dar

a conocer las leyes japonesas en el ámbito internacional. El presente artículo señala los antecedentes de dicha reforma y subraya brevemente características de la nueva ley.

BERGÉ, J.-S.: “El Derecho europeo ante la fragmentación del Derecho aplicable a las relaciones internacionales: la mirada del internacional-privatista”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 49–68.

Cuando hablamos del Derecho europeo –de la Unión Europea– enfrentado con la fragmentación de la ley aplicable a las relaciones internacionales, ¿desde qué Derecho hablamos? Para el jurista privatista, se apuntan dos respuestas. La fragmentación del Derecho aplicable puede resultar, en un primer nivel, de un contraste de las soluciones y métodos del Derecho internacional privado y del Derecho europeo. Pero, en un segundo nivel, puede encontrar acomodo en las construcciones apropiadas del Derecho internacional privado europeo.

BOUZA VIDAL, N.: “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado”, *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales (XXIII Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, AEPDIRI, celebradas en la Rioja el 10, 11 y 12 de septiembre de 2009)*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 283–306.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y ANDRÉS P.: “La aportación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al progreso del Derecho internacional”, *Historia de la Facultad de de Derecho (1608–2008)* (M. Santos Coronas, coord.), Oviedo, 2010, pp. 495–570. ISBN 978–84–831–7810–2.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y DE MIGUEL ASENSIO, P.: *Derecho internacional privado (Textos y Materiales)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters–Civitas, 2010, 886 pp. ISBN 978–84–470–3479–6.

Se incardina esta obra en una colección puesta en marcha para la publicación de libros recopilatorios de textos y materiales para hacer frente a la evolución en la enseñanza del Derecho derivada de la adaptación al denominado Espacio Europeo de Educación Superior. Ahora bien, mas allá de la coyuntura ligada a la introducción de los estudios del grado en Derecho en España, la justificación y el interés de una obra de este tipo se vinculan fundamentalmente con la importancia de la jurisprudencia con el objetivo de estimular el conocimiento de la práctica y el estudio de la aplicación e interpretación de las normas de nuestro sistema de DIPr. El carácter de este libro como material para el estudio del DIPr en combinación con los manuales que desarrollan el programa de la asignatura explica que su estructura obedezca a una organización reconocible desde la primera edición de la obra *Derecho internacional privado* de los profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo (Madrid, Civitas, 1999).

Con perfiles propios la presente obra continua una trayectoria iniciada hace casi medio siglo en la por entonces Cátedra de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid y prolongada en la Universidad de Oviedo a partir de 1976. En sus inicios los materiales de apoyo fueron concebidos como un instrumento para la docencia, cuyo objetivo era facilitar la labor de las clases prácticas, seminarios y cursos de Derecho internacional privado en las Facultades de Derecho. Dicha finalidad docente explicaba que la selección de los materiales de las sucesivas ediciones realizadas (que culminaron en el libro de J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Madrid, Tecnos, 1983) fuese arbitraria y parcial, pues se intentaba ofrecer los aspectos que se consideraban más valiosos para ese diálogo entre profesor y alumno que constituye la clase práctica. Aquéllos “materiales” no pretendían en modo alguno componer un repertorio sistemático de jurisprudencia o una selección de textos positivo, limitándose a una recopilación de materiales de trabajo de carácter abierto. No se acompañaba a los textos ninguna indicación de las cuestiones que suscitaban para no condicionar los

resultados de la labor de las clases y seminarios. Conscientemente de todo lo expuesto los autores entendían que eran los textos elegidos los que debían constituir, por sí solos, el centro de la reflexión; aunque para facilitarla se incluyeran las indicaciones bibliográficas precisas. La selección de los textos estaba, además, fuertemente condicionada por las circunstancias históricas en que se desarrollaba el DIPr en España en la década de los setenta y a principios de los ochenta. Si el propósito de los autores era construir el núcleo central de la obra con las aportaciones del Derecho positivo y con decisiones de nuestros Juzgados y Tribunales y órganos de la Administración, en importantes supuestos del tráfico jurídico externo, era un intento vano. La perspectiva estática y dinámica del sistema no permitía cubrir ni con mucho los contenidos de nuestro ordenamiento y era obligado el recurso al DIPr comparado para llenar los numerosos huecos. Tal recurso facilitaba, sin embargo, la exposición de los problemas y de las soluciones con que se enfrentaban los países de nuestro entorno, con el propósito de servir eventualmente de modelo a las futuras soluciones concretas del legislador y del juez españoles en cuestiones que aún no suscitadas en nuestro sistema. Asimismo, el recurso al DIPr convencional también poseía un predominante valor didáctico, toda vez que nuestro país no se había introducido más que tímidamente en el entramado de compromisos internacionales que regulan las relaciones del tráfico externo y que, por otro lado, nuestros Tribunales eran generalmente hostiles a aplicar los escasos tratados que obligaban a nuestro país. El final de la década de los ochenta aportaría nuevos aires a la situación anterior.

El desarrollo legislativo de la Constitución de 1978, los valores que ha incorporado y la apertura hacia el exterior que ha propiciado han tenido la virtud de modelar un nuevo sistema de DIPr que, en ciertos sectores como el Derecho judicial internacional, ofrece un carácter mucho más completo y homogéneo y, también, de propiciar una práctica abundante en extensión y prolífica en problemas. Ello se tradujo en un nuevo modo de enfocar el estudio del DIPr donde el tríptico tradicional de la doctrina española (DIPr comparado, DIPr convencional y DIPr autónomo), cedía en favor del estudio de las normas internas y de los tratados internacionales, a los que nos hemos incorporado en gran número en los últimos tiempos. Esta circunstancia obligaba a imprimir un nuevo sesgo a la “clase práctica”, no centrado exclusivamente en la valoración de un “caso” resuelto por un Tribunal. Más recientemente, la asunción de competencias por la Unión Europea en materia de DIPr ha dotado a esta disciplina de una vitalidad inusitada. Los cambios legislativos se suceden vertiginosamente y apenas hay tiempo para consolidar, a través de la jurisprudencia, la aplicación del sistema jurídico. Difícilmente podrá hallarse otra época en que las normas jurídicas acrediten semejante grado de efímera levedad y pronta caducidad. Es de esperar que tamaño furor legislativo se atempere y el legislador comunitario repare en la conveniencia de meditar la promulgación de sus normas con más paciencia y afán de perdurabilidad. En tanto no se percate de ello, es menester tratar de adecuarse a su frenético ritmo y adaptar los textos doctrinales a su capricho y por descontado los materiales de apoyo del tenor de los incluidos en el presente libro.

En un libro de materiales como el ahora reseñado la pluralidad de ámbitos de producción jurídica y de instrumentos normativos característica del DIPr dota de una especial importancia a la cuidada labor de selección de textos normativos llevada a cabo por los autores. Esa pluralidad de fuentes legales se desarrolla en paralelo a la creciente importancia de una diversidad de foros judiciales. En particular, la progresiva unificación del DIPr en el seno de la UE y el singular valor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tiene su reflejo en el gran peso de las decisiones europeas, que ocupan un lugar destacado en el conjunto del libro. Asimismo, la creciente interacción entre el DIPr y la normativa europea de derechos humanos se corresponde con la selección de ciertas sentencias del TEDH, como sucede en particular en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones con las sentencias *Pellegrini* y *Maumousseau*. Ninguna selección es proceso sencillo. A menudo la calidad de las obras se mide por la sabiduría con que se ha sabido prescindir para alcanzar el equilibrio deseable. No está de más resaltar en esta obra la habilidad con que se han escogido los textos y que sólo se aprecia en toda su extensión cuando se tiene el acierto de utilizarlos en las aulas para la finalidad con que han sido concebidos. **Sixto A. Sánchez Lorenzo** (Universidad de Granada).

GUZMÁN ZAPATER, M.: “Algunas variables económicas y el alcance de la ley nacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 20, 2010.

HSU, Yao-Ming: “Los nuevos códigos de Derecho internacional privado de China y Taiwán de 2010—especial referencia a la materia de familia”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 669–689.

Hemos resumido brevemente la reforma o la nueva codificación de Derecho internacional privado de Taiwán y China. Estas nuevas normativas muestran, de una forma ambiciosa, la intención de adaptarse a las más novedosas tendencias internacionales pero manteniendo también sus propias particularidades. Especialmente en el ámbito de la *lex personalis*, Taiwán ha optado por la *lex patriae*, pero China ha preferido la ley de la residencia habitual. Esta diferencia en la *ratio legis* trae como resultado normas de conflicto distintas en Derecho de familia a ambos lados del estrecho de Taiwán. Después de la promulgación de las nuevas leyes, desde el 26 de mayo de 2011 en Taiwán y desde el 1 de abril de 2011 en China, estas diferencias crearán probablemente otras divergencias en materia de familia, incluso aunque a ambos lados del estrecho de Taiwán existan otras normativas específicas sobre los conflictos de leyes en esa región. Además, se observan algunas ambigüedades en ciertas previsiones de las leyes china y taiwanesa. Para su futura aplicación se necesita un mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinal.

REQUEJO ISIDRO, M., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., CARBALLO PIÑEIRO, L., MASEDA RODRIGUEZ, J. PARADELA ARÁN; P. y RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: *Materiales didácticos: Derecho internacional privado*, Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2010. ISBN 978-8-49887-282-8.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A.: “Una obra inédita sobre Derecho internacional privado del Profesor Mariano Aguilar Navarro (1916–1992)”, *Revista jurídica de Asturias*, n° 34, 2010, pp. 203–292.

VAN LOON, H.: “The Accommodation of Religious Laws in Cross-Border Situations: the Contribution of the Hague Conference on Private International Law”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 2, n° 1, pp. 261–267.

La interconexión del mundo que se observa en todas las esferas de la actividad humana no ha terminado con la diversidad de legislaciones y de países en el planeta Tierra. Ello puede frustrar las expectativas de los particulares que desarrollan una vida internacional. El “choque de civilizaciones” que puede surgir a partir del enfrentamiento entre la cultura jurídica occidental y la musulmana puede ser paliado gracias a la labor de organismos internacionales como la Conferencia de La Haya de DIPr. Así, por ejemplo, la Conferencia ha impulsado instrumentos legales para regular adecuadamente los efectos jurídicos en Europa de los divorcios unilaterales o repudios, la protección de los menores desamparados en casos internacionales y para velar por la protección del derecho de los menores a relacionarse con sus padres incluso en supuestos transfronterizos.

DERECHO INTERTERRITORIAL

ACEDO PENCO, A.: “Derecho civil autonómico versus Derecho civil estatal. Estado de la cuestión tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n° 28, 2010, pp. 245–259.

ÁLVAREZ OLALLA, M.P.: "La incidencia de la Ley concursal en los regímenes económicos matrimoniales de Derecho foral, a la luz del reparto competencial establecido en la Constitución", *Derecho privado y Constitución*, nº 24, 2010, pp. 67–108.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: "Hacia una vecindad vasca: la futura ley de Derecho civil vasco", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 595–614.

Ante la diversidad normativa interna que caracteriza al Derecho civil vasco, el objetivo de estas reflexiones se orienta desde un ángulo histórico, hacia la apreciación de la voluntad del legislador autonómico vasco de pretender adaptarse a sus circunstancias particulares, que requieren respuestas normativas específicas. Éstas se articulan a través de normas que desempeñan una función especial, dentro del Derecho interregional, enmarcada en una subcategoría que cabe calificar como Derecho interlocal, en una vertiente *ad intra* del sistema, con la pretensión de responder a las peculiaridades derivadas de la parcelación del Fuero y la diversidad legislativa que caracteriza al Derecho civil foral vasco.

ARENAS GARCÍA, R.: "Condicionantes y principios del Derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo, fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 547–593.

El Derecho civil español es un sistema complejo. No solamente el Estado central sino también algunas CC AA son competentes en materia civil. En los últimos treinta años los Derechos civiles autonómicos han experimentado un importante desarrollo que ha superado los límites marcados por la CE. Este desarrollo es causa de ciertas tensiones que afectan a la articulación de los Derechos civiles españoles y a la unidad de la jurisdicción. La creciente relevancia de la actuación de la UE en materia de DIPr también tiene que ser considerada, ya que afecta al ámbito de aplicación territorial y personal de los Derechos civiles españoles.

BEAUMONT, P. y BREMNER, P.: "Conflictos interregionales dentro del Reino Unido en relación con el Derecho internacional privado en materia de sucesiones: la evolución de la norma jurídica aplicable", *Revista valenciana d'estudis autònoms*, nº 54, 2, 2010, pp. 258–274.

BLASCO GASCÓ, F. de P.: "La competencia legislativa de la Generalitat Valenciana en materia de Derecho Civil", *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº 33, 2010, pp. 7–30.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "Quin hauria de ser el paper del veïnatge civil en el Dret interregional del futur?", *Revista jurídica de Catalunya* (Cinquantè aniversari de la compilació de Dret Civil de Catalunya), vol. 109, nº 4, 2010, pp. 995–1020

GINEBRA MOLINS, M.E.: "El canvi de veïnatge civil per residència: la suspensió del termini de deu anys. Veïnatge civil, principi d'unitat familiar. La determinació del règim econòmic matrimonial (Comentari de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 1/2009, de 12 de gener)", *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 11, 2010, pp. 169–224

HUALDE MANSO, M.T.: "Aspectos nuevos y problemas antiguos de la adquisición de la vecindad civil y de su prueba", *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, nº 720, 2010, pp. 1485–1558.

LLOVERAS I FERRER, M.-R.: “La competencia en Derecho civil en la STC sobre el Estatuto”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2010, 13 pp.

La STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña incluye el art. 129 –Derecho civil– entre los que solo resultan conformes con la Constitución si se interpretan de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional. El TC se ha limitado a aplicar automáticamente su doctrina precedente sobre los términos “conservación, modificación y desarrollo” y a negar que las submaterias reservadas al Estado mediante la cláusula “en todo caso” del art. 149.1.8 sea el único límite existente a la competencia exclusiva de la Generalidad. El TC mantiene la doctrina de la especialidad del derecho civil catalán cuando hoy día es un derecho de aplicación normal y general en Cataluña. Se apunta también como elemento de crítica la evolución del mismo art. 149.1 CE y el nulo papel interpretativo que para el TC tiene el Código civil español.

PÉREZ MILLA, J.: “Una perspectiva de renovación y dos parámetros de solución en los actuales conflictos internos de leyes españolas”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 615–637.

España es un Estado plurilegislativo que se organiza territorialmente. Sin embargo, la territorialidad ha generado disfunciones que se agravan tanto por la expansión de los Derechos autonómicos como por la crisis económica. El artículo analiza cómo superar las distorsiones de la territorialidad desde dos parámetros de solución. En primer lugar, desde un punto de vista constitucional, fortaleciendo el equilibrio de la organización plurilegislativa. En segundo lugar, implementando un nuevo principio de actuación que proviene de la Directiva de servicios. La finalidad que se pretende consiste en facilitar la comunicación entre los diferentes territorios españoles y para ello es necesario desarrollar suficientemente un sistema de solución de conflictos internos de leyes españolas.

PÉREZ MILLA, J.: *Conflictos internos de leyes española, en la frontera*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2010, 363 pp. ISBN: 978-84-937815-2-1.

Esta obra obtuvo el VIII Premio “Manuel Giménez Abad” para trabajos de investigación sobre la descentralización política y territorial (año 2010). El estudio se sitúa en los confines interior (constitucional) y exterior (internacional) de la dimensión interna del Derecho internacional privado. Es evidente que los dos espacios no mantienen una relación interdependiente (causa/efecto) pero sí que uno complementa al otro. Está claro que la primera parte de la obra, la frontera constitucional, puede existir sin la segunda pero en ningún caso puede afrontarse una solución correcta de los conflictos mixtos al margen de los fundamentos constitucionales que estructuran el marco conflictual. A su vez, proyectar en estos conflictos mixtos las soluciones que se derivan de la dimensión constitucional sirve de *test* para valorar si, jurídicamente, son respuestas idóneas. En un intento de clarificar la exposición el autor ha procedido a realizar un acercamiento progresivo a la estructura constitucional de los conflictos internos: de este modo, existe una primera aproximación a los cimientos de la construcción para definir el principio de territorialidad y descubrir los tres modelos que origina; después, se consideran ciertas distorsiones que produce el modelo territorial, posteriormente se analiza cómo y por qué se producen conflictos de leyes en los diferentes modelos territoriales, distinguiendo aquellos de claro signo jurídico privado (interregionales) y otros (territoriales) donde predomina la regulación jurídica pública; para terminar, en función de las conclusiones a las que se ha llegado, se procede a revisar el contenido de la competencia conflictual del Estado y se pretende establecer una estructura más precisa de los conflictos de leyes en la España de las Autonomías. Realizado el análisis de la estructura territorial del Estado de las Autonomías, el modelo resultante es proyectado y testado para comprobar su capacidad de resolución respecto de los conflictos internos en la frontera exterior. La segunda parte es objeto de un análisis casuístico, siendo el objetivo principal generar respuestas concretas y fundamentadas a las cuestiones, cada vez más comunes, que plantean los conflictos de

leyes mixtos y que se reúnen en una: ¿cómo se individualiza el Derecho español aplicable a una situación de tráfico externo?

REVUELTA PÉREZ, I. y NARBÓN LAÍNEZ, E.J.: “Ejecución de sentencias en materia urbanística de la adquisición de la vecindad civil y de su prueba”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, n° 720, 2010, pp. 1595–1646.

RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: “La propuesta de reglamento sobre sucesiones y testamentos y su posible aplicación al Derecho interregional: especial consideración de los pactos sucesorios”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 639–665.

Estudio sobre la posibilidad de resolver los conflictos de leyes internos a través de normas de origen convencional e institucional desde una perspectiva concreta: la determinación de la ley aplicable a los pactos sucesorios. En primer lugar, se realiza una simulación aplicando a tres ejemplos de conflictos de leyes internos que afectan a pactos sucesorios la regulación de la Propuesta de Reglamento de sucesiones y testamentos y el art. 9.8º Cc. En segundo lugar, se valoran los resultados desde el punto de vista de los intereses de los pactos sucesorios y de las exigencias del Derecho interregional. En tercer lugar, se toma posición al respecto y se plantean nuevas posibles interpretaciones del art. 9.8º Cc.

DERECHO MARÍTIMO INTERNACIONAL

RUIZ SOROA, J.M.: “La responsabilidad del transportista marítimo de mercancías en las Reglas de Rotterdam: una guía de urgencia”, *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, n° 4, 2010, pp. 13–38.

Noticia del contenido del Convenio de Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o parcialmente marítimo de 11 de diciembre de 2008 (conocido como Reglas de Rotterdam), que incluye el análisis de su contenido normativo con respecto a los principales tópicos conflictivos del transporte marítimo. El estudio se efectúa en relación con las vigentes Reglas de La Haya–Visby 1924/1968 y de Hamburgo 1978. Se ponen de relieve los principales defectos de las nuevas Reglas de Rotterdam en cuanto al ámbito material regulado, el fundamento de la responsabilidad del transportista, la libertad contractual en los llamados “contratos de volumen” y la posibilidad de los Estados firmantes de autoexcluirse de la regulación de los capítulos 14 y 15.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL E INTERNACIONAL PENAL

BADÍA MARTÍ, A.: “La trata de niños en el ámbito jurídico internacional”, *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaguerre, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 115–128.

ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J.: “Perspectivas de la cooperación internacional en el marco de las organizaciones internacionales frente a la trata de personas, con especial referencia a la trata de niños”, *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaguerre, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 129–138.

MARTÍNEZ RIVAS, F.: “Notas de urgencia sobre el principio de justicia universal y la reforma del art. 23.4 de la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 359–375.

PALOMO DEL ARCO, A.: “Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en el otro Estado europeo”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 21, 2010, pp. 115–184.

En el ámbito penal, por concepciones soberanistas clásicas, fuertemente arraigadas, la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, hasta hace unas décadas, era cuestión prácticamente inexistente. Sin embargo, en nuestro viejo continente, inicialmente en el seno del Consejo de Europa, fueron adoptándose diversos instrumentos con este fin. Posteriormente, la Comunidad Europea intentó, con muy limitado éxito, reforzar la aplicación de esos convenios entre sus Estados miembros. Ulteriormente, dentro ya de Tercer Pilar, donde los instrumentos de cooperación se basan preferentemente en el criterio del reconocimiento mutuo, varios de ellos tienen como objeto el reconocimiento y ejecución de diversas sanciones penales adoptadas por otro Estado de la Unión Europea: sanciones pecuniarias, decomiso, penas y medidas privativas de libertad, vigilancia ligada a sustitutivos penales, penas condicionales y libertad vigilada. Describir de manera contextualizada los instrumentos que regulan la ejecución de sentencias penales dictadas por otros Estados europeos es el objetivo de este artículo, dada su diversa vigencia y obligatoriedad, de especial interés en el ámbito de la Unión Europea, donde nos encontramos en período de adaptación a nuestro ordenamiento interno de la mayoría de ellos, además de la especial trascendencia, propiciada por la vigencia del Tratado de Lisboa, donde, con la desaparición de los pilares, la cooperación judicial penal pasa a ser una política común más.

REMIRO BROTONS, A.: “Crímenes internacionales, jueces estatales”, *Política exterior*, vol. 24, nº 134, 2010, pp. 59–68.

El Parlamento español ha modificado la ley que regula el principio de jurisdicción universal. Pese al necesario ajuste de la norma original, son muchos quienes afirman que la reforma no ha ido acompañada de un debate suficiente y es resultado de presiones diplomáticas. El texto resultante de la enmienda mixtifica y limita el alcance de la jurisdicción universal. La mixtifica porque trasunta en ella el principio de personalidad pasiva (víctimas españolas) e, incluso, un principio de enunciado ambiguo y deslizante (la existencia de un vínculo de conexión relevante con España). La limita porque, en adelante, el ejercicio de jurisdicción sobre presuntos crímenes cometidos en el extranjero sin conexión relevante con España ni víctimas españolas exigirá probar que los responsables se encuentran en España. Esta exigencia que concreta el juez universal en el *iudex apprehensionis* había sido prevista para los delitos relativos a la mutilación genital femenina y también era aplicable a los crímenes de guerra, según las previsiones de los “tratados o convenios” en que es parte España; ahora, con la enmienda, la exigencia se generaliza.

DIVORCIO

RUIZ SUTIL, C.: “La incidencia del Derecho internacional privado en el tráfico jurídico entre España y Marruecos en supuestos de crisis matrimonial”, *Revista jurídica del notariado*, nº 76, 2010, , pp. 341–370.

ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

CEREIJO SOTO, A.: “Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso”, *Diario La Ley*, nº 7457, 2010.

La entrada en vigor de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso, supone un paso más en la incorporación de un conjunto de Decisiones Marco en materia de decomiso. En el presente trabajo, después de plasmar las características principales de esta nueva norma, se realiza un estudio crítico del nuevo concepto de decomiso que surge tras esta novedosa legislación.

DONAIRE VILLA, F.J.: “El espacio de libertad, seguridad y justicia tras el Tratado de Lisboa: entre supranacionalidad e integración diferenciada”, *Civitas. Revista española de Derecho europeo*, nº 35, 2010, pp. 337–364.

GUZMÁN ZAPATER, M.: “Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿cuánto hay de nuevo?”, *Diario La Ley*, nº 7479, 2010.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: “El camino hacia un Derecho civil europeo armonizado, una tarea... ¿llegando a su final?”, *Actualidad civil*, nº 11, 2010.

MEDINA ORTEGA, M.: “El Derecho patrimonial europeo en la perspectiva del programa de Estocolmo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 69–90.

El principio del reconocimiento mutuo y su aplicación sobre la base de las normas sobre competencia, reconocimiento de sentencias y otros actos jurídicos y la aplicación de normas de Derecho de conflictos resulta insatisfactorio para una Unión que pretende establecer un mercado interior en el que las personas, las mercancías, los capitales y los servicios no queden sometidos a la arbitrariedad de la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico por razones de técnica jurídica. Por muchos argumentos que se esgriman a favor del carácter “vivo” del Derecho y su vinculación a las culturas y tradiciones nacionales, la Unión Europea, en cuanto gran espacio de paz supranacional, está desarrollando su propia sociedad y su propia cultura social y jurídica que no puede quedar fragmentada por el capricho de teorías sociológicas y jurídicas nostálgicas de culturas de “los pueblos de Europa” que en nuestro tiempo y ante nuestros ojos se están fundiendo en una comunidad política unificada. El acervo europeo en materia contractual es ya importante, aunque disperso en un conjunto de instrumentos que tratan de armonizar sectores determinados del ordenamiento jurídico, sobre todo en el ámbito de la protección de los consumidores. En este contexto, el MCR es un proyecto más ambicioso y su destino es todavía incierto, aunque tanto la Comisión como el Parlamento Europeo están haciendo todo lo posible para sacarlo adelante, en la forma prudente de un instrumento facultativo al que las partes podrían recurrir sin tener que someterse a un Derecho estatal determinado. La tarea no es fácil, pero la multiplicación de esfuerzos durante la última década por parte de las instituciones comunes por conseguir la armonización del Derecho patrimonial europeo ponen de manifiesto que estamos ante una tarea necesaria y urgente que los ciudadanos europeos reclaman hoy como parte esencial del Espacio de Libertad y Justicia establecido por los Tratados de la Unión Europea.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

AGUILAR GRIEDER, H.: “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 2, nº 1, 2010, pp. 308–338.

El Tratado de Ámsterdam supuso un cambio radical para la cooperación judicial en materia civil. El Tratado de Lisboa introduce en su capítulo 3 una nueva regulación de la cooperación judicial en materia civil. Un análisis de dicha regulación nos muestra que el Tratado de Lisboa tan sólo pretende introducir un cambio sosegado, moderado, en esta materia. El Tratado de Lisboa pretende dar un paso más, aunque firme, en su consolidación, pero no reformar sustancialmente su contenido. El objetivo de este estudio es mostrar la política “de paso a paso” adoptada por la Unión Europea en relación con el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, así como el sendero que las instituciones comunitarias se proponen seguir en un futuro próximo.

BORRÁS, A.: “La aplicación del Reglamento Bruselas I a domiciliados en terceros Estados: los trabajos del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 795–814.

El Grupo Europeo de Derecho internacional privado se plantea la revisión del RB I que, además, se traducirá en una modificación del Convenio de Lugano revisado de 2007. Un elemento importante en esta revisión se refiere a la aplicación del Reglamento a demandados domiciliados en un tercer Estado, puesto que constituye un paso adelante importante en la comunitarización o, en una terminología más acorde con el momento actual, en la “europeización” de las reglas de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. Es preciso ver ahora si los Estados están dispuestos a dar este paso en este momento o si, por el contrario, puede quedar para un momento posterior, como otros aspectos de la revisión que probablemente se quedarán en el tintero. Ejemplos claros se han visto en la propuesta del GEDIP y, en particular, en lo que se refiere a la introducción de “reglas espejo” en materia de competencia exclusiva y cláusulas de sumisión y al establecimiento de reglas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas en Estados terceros.

CHICHARRO LÁZARO, A.: “Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo: Los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 20, 2010.

GUZMÁN ZAPATER, M.: “Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 21, 2010.

Dentro del ELSJ con el Tratado de Lisboa distintos datos permiten pensar que ha tenido lugar un avance en el desarrollo de la dimensión de Justicia y particularmente en el ámbito de la cooperación judicial civil. Sin precedente en el Tratado anterior, se incorpora una definición de la noción con un fuerte componente jurídico basado en el objetivo de asegurar el derecho a la tutela judicial en las relaciones privadas intracomunitarias en materia civil, dentro del doble límite del respeto a las diversidades nacionales y a la normativa sobre derechos humanos. A esta doble lealtad se adecua el principio reconocimiento mutuo de actas y decisiones, elevado a la categoría de Derecho originario, bien que reformulado. Este dato, junto a otros como la ampliación del ámbito material de la cooperación civil, permite pensar en un nuevo sistema de DIPr principalmente concebido para las relaciones privadas intracomunitarias pero dotado de una base competencial amplia, que va a facilitar la proyección de las normas europeas en las relaciones con terceros Estados, afectando a la competencia normativa de los Estados miembros en materia de DIPr.

MASEDA RODRÍGUEZ, J.: “Reglamento (CE) 1348/2000 relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en el ámbito de la Unión Europea: concepto de documento extrajudicial y admisibilidad de la cuestión prejudicial. (A propósito de la STJCE de 25 de junio de 2009, As. Roda Golf & Beach Resort SL)”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 309, 2010, pp. 141–156.

ORTIZ VIDAL, M.D.: “Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 2, nº 1, 2010, pp. 376–402.

Los objetivos prioritarios de la UE consisten en la creación de un auténtico espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y el establecimiento de un verdadero mercado interior. La instauración de un espacio judicial europeo exige la eliminación de barreras jurídico-públicas y barreras jurídico-privadas que dificultan la creación de un “espacio sin fronteras interiores” en el que el ciudadano pueda ejercitar sus derechos fundamentales y sus libertades comunitarias. En definitiva, tales barreras obstaculizan el correcto funcionamiento del mercado interior. Por tal razón y para lograr dichos objetivos, las instituciones comunitarias resultan competentes para adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en

materia civil con repercusión transfronteriza fundada en dos herramientas: El mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales y extrajudiciales y la “aproximación” de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Ahora bien, para formar un único “Estado” resulta imprescindible que los países de la UE compartan valores sociales, morales y jurídicos similares. En consecuencia, la creación de un auténtico espacio judicial europeo únicamente tiene sentido si actúa como “herramienta” para alcanzar el “correcto funcionamiento” del mercado interior.

RIDAURA MARTINEZ, M.J.: “El nuevo proceso europeo de escasa cuantía”, *Noticias UE*, nº 302, 2010, pp. 5–15

EXTRANJERÍA

AGUELO NAVARRO, P.: “Claves de la reforma de la Ley de extranjería”, *Iuris*, nº 146, 2010, pp. 56–62.

APARICIO CHOTRÉ, L.: “Luces y sombras de la nueva regulación de la reagrupación familiar en la reforma de la Ley de Extranjería. Comentarios jurisprudenciales”, *Rev. Europea de derechos fundamentales*, nº 16, 2010, pp. 173–206

ARRESE IRIONDO, M.N.: “La problemática jurídica de las situaciones irregulares: la expulsión como sanción a la situación irregular”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 25, 2010, pp. 73–98.

La última reforma de la Ley Orgánica de Extranjería sigue tipificando como infracción administrativa la estancia irregular en territorio estatal. A estos efectos, asumiendo la previa jurisprudencia sobre la materia, especifica cuándo se ha de castigar tal conducta con multa y cuándo con expulsión. Sobre esta última, además, introduce determinadas matizaciones procedimentales vinculadas a la tramitación de los procedimientos sancionadores, el internamiento y la impugnación y suspensión de las órdenes de expulsión.

BONILLA CORREA, J.A.: “Tratamiento de los delincuentes extranjeros: medidas de expulsión. Consideraciones político-criminales”, *Diario La Ley*, nº 7445, 2010.

CANO, M^a A.: “Protección internacional de los derechos humanos de los trabajadores migratorios”, *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 63, 2010 (Ejemplar dedicado a: Europa y los Derechos Humanos), pp. 137–162

FERNÁNDEZ ARÉVALO, “Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 24, 2010, pp. 11–36.

FREIRE DE CORREIA DE GUSMAO, A.C.: “El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario” *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 23, 2010, pp. 113–160.

Estudio de la reagrupación familiar de los extranjeros en España, analizando previamente el concepto de familia dentro del ámbito interno y externo para llegar a la conclusión del modelo de familia que ha utilizado el legislador español para regular la reagrupación familiar y su procedimiento. Se realiza, asimismo, un análisis detallado sobre el ámbito de aplicación personal y su procedimiento en la actual legislación de extranjería tanto en el régimen general como en el comunitario, recientemente modificada por 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 vigor desde 14 de diciembre de 2009.

MARÍN CONSARNAU, D.: *La reagrupación familiar en el régimen comunitario: problemas de discriminación inversa*, Barcelona, Bosch, 2010, 252 pp., ISBN: 978-84-7698-901-2.

El presente libro ofrece un estudio de la reagrupación familiar basado en el régimen jurídico de extranjería aplicable al reagrupante en función de si se trata de un reagrupante ciudadano de la Unión o nacional español. La pérdida del trato equivalente que se producía en la reagrupación familiar anterior al año 2007 así lo justifica. La normativa vigente supone la existencia de regulaciones diferentes para la reagrupación con diferencias entre estos reagrupantes, no tanto en las relaciones reconocidas, como sí en la propia ordenación del procedimiento para ciertos familiares. Lo cual, se defiende en el estudio, genera situaciones de discriminación inversa que se catalogan de anacrónicas, vulnera el Derecho comunitario, y los principios constitucionales de igualdad y no discriminación. Asimismo, las obligaciones de Derecho comunitario exigían al legislador interno a proceder con la transposición de la Directiva 2004/38/CE, que también ha sido examinada en el trabajo a través de la norma interna de transposición, el RD 240/2007, de 16 de febrero, mediante la propuesta de soluciones a los preceptos que presentan síntomas de deficiente o incorrecta transposición. A todo ello, también se alcanzan las dificultades existentes en referencia a las relaciones familiares, sobre todo uniones no matrimoniales, ascendientes y menores extranjeros con progenitor español, que ante el obstáculo de pautas restrictivas han puesto en marcha la maquinaria judicial, cuya interpretación también quiere recogerse en el trabajo, en aras a exponer la ecuación que domina en las cuestiones de extranjería: problemática en la normativa, problemática en la gestión práctica y recurso a los tribunales, igual a criterios interpretativos jurisprudenciales ignorados?.

PEMÁN GAVÍN, J.M. y EZQUERRA HUERVA, A.: “El empadronamiento de extranjeros en situación irregular: sobre la capacidad de actuación de los Ayuntamientos al respecto”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 11, 2010, pp. 72–83.

IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: “La regularización de la situación administrativa de los padres de menores españoles en situación irregular”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 25, 2010, pp. 35–53.

La inexpulsabilidad de los padres de niños españoles, declarada por el Tribunal Supremo, así como la dudosa compatibilidad de la situación de “tolerancia” de su estancia irregular con el Derecho de la Unión Europea y con determinadas consideraciones ligadas al respeto a los derechos fundamentales, abogan por el establecimiento de un cauce normativo destinado a su regularización. En este trabajo se exploran las posibilidades ofrecidas por el actual ordenamiento jurídico español, a través de la aplicación de la figura del arraigo, la aplicación directa del art. 31 de la Ley de extranjería y la aplicación de cauce de la disposición adicional primera de su reglamento, concluyendo –por distintas causas– la inadecuación de éstas para la regulación del supuesto del que nos ocupamos. Tras dicha constatación, se concluye la necesidad de evitar una situación de discriminación inversa, que se considera contraria al principio constitucional de igualdad, y se aboga por la equiparación de la situación jurídica con la de los progenitores en situación irregular de menores con nacionalidad de otros Estados miembros de la UE, establecida por la jurisprudencia del TJ en su sentencia en el asunto *Chen*.

LEANDRO VIEIRA DA COSTA, P.: “La expulsión de los extranjeros ‘sin papeles’”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 21, 2010, pp. 149–168.

La expulsión de los extranjeros irregulares en el ordenamiento jurídico español puede ser gubernativa, en virtud de la comisión de infracciones administrativas; o producirse en el marco de un proceso penal como sustitución de penas privativas de libertad o de medidas de seguridad. En ambos casos, nos encontramos ante manifestaciones de un verdadero Derecho penal del enemigo vinculado a la restrictiva política de extranjería gestionada por la Administración. Atendiendo a la importante función que cum-

plen los extranjeros en la economía española, en este Derecho penal del enemigo prima la faceta simbólica. En cualquier caso, esta regulación resulta ilegítima y hay indicios de que carece de legitimación democrática.

PÉREZ GONZÁLEZ, C.: “La expulsión de los extranjeros en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 20, 2010.

PÉREZ GURREA, R.: “La posición jurídica de los extranjeros a la luz del texto constitucional, de la nueva Ley 2/2009 de 11 de diciembre de reforma de la Ley de Extranjería y de la normativa de desarrollo”, *Diario La Ley*, nº 7472, 2010.

RODRÍGUEZ-PÍÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La nueva legislación de extranjería e inmigración”, *Diario La Ley*, nº 7423, 2010.

La LO 2/2009 ha introducido una amplia reforma de la LO 4/2009, que ha afectado a la mayor parte de sus preceptos y que ha incidido en temas de especial trascendencia. El objeto fundamental de la reforma ha sido incorporar diversas directivas comunitarias a nuestro ordenamiento jurídico, las cuales, preocupadas por la situación de relativo descontrol de la migración y la dificultad de ordenar los flujos migratorios, ha tratado de establecer reglas armonizadas para asegurar que la migración se ajuste a las necesidades del mercado de trabajo y a la capacidad de acogida del país, reforzando para ello los mecanismos de vigilancia y de control de la migración legal, la lucha contra la inmigración ilegal, además de potenciar los instrumentos de integración social de los inmigrantes con residencia legal, especialmente los inmigrantes en situación regular. En su conjunto, la LO 2/2009 ha mejorado la situación de los inmigrantes legales, cuya integración se declara como un eje central de la política migratoria española y, al mismo tiempo, trata de evitar y de eliminar en lo posible la inmigración irregular, reforzando los controles, agravando el régimen sancionador y facilitando la expulsión de los extranjeros en situación irregular. En algunos derechos fundamentales se ha producido un reforzamiento, entre ellos en el derecho de libertad sindical y de huelga pero, al mismo tiempo, se han delimitado con mayor rigor las posibilidades de reagrupación familiar y, sobre todo, se ha regulado de forma más rigurosa el acceso “legal” al mercado de trabajo, muy condicionado por las necesidades del mercado, si bien se mejora la situación de los residentes legales y muy en especial de los de larga duración. El núcleo central de la reforma ha sido el fortalecimiento de la lucha contra la inmigración ilegal, tanto respecto al régimen sancionador, como, sobre todo, respecto a la expulsión o retorno de extranjeros en situación irregular, facilitando el retorno forzoso derivado de decisiones de expulsión y devolución, aparte de la denegación de entrada. En relación con estas decisiones, se prevé el uso de medidas coercitivas, incluido un régimen más prolongado de internamiento. La LO 2/2009 favorece, además, la coordinación de las Administraciones Públicas y el diálogo social sobre la inmigración.

SARDINA CÁMARA, P.: “Las autorizaciones de trabajo de extranjeros no comunitarios de muy alta y específica cualificación profesional: comentario a la STS 14 de mayo de 2010”, *Diario La Ley*, nº 7486, 2010.

TRINIDAD NUÑEZ, P.: “Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los menores extranjeros separados o no acompañados”, *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaygua, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 239-274.

VILLaverde Menéndez, I.: “La inscripción de extranjeros en el padrón municipal: a propósito de la polémica decisión del Ayuntamiento de Vic”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 12, 2010, pp. 32–41.

FAMILIA

DIAGO DIAGO, M.P.: “La *kafala* islámica en España”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 140–164.

La *kafala* es una institución muy compleja que tiene un marcado carácter multifuncional, y que cuenta con un poderoso componente religioso. Todo ello hace que se resista a toda tentativa de asimilación plena, con las instituciones del Derecho español, complicando la tarea de Derecho internacional privado de asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas en situaciones transfronterizas. La sustitución integral de la *kafala* por una medida de protección del menor propia de nuestro sistema y en especial, por la adopción, acogimiento o tutela, desencadena una metamorfosis artificial de aquella no justificada. Las resoluciones de *kafala* una vez reconocidas en España, deben poder desplegar los efectos que le son propios, según la ley extranjera de origen y en atención a cada supuesto concreto; esto es, examinado el contenido del acto de constitución, se procederá a la equiparación funcional con la figura de Derecho español, que pueda dar la cobertura suficiente al efecto reclamado.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El Derecho de familia desde una perspectiva europea”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, n° 54, 2, 2010, pp. 76-92.

GUZMÁN PECES, M.: “¿Hacia un Derecho dispositivo en materia de estatuto personal y familiar?. Reflexiones a la luz del Derecho internacional privado español”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 491–510.

Estudio de algunas de las últimas reformas legislativas en materia de estatuto personal y familiar de diferente fuente de producción normativa para inducir si existe una tendencia hacia un Derecho dispositivo en el Derecho internacional privado actual tanto en el ámbito de la competencia judicial internacional como en el sector del Derecho aplicable. Para ello se analizan diversas instituciones jurídicas como la filiación, el matrimonio y las obligaciones alimenticias.

PAREDES PÉREZ, J.I.: “La incidencia de los derechos fundamentales en la ley aplicable al estatuto familiar”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 471–490.

La vocación universalista de los Derechos humanos, en lugar de suavizar los particularismos entre los diferentes ordenamientos jurídicos, ha fomentado el conflicto de civilizaciones, y con ello, la alteración de las funciones del DIPr. Más allá de la función de coordinación entre los ordenamientos jurídicos, el DIPr actual deviene un DIPr de cooperación intercultural, preocupado más por evitar la constitución de situaciones jurídicas claudicantes, que por el objetivo clásico de la armonía internacional de las soluciones. El DIPr de la familia deviene, en este sentido, un auténtico banco de prueba de la incidencia que han tenido, y siguen teniendo hoy, los derechos fundamentales no solo en relación con los objetivos del DIPr, sino también en la construcción del sistema y en el funcionamiento de las mismas técnicas de reglamentación.

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, n° 1, 2010, pp. 186–202.

La concreción del criterio para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal ha resultado una cuestión históricamente debatida en Derecho internacional privado por la existencia de tres opciones de política legislativa: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual. La cuestión ha adquirido un

renovado interés en los últimos tiempos por dos razones: la pretensión moderna de una aplicación multicultural del Derecho de familia (que se vería favorecida por la utilización de la conexión de la nacionalidad, en particular en países con un elevado número de inmigrantes como es el caso de España) y la elaboración de un Derecho comunitario europeo de familia (basada en el recurso a la residencia habitual como criterio políticamente integrador). Con vistas a una eventual reforma, el sistema español de Derecho internacional privado no puede resultar ajeno a este debate.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “La UE y el Mediterráneo ¿Hacia un marco jurídico transnacional para las relaciones familiares”, *Rev. Electrónica de Estudios internacionales*, nº 19, 2010.

STAATH, C.: “La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 717–729.

Cuando se trata del reconocimiento de decisiones o situaciones jurídicas extranjeras, la excepción de orden público se presenta como el último instrumento legal para proteger los valores fundamentales del foro que incluyen los derechos humanos. La cuestión de la recepción del repudio islámico en las sociedades occidentales ilustra perfectamente este punto. El repudio es un acto unilateral que consiste en una forma de disolución del vínculo matrimonial bajo la iniciativa exclusiva y discrecional del marido. En Europa, diversos tribunales han denegado el reconocimiento del repudio por su incompatibilidad con el principio de igualdad entre los cónyuges previsto en el art. 5 del Protocolo nº 7 CEDH, con fundamento de la excepción de orden público internacional. Aun el repudio no podría normalmente ser obtenido en Europa, algunos tribunales, como los franceses, han aceptado de reconocer el repudio obtenido en el extranjero a depender del grado de conexión presentado entre la situación jurídica y el foro. Sin embargo, tal diferencia de tratamiento basada en la residencia y/o nacionalidad de las partes no parece legítima cuando se trata de la protección de derechos humanos, especialmente en los de alcance universal, como el del principio de igualdad entre cónyuges.

VERDA Y BEAMONTE, J.R. de: “Efectos jurídicos en España del acogimiento de Derecho islámico (*kafala*)”, *Diario La Ley*, nº 7393, 2010.

En España la *kafala* acordada en un país islámico, si ha sido constituida a través de un proceso, judicial o administrativo, con intervención de las autoridades públicas, es asimilada al acogimiento o tutela regulados en el Derecho español; el *makfoul* puede ser adoptado conforme a la legislación española, obtener un visado por reagrupación familiar y, según alguna resolución judicial, obtener una pensión de orfandad, en caso de muerte del *kafil*.

FILIACIÓN

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 339–377.

El presente trabajo estudia la situación creada en España tras los recientes y sucesivos acontecimientos ligados al reconocimiento de situaciones de gestación por subrogación generadas en el extranjero. Tras una primera Resolución de la DGRN, admitiendo la inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida de una gestación por subrogación llevada a cabo en California, su posterior revocación por parte de un Juzgado de Primera instancia y la respuesta del Órgano Directivo dictando una Instrucción *ad hoc* sobre el tema, el panorama jurídico despierta a un nuevo tópico de innegable actualidad. El autor pone de manifiesto que lo dispuesto en la Instrucción o no es tan nuevo o es meramente ilegal y, en todo caso, insuficiente para ofrecer una respuesta adecuada a la multitud de problemas derivados de la maternidad subrogada. El hecho de que la gestación por subrogación no altere el régimen ordinario de la filiación en Derecho material español no es razón suficiente para considerar contrario al orden público el reconocimiento de las llevadas a cabo en el extranjero; al menos no en todos los casos; no con carácter general y

absoluto. Por lo tanto, sería posible hoy en día reconocer la filiación derivada de algunas situaciones de maternidad subrogada, con los efectos propios del país de origen. La cuestión principal es establecer la vía o vías apropiadas para el reconocimiento y sus concretas condiciones o presupuestos, así como coordinarlos con el resto del sistema para proporcionar un grado adecuado de estabilidad en los supuestos reconocidos. En este contexto, el autor considera necesario también un cambio en la legislación sustantiva: la admisión de la maternidad subrogada con las condiciones y requisitos que salvaguarden todos los derechos implicados. El reconocimiento bajo determinadas condiciones de supuestos de gestación por subrogación llevados a cabo en el extranjero junto con el manteniendo de su desconocimiento en la legislación sustantiva española trae como consecuencia una discriminación elitista entre las personas que pueden y las que no pueden permitirse acudir a estas técnicas en el extranjero. Desde una perspectiva metodológica, el autor aborda la delimitación recíproca de los ámbitos regulativos del método conflictual y del método de reconocimiento y, en relación a este segundo, presta especial atención a las nociones de orden público (relativizando la fuerza argumental del “interés superior del niño”) y de fraude a la ley.

FARNÓS AMORÓS, E. “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, nº 1.

La Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009 estimó el recurso interpuesto por dos hombres españoles contra el auto del Encargado del Registro Consular español en Los Ángeles, que denegó la inscripción en el Registro Civil español de los certificados de nacimiento que declaraban hijos suyos los mellizos gestados por una madre subrogada en San Diego. Los posibles efectos de la Resolución, en especial por lo que respecta al turismo reproductivo, plantean si es oportuno legalizar la maternidad subrogada en España y, si es así, en qué condiciones. Las soluciones que ofrecen algunos de los ordenamientos que han optado por otorgarle efectos jurídicos pueden servir de pauta al legislador español.

GUZMÁN ZAPATER, M.: “Gestión por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 731-743.

La Instrucción DGRN 5 de octubre de 2010, tiene por objeto allanar las dificultades de acceso a los registros (consulares) españoles de los nacidos en el extranjero por gestación por sustitución. La DGRN modifica y supera su doctrina anterior con la finalidad de dotar a estos supuestos de mayores garantías fundamentalmente en interés del niño y de la madre. Es por ello que viene a exigir la intervención judicial del contrato de gestación por autoridad extranjera. Solo si media decisión judicial cabe el acceso a Registro español. Por otra parte, la Instrucción establece el régimen jurídico de reconocimiento de la decisión extranjera. No obstante subsisten dificultades que harían aconsejable una revisión del sistema si llegaran a multiplicarse los casos.

RUIZ SUTIL, C.: “Las filiaciones de complacencia en los derechos de extranjería y nacionalidad”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 24, 2010, pp. 37-53.

La determinación de la filiación vinculada a los efectos beneficiosos del Derecho de extranjería y del Derecho de la nacionalidad española puede dar lugar a las filiaciones en fraude de ley, llamadas también de complacencia. En el sistema jurídico español existen deficiencias o patologías producidas por distintas razones, como la política de facilitar los reconocimientos de paternidad, aun a sabiendas de que pueden ser no veraces, o cuando el principio de veracidad debe ceder por exigencias de seguridad jurídica (adopción, técnicas de reproducción asistida) o, incluso, por protección de intereses más altos, como ocurre con los hijos incestuosos, donde es necesario una autorización del juez para establecer la paternidad de éstos. Estas excepciones al principio de verdad biológica en materia de filiación generan que existan supuestos donde se busque un beneficio en el sector de la Extranjería o de la Nacionalidad española y que en ocasiones son difíciles de detectar. Con este artículo se pretende poner en evidencia tales fraudes y cómo las autoridades españolas llegan a combatirlos.

INSOLVENCIA

BALLESTEROS BARROS, A.M.: “Coordinación entre procedimientos de insolvencia en grupos internacionales de sociedades: recientes avances en Uncitral”, *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales* (XXIII Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, AEPDIRI, celebradas en la Rioja el 10, 11 y 12 de septiembre de 2009), Madrid, Iustel, 2010, pp. 657-666.

CARBALLO PIÑEIRO, L.: “Vis attractiva concursus in the European Union: its development by the European Court of Justice”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2010.

CARBALLO PIÑEIRO, L.: “Insolvencia de la sociedad transfronteriza y responsabilidad de los administradores sociales”, *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales* (XXIII Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, AEPDIRI, celebradas en la Rioja el 10, 11 y 12 de septiembre de 2009), Madrid, Iustel, 2010, pp. 372-412.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “Procedimiento de insolvencia y embargos preventivos de bienes en la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 7373, 2010.

IRIARTE ANGEL, I.: “Reconocimiento de la decisión de apertura del procedimiento de insolvencia y medidas cautelares en el Reglamento europeo (STJUE 21.1.2010)”, *Anuario de derecho concursal*, nº 21, 2010., pp. 303-324

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. “La delimitación de la competencia judicial internacional de las sociedades en el proceso concursal”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 12, 2010, pp. 197-218.

La crisis económica actual, unida a la creciente actividad internacional de las empresas, hace de los procesos concursales con repercusiones transfronterizas un fenómeno de palpitante actualidad. En este trabajo se analizan los problemas de la competencia judicial internacional entre los diversos Estados que pueden suscitarse tras la apertura de un concurso con elementos extranjeros, tanto desde el punto de vista del Reglamento Comunitario 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, como de nuestra Ley Concursal, aportando las soluciones doctrinales y jurisprudenciales que hasta el momento actual se han dado al respecto.

MATRIMONIO

AÑOVEROS TERRADAS, B.: “Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 441-469.

Los importantes cambios sociológicos acaecidos en las últimas décadas en el ámbito del Derecho de familia, y especialmente el aumento sin precedente de los matrimonios mixtos, hace que cada vez se más frecuente la utilización, por parte de los futuros cónyuges, de los llamados pactos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial. A través de ellos los futuros cónyuges deciden anticipar, incluso antes de la celebración del matrimonio, las consecuencias fundamentalmente económicas de una posible ruptura. La disparidad normativa (tanto material como conflictual) existente en la materia conlleva una inseguridad jurídica que contrasta y colisiona con el carácter preventivo del pacto prematrimonial en previsión de ruptura. Los pactos prematrimoniales heterogéneos, ya sea por existir en ellos un elemento internacional o interregional, no tienen garantizada su eficacia. Por ello, es imprescindible una regula-

ción adecuada por parte del DIPr (tanto por lo que se refiere a la competencia judicial internacional como al Derecho aplicable) que asegure a los cónyuges la eficacia y validez de los pactos prematrimoniales por ellos celebrados y que a su vez permita respetar los límites a esa autonomía de la voluntad en aras a la consecución de determinados intereses dignos de protección.

ELVIRA BENAYAS, M.J.: “Matrimonios forzosos”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 707–715.

Las sociedades multiculturales tienen que enfrentarse a situaciones que les son ajenas pero que afectan a sus integrantes. Este es el caso de los matrimonios forzosos que afectan a importante número de mujeres y niñas en el mundo y que exigen de estas sociedades, en ocasiones, una respuesta contundente a una práctica que supone la vulneración de derechos y libertades fundamentales. Respuesta debe ser multidisciplinar, con una obligada función preventiva pero también asistencial y jurídica a las víctimas, en las que hay distintas tendencias que abarcan tanto las intervenciones del Derecho penal, del Derecho civil y del Derecho internacional privado.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial común”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 397–416.

En febrero de 2010 Francia y Alemania firmaron un Convenio bilateral de Derecho uniforme en materia de régimen económico matrimonial. En este trabajo se analiza dicho Tratado, que introduce en los respectivos Derechos sustantivos un régimen económico matrimonial común, de participación en las ganancias, desde la perspectiva de su eventual interés para el Derecho catalán y como posible modelo para el Derecho privado europeo.

IRIARTE ÁNGEL, J.L.: “Capacidad para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Problemas de Derecho Internacional Privado. Una visión comparada España-Canadá”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, nº 2, 2010, pp. 637–676.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, M.C.: “Registro de la propiedad y régimen económico de los matrimonios extranjeros en España”, *Revista de Derecho privado*, nº 94, 2010, pp. 59–74.

NAGY, C.I.: “El Derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 511–529.

El régimen económico matrimonial y los alimentos tienen una gran importancia práctica en los litigios internacionales derivados de la disolución del matrimonio. Estas cuestiones conllevan problemas tanto de caracterización como de interrelación, que varían según el sistema al que pertenece la jurisdicción que conoce del caso (Derecho común o sistema civilista). Analizando algunos aspectos conceptuales de la Propuesta de Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales, puede concluirse que las reglas propuestas, aunque con algunas excepciones, introducen normas uniformes para toda la Unión Europea para concretar la Ley aplicable a esta materia. Sin embargo, esta norma no sirve para romper con la diversidad nacional que en este campo existe en Europa –desde un punto de vista teórico–, ya que se mantienen los problemas de caracterización e interrelación (pues no se tratan en este instrumento), en lo refiere al tratamiento de estas cuestiones tras la ruptura. Para superar estos problemas habría que aplicar la misma ley para ambas cuestiones, lo que no está previsto. Para poder conseguir el resultado deseado podría intentarse por dos vías: bien mediante la autonomía de la voluntad de las partes, bien mediante cláusulas de escape (opción no prevista en la Propuesta de Reglamento).

MENORES

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “La evolución de la protección de niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989”, *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delagaya, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 11-38.

CARO GÁNDARA, R.: “(Des)confianza comunitaria a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el Reglamento Bruselas II bis: algunas claves para el debate”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 417-439.

El TJ en sus sentencias del año 2010 sobre la interpretación de los preceptos del Reglamento Bruselas II bis relativos a la custodia de menores, ha reforzado el principio de confianza comunitaria en los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros competentes para conocer sobre el fondo, señalando que el reconocimiento mutuo de sus resoluciones no presenta límites ni excepciones: ni siquiera los derivados de una posible vulneración de un derecho reconocido a los menores en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Pero también ha sentado una premisa: dicho principio presupone un alto grado de responsabilidad de los tribunales que conocen de los asuntos. Si dicha condición no se da, los órganos jurisdiccionales no gozarán de confianza y las medidas cautelares que adopten no se beneficiarán de los efectos derivados de la misma. Apoyar la formación del personal al servicio de las administraciones de justicia de los Estados miembros, junto con la aproximación de sus normas de procedimiento civil, contribuirá a crear el clima de confianza necesario para la consolidación de un auténtico espacio europeo justicia.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII, 2010, pp. 51-75.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y NAVARRO MICHEL, M.: “Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 109, nº 3, 2010, pp. 805-834.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Autoridad Central y protección de menores: algunas funciones a examen”, *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delagaya, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 103-114.

JIMÉNEZ BLANCO, P.: “La ejecución forzosa de las resoluciones de retorno en las sustracciones internacionales de menores”, *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delagaya, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 341-366.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores”, *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos*

del Niño (F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaygua, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 367-384.

REQUEJO ISIDRO, M.: “El art. 20 Reglamento (CE) n° 2201/2003 ante el TJCE”, *Diario La Ley*, n° 7479, 2010.

Entre las decisiones del TJCE que responden a una cuestión prejudicial acerca del Reglamento (CE) n° 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental son ya varias las que afectan al art. 20. Tal concurrencia revela la importancia de un precepto al que aún no se ha prestado la atención que merece: quizás porque sí lo ha hecho su antecedente en el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968, (art. 24; art. 31 del Reglamento (CE) n° 44/01, que sucede al Convenio). Sin embargo no todo lo que se ha dicho a propósito de este, o del art. 12 del Reglamento (CE) n° 1347/00, precedente de la norma actual, vale en relación con ella. La realidad es que pende sobre el art. 20 todo un cúmulo de dudas. La cuestión prejudicial en el as. C-403/09 PPU, *Detiček* plantea algunas de las interrogantes de mayor calado del precepto, a las que el TJCE responde de forma poco satisfactoria.

RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: “Secuestro intracomunitario de menores: ilicitud del desplazamiento y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Comentario a la STUE de 5 de octubre de 2010)”, *Diario La Ley*, n° 7538, 2010.

VIDAL FERNÁNDEZ, B. “Protección jurisdiccional de los hijos en caso de ruptura de los matrimonios mixtos. Especial consideración de la regulación adoptada en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Estudios Europeos*, n° 55, 2010, pp. 105-134.

VIÑAS FARRÉ, R.: “Nacionalidad y derechos del niño”, *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaygua, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 57-72.

NACIONALIDAD

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Nacionalidad por carta de naturaleza: un ejemplo de equidad”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, n° 3, 2010, pp. 1219-1244.

Aun sin ser el más común de los modos de adquirir la españolidad, no deja de ser relativamente habitual la concesión de nacionalidades por carta de naturaleza al amparo del art. 21.1° Cc, bien a personas concretas, bien a colectividades, como han sido en tiempos recientes las naturalizaciones concedidas a favor de los sefarditas, saharauí, guineanos, de las víctimas del atentado terrorista del 11-M o de los brigadistas internacionales. No obstante, su relativa habitualidad y tradición, son muchos los problemas de fondo y forma, que plantea este modo de adquirir la nacionalidad; habiéndolos hasta el extremo de haber quien cuestiona la legalidad, e incluso la constitucionalidad, de aquellas naturalizaciones colectivas y de la carta de naturaleza en general, lo que justifica, creemos, el presente estudio realizado en favor de la carta de naturaleza como ejemplo –a seguir– de equidad ponderadora e integradora que, de conformidad con los arts. 21.1° y 3.2° Cc, corrige para casos concretos las posibles injusticias del sistema legal español de adquisición de nacionalidad.

DÍAZ FRAILE, J.M.: “El derecho de opción a la nacionalidad española establecido por la Ley de memoria histórica: exégesis de la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007”, *Diario La Ley*, nº 7407, 2010.

DÍAZ FRAILE, J.M.: “El derecho de opción a la nacionalidad española establecido por la Ley de memoria histórica: análisis de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 2008”, *Diario La Ley*, nº 7412, 2010

DÍAZ FRAILE, J.M.: “El derecho de opción a la nacionalidad española establecido por la Ley de memoria histórica: análisis de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 2008”, *Diario La Ley*, nº 7413, 2010.

ESPÍN ALBA, I.: “Nacionalidad, ciudadanía y emigración española: a propósito de las últimas modificaciones legislativas en materia de nacionalidad”, *Derecho privado y Constitución*, nº 24, 2010, , pp. 291–332.

GÓMEZ RECIO, F.: “Sobre la nacionalidad española de los naturales del Sahara”, *Diario La Ley*, nº 7333, 2010.

MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: “La ciudadanía europea y la competencia de los Estados miembros en materia de nacionalidad (Comentario a la STJUE de 2 de marzo de 2010)”, *Diario La Ley*, nº 7520, 2010.

La STJ 2 de marzo de 2010 plantea el alcance de la competencia exclusiva de los Estados miembros en materia de nacionalidad, esta vez a raíz de la adquisición de la condición de apátrida y de la consecuente pérdida de la ciudadanía de la Unión de un nacional austriaco que obtiene la nacionalidad alemana de modo fraudulento. A través de la presente petición prejudicial se constriñe al Tribunal de Justicia europeo a avanzar un paso más en la delimitación de la capacidad de intervención del Derecho comunitario en la aplicación de las normativas nacionales concernientes a los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “Nacionalidad por carta de naturaleza: un ejemplo de equidad”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 3, vol. 63, 2010, pp. 1219–1244.

OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES

ÁLVAREZ RUBIO, J.J. “El nuevo Derecho de daños comunitario y su proyección en el ámbito de la protección de los derechos de la personalidad”, *Guerra y Paz (1945–2009). Obra homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2010, pp. 25–43. ISBN 978–84–9860–416–0.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el espacio europeo”, *Revista de derecho patrimonial*, nº 25, 2010, pp. 167–179.

YÁNEZ VIVERO, F.: “La Convención de Nueva York de 2006 y las obligaciones de las personas con discapacidad: la responsabilidad por daños en el ámbito del *Civil Law* y del *Common Law*”, *Revista de Derecho Privado*, nº 7–8, 2010, pp. 65–81.

PERSONA Y ESTADO CIVIL

MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: “La DGRN ante la jurisprudencia europea en materia de nombres y apellidos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII, 2010, pp. 149–164.

MONTERO HERNANZ, T.: “La ultraterritorialidad de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *Diario La Ley*, nº 7327, 2010.

El debate abierto sobre la mayor o menor edad de uno de los detenidos por el asalto al atunero “Alakrana” ha dejado al descubierto las lagunas que existen en el ordenamiento jurídico español para la enjuiciamiento en nuestro país de delitos cometidos por menores de edad fuera de nuestro territorio. En este artículo se analizan estas limitaciones a la aplicación ultraterritorial de la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

PROPIEDAD INTELECTUAL

AREAL LUDEÑA, S.: “Obra cinematográfica, derechos de autor y competencia judicial internacional en la Unión Europea”, *Estudios de Deusto: Rev. Universidad de Deusto*, nº 2, vol. 58, 2010, pp. 11–59.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Recognition and Enforcement of Judgments in Intellectual Property Litigation: the CLIP Principles”, J. Basedow, T. Kono and A. Metzger (eds.), *Intellectual Property in the Global Arena – Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 239–292. ISBN 978–3–16–150444–0.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “El canon por copia privada ante Tribunal de Justicia”, *Diario La Ley*, nº 7520, 2010.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: “Cuestiones actuales sobre la protección internacional de los derechos de propiedad intelectual: medidas en frontera e infracciones en la red”, *Propriedade intelectual. Inovação e Conhecimento*, Curitiba – Brasil, Juruá, 2010, pp. 261–280. ISBN 978–85–362–3131–0. <http://eprints.ucm.es/12044/>

PALAO MORENO, G.: “La transferencia internacional del conocimiento y de la innovación en Iberoamérica: una aproximación conflictual”, *Innovación y Conocimiento. IV Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, Lisboa, 23, 24 y 25 de noviembre de 2009, Madrid, M. Pons, 2010, pp. 137–152. ISBN 978–84–9768–810–9,

UBERTAZZI, B.: “Derechos de propiedad intelectual y competencia exclusiva (por razón de la materia): entre el Derecho internacional privado y público”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 183–257.

En últimos años prestigiosos tribunales de todo el mundo han rehusado a decidir asuntos relacionados con derechos de propiedad intelectual extranjeros registrados o no registrados (DPI), en procedimientos relativos a acciones de infracción de DPI o cuando el demandado en una acción de infracción de DPI o el demandante en una acción de declaración de inexistencia de infracción presentan como argumento que sustenta su excepción o su acción respectivamente, la invalidez o nulidad de los DPI y la consecuente inexistencia de infracción (mejor conocidas como cuestiones de validez planteadas con carácter incidental). El presente trabajo adopta y desarrolla una tesis según la cual las reglas de competencia exclusiva en los casos concernientes a los DPI además de no ser sugeridas por

el Derecho internacional público, resultan ilícitas de acuerdo con los principios generales de negación de justicia y el derecho humano fundamental de acceso a un juez, y por lo tanto deben ser abandonadas no sólo con respecto a las infracciones de DPI, sino también en relación a las demandas de validez de DPI presentadas como defensa en procesos de infracción, como lo sostiene la mayor parte de la doctrina y como aparece codificado por las más recientes iniciativas académicas tales como los principios del *American Law Institute* y el proyecto del *European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property*.

RESPONSABILIDAD

FUENTES CAMACHO, V.: “Los problemas de jurisdicción y ley en los accidentes de circulación transfronterizos”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, nº 2, 2010, pp. 6–21.

MASEDA RODRIGUEZ, J.: “Reflexiones en torno al régimen aplicable a las reclamaciones relativas a responsabilidad no contractual en el ámbito judicial europeo”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 19, nº 2, 2010, pp. 177–235.

SOCIEDADES

ARENAS GARCÍA, R., GÓRRIZ LÓPEZ y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coords): *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Barcelona, Atelier Internacional, 2010, 286 pp. ISBN 978–84–92788–24–8.

El presente libro recoge las publicaciones resultado del Seminario celebrado en la Universidad Autónoma de Barcelona el 26 de septiembre de 2008. Dicho seminario pretendía un acercamiento a la problemática actual del DIPr de sociedades alejado de los tópicos sobre la teoría de la sede y la teoría de la constitución. Para eso se contaba con un equipo integrado por internacionalistas y mercantilistas españoles y extranjeros de reconocido prestigio y sobrada experiencia en la materia. Un acercamiento afortunado desde perspectivas diversas: la especialización y la solvencia de los participantes, el equilibrio entre el tratamiento de los problemas desde la perspectiva internacionalista y mercantilista y, por último, la elección de los problemas y el enfoque con el que se debían de tratar. En los últimos tiempos proliferan obras colectivas fruto de seminarios especializados pero es difícil encontrar en ellas una sistemática interna que haga que el resultado final sobrevuele las ponencias individuales y heterogéneas de los participantes. No es el caso de la presente obra en la que los coordinadores han conseguido de los participantes una reflexión global que dota al libro de una estructura coherente con su propio título, que bien pudiera recibir la denominación de “tratado” tanto en lo que concierne a la existencia de exposición integral, objetiva y ordenada de conocimientos sobre la internacionalización de las sociedades, como por incluir una estructura coherente en progresivas subdivisiones que clarifican el conocimiento de la compleja tarea abordada.

La regulación de las OPAs busca proteger a los socios minoritarios de las sociedades cotizadas cuando se produce un cambio en el control como consecuencia de la adquisición de un determinado porcentaje de acciones. Precisamente el estudio de José María Garrido (pp. 21–59) sobre las OPAs transfronterizas en la Unión Europea analiza la Directiva 2004/25/CE y su transposición en diferentes Derechos a partir de la diferenciación entre medidas defensivas (frente a OPAs hostiles) ex-ante y medidas defensivas ex-post; una diferenciación establecida para construir un complejo sistema que deja amplia libertad a los Estados en la configuración de su propio Derecho sobre OPAs, lo que ha implicado que el nivel de armonización efectiva conseguido sea muy reducido, limitándose, prácticamente a las normas sobre transparencia. La falta de armonización en este sector llega al punto de que es posible, incluso, que la aplicación de determinadas medidas se vea sometida a una regla de reciprocidad, lo que no deja de ser sorprendente en el ámbito comunitario de integración.

Con el objeto de establecer un estatuto de la sociedad privada europea de responsabilidad limitada y crear con ello una forma legal simplificada que favorezca el establecimiento y funcionamiento de las

pequeñas y medianas empresas en el mercado común se ha elaborado la propuesta de Reglamento sobre la Sociedad Privada Europea que es objeto de estudio en el trabajo de Jorge Miquel Rodríguez (pp. 61–78). En él se contempla la evolución legislativa –aún inconclusa– de la Sociedad Privada Europea. Se destacan las novedades que supone esta forma societaria respecto a las ya existentes. No se trata solamente de crear una sociedad más simple que la SE, sino que en algunos puntos el proyecto se aparta significativamente de algunos de los principios seguidos hasta ahora en el Derecho europeo de sociedades; aunque también es cierto que a medida que avanza el proceso legislativo algunas de las novedades que se plantearon inicialmente ven reducido su alcance. Así, por ejemplo, la previsión inicial de que el capital social pudiese ser de tan solo 1 euro se ha visto transformada, previéndose actualmente que para admitir un capital inferior a 8000 euros es preciso que los administradores firmen un certificado de solvencia de la sociedad. Sí que se mantiene –de momento– un amplio margen para la autonomía de la voluntad, en un intento de conseguir que esta sociedad sea lo suficientemente flexible como para resultar atractiva para los pequeños operadores.

El enfoque referido encuentra su complemento en la contribución de Carlos Górriz López “La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España: luces y sombras de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre” (pp. 79–101) donde se realiza una crítica muy severa de esta reforma del sistema español que, aunque escasa en el número de artículos modificados, ha sido fundamental para la actividad desempeñada por los Notarios y Registradores Mercantiles. Se critican lagunas de regulación, parquedad en la regulación y repeticiones innecesarias. Estas deficiencias implican que España, a juicio del autor, no será un destino atractivo para aquellos que pretendan constituir una SE. Además el excesivo proteccionismo del que hace gala la Ley resulta criticable y es perceptible si consideramos, por ejemplo, que se reconoce el derecho de separación de los socios, incluso de las sociedades cotizadas en los casos de traslado al extranjero del domicilio de una SE domiciliada en España y también en los casos de creación de una SE mediante fusión. También se critica la posibilidad de que las autoridades puedan prohibir por razones de orden público el traslado al extranjero de una SE domiciliada en España. Frente a estos aspectos negativos, los aspectos positivos de la Ley son escasos, centrados estos últimos en la forma en que se cubren algunas de las lagunas del Reglamento 2157/2001.

La contribución de Stefan Leible, Catedrático de Derecho civil, Derecho internacional privado y Derecho comparado en la Universidad de Bayreuth (pp. 103–128) es un reflejo más del buen hacer del autor alemán que tanta influencia ha ejercido en la reciente doctrina española de Derecho internacional privado. Aborda un tema clásico pero con un contenido innovador: el del traslado del domicilio social dentro de la Comunidad Europea a partir de la jurisprudencia alemana y comunitaria. Destacan sus observaciones en torno a la Sentencia *Cartesio* donde el TJCE entiende que las sociedades no tienen, en virtud de la libertad de establecimiento, derecho a trasladar su sede real (el lugar donde tienen su dirección o administración efectiva) manteniendo inalterada la ley aplicable. Esto es, que una sociedad húngara (inscrita en el Registro Mercantil de Hungría y de “nacionalidad” húngara) no puede pretender modificar sus estatutos inscribiéndolos en el Registro Mercantil y haciendo constar en ellos que traslada su domicilio–sede real a Italia. La argumentación del TJCE está basada en la idea de que la libertad de establecimiento no se ve afectada en el caso. En otros términos, que estamos ante una cuestión puramente nacional porque el fallo *Cartesio* no pretende modificar su “nacionalidad” (la ley aplicable a la persona jurídica y a sus relaciones internas) ya que procura mantener “su condición de sociedad regida por el Derecho nacional del Estado miembro según cuya legislación hubiera sido constituida”. De manera que el caso es distinto al de la sentencia *Überseering* donde, como se recordará, una sociedad de Derecho holandés que había trasladado su sede real a Alemania (sin modificar la sede estatutaria) no era reconocida como persona jurídica por el Derecho alemán. Tras *Cartesio* se produjo un cambio sustancial en las situaciones legales de muchas sociedades europeas que actúan principalmente en otros países y confirmó, por primera vez, la existencia de una incompatibilidad entre la libertad de establecimiento y la falta de reconocimiento de personalidad jurídica de una sociedad en el país miembro que no tiene su sede real en el Estado de su constitución. No parece que *Cartesio* constituya una marcha atrás respecto a las sentencias *Centros* y *Überseering*. Todo apunta a que el TJCE no está dispuesto a afirmar definitivamente que la doctrina de la sede real es contraria al Derecho comunitario y a la libertad de estableci-

miento, sino solo en la medida en que interfiera con la “movilidad” de sociedades dentro de Europa. En todo caso ha fijado puntos importantes en lo que concierne al traslado transfronterizo del domicilio social y si bien la decisión no es completamente convincente ni en la argumentación ni en el resultado.

Centrada en la “Perspectiva judicial de la libertad de establecimiento” (pp. 129–155) el trabajo de Ángel Espiniella Menéndez analiza en qué forma la libertad de establecimiento comunitaria, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Luxemburgo, incide en la interpretación y aplicación de los instrumentos procesales comunitarios, especialmente los Reglamentos 44/2001 y 1346/2000. La conclusión es la de que ambos instrumentos incluyen soluciones que son incompatibles con la libertad de establecimiento, debiendo ser reinterpretados a la luz de la jurisprudencia comunitaria en materia societaria. En concreto, ha de dilucidarse si se establece que los tribunales del Estado de constitución de la sociedad gozan de competencia exclusiva para declarar la nulidad de la sociedad o disolverla o si, por el contrario, se admite que también puedan conocer sobre estas cuestiones los tribunales del Estado en el que se encuentra la sede real de la sociedad, aunque aplicando la ley del Estado de constitución. El profesor asturiano considera que es preciso aclarar que el Juez del concurso solamente podrá disolver la sociedad insolvente de acuerdo con lo previsto en la ley del Estado de su constitución; y que en los procedimientos territoriales de insolvencia no podrá declararse la disolución de la sociedad.

La propia existencia de la persona jurídica incide de distintas formas en la responsabilidad de sus administradores. Una cosa son las obligaciones específicamente societarias que estos asumen como resultado de lo que se establezca en el contrato que les vincula con la sociedad a la que administran como las previsiones estatutarias y la normativa legal y otra muy distinta las actuaciones específicas que no se atribuyen a ellos, sino a la sociedad. Por ello en estos supuestos, la existencia de la sociedad tiene como consecuencia la transformación de una responsabilidad personal en una responsabilidad social o –dependiendo de los casos– la alteración de la responsabilidad personal al convertirla en solidaria o subsidiaria respecto a la de la sociedad. Ello sin olvidar que los administradores, mediante su actuación, pueden causar un perjuicio que resultará indemnizable de acuerdo con la regla general del *nemo non laedere*. Son cuestiones de gran complejidad, pues la existencia de distintos instrumentos internacionales en este sector y la necesaria consideración de cláusulas de exclusión, no especialmente claras, contribuye a que el régimen de la responsabilidad de los administradores en el Derecho internacional privado ofrezca más dudas que certezas. Rafael Arenas García las aborda con su claridad y sistemática habitual (pp. 157–200). Para ello parte de una clasificación de los diferentes tipos de responsabilidad de los administradores (responsabilidad por incumplimiento de obligaciones específicamente societarias, responsabilidad por daños causados a terceros, responsabilidad por las deudas de la sociedad) para centrarse, en un segundo momento, en los problemas de competencia judicial internacional, teniendo en cuenta los Reglamentos 44/2001, 1346/2000 y el Derecho internacional privado español de origen interno y en la cuestión del Derecho aplicable a la responsabilidad de los administradores a partir de articulación de la *lex societatis*, la *lex concursus*, la *lex contractus* y la *lex loci delicti commissi*. Ello le conduce a estudiar la incidencia en la materia de los Reglamentos Roma I, Roma II, 1346/2000 y el DIPr autónomo español son considerados en esta parte. El autor es consciente que el tratamiento de estas cuestiones no puede ser abordado a partir de soluciones intuitivas, sino que se hace necesario un análisis detallado de los fines que persiguen las diferentes manifestaciones de la responsabilidad de los administradores, pues sólo de esta forma se podrán resolver los problemas calificadorios que condicionan el tratamiento de la responsabilidad de los administradores tanto en los sectores considerados.

Esta dimensión propia de Derecho internacional privado es continuada por Francisco Garcimartín Alférez (pp. 201–216) a partir de la interacción entre *lex societatis* y *lex mercatus* ampliando las consideraciones que ya había vertido en un importante estudio publicado en la Revista de Derecho del Mercado de Valores sobre la cotización de empresas españolas en mercados extranjeros. En concreto se analiza en qué forma han de emitirse los títulos de las sociedades españolas que pretendan cotizar en mercados extranjeros y quién ha de llevar la contabilidad de dichos títulos; la ley rectora del folleto y de la responsabilidad que se deriva de éste; la ley aplicable al régimen de transparencia, el régimen del gobierno corporativo, del abuso de mercados y de las OPAs. Como en todos los trabajos de Garcimartín se persigue un objetivo didáctico que aquí se concreta en el establecimiento de unas pautas en orden a la deter-

minación de la ley o leyes que rigen los aspectos societarios de las obligaciones de publicidad del folleto, las obligaciones de información periódica (transparencia), las operaciones de abuso de mercado y el régimen de ofertas públicas sobre dicha sociedad. Pero siendo coherente con su pensamiento no puede evitar detenerse en el examen de algunos problemas materiales de ajuste vinculados a este tipo de operaciones, en particular los derivados del denominado “segundo escalón” del DIPr.

Aunque no se puede hablar de un mercado financiero global, puesto que las transacciones se realizan en espacios jurídicos determinados, regulados por la normativa nacional, es indudable que los procesos de globalización tuvieron la virtud de condicionar decisivamente el desarrollo de los mercados bursátiles. De esta suerte las sociedades que tienen interés en cotizar en un mercado regulado extranjero están obligadas a respetar y cumplir la normativa que regula dicho mercado. En el contexto descrito Vesela Andreeva Andreeva (pp. 217–249) se ocupa de la cotización en España de sociedades extranjeras dedicando especial atención a la aplicación de la normativa comunitaria sobre folletos a sociedades domiciliadas en Estados no miembros, concretando la forma en que tales sociedades acceden al “pasaporte único comunitario”, incluyendo aquí las particularidades que resultan del mercado latinoamericano de valores (LATIBEX). También presta detenida atención a la forma en que opera IBERCLEAR y a la naturaleza de las relaciones que se establecen entre éste y los titulares de los valores que son gestionados a través del sistema. Por último analiza el régimen de los contratos que se celebren sobre los títulos admitidos a cotización, diferenciando los supuestos en los que los contratos se celebran entre profesionales y aquellos otros casos en los que una de las partes es un consumidor.

El contenido del libro se extiende a un sector que desborda en ámbito societario pero que está íntimamente relacionado con él; no en vano, las fundaciones y las sociedades operan en ocasiones en forma conjunta en la planificación empresarial y, por tanto, no pueden ser dejadas fuera en una investigación sobre los actores del comercio internacional. A las fundaciones presta atención Miguel Gardeñes Santiago (pp. 251–286), reconocido especialista en la materia, centrándose en el reconocimiento y actuación en España de las fundaciones extranjeras de interés particular o familiar. El pretexto del estudio es el análisis de la Resolución de la DGRN de 24 de enero de 2008, que mantuvo una posición muy restrictiva sobre la posibilidad de que tales fundaciones pudiesen operar en nuestro país; pero este punto de arranque es utilizado para realizar un completo análisis del régimen de este tipo de fundaciones en nuestro país, interpretando la normativa pertinente y, lo que resulta especialmente novedoso, determinando la forma en que incide en dicho régimen la libre circulación de capitales comunitaria. La conclusión es la de que la interpretación restrictiva que mantiene la DGRN no es compatible ni con una correcta interpretación de la normativa sobre fundaciones española ni con el Derecho comunitario. Esto no impide que pudieran establecerse ciertas cautelas para los supuestos fraudulentos, y en el trabajo se adelantan propuestas también en este sentido.

No podemos sino felicitarlos por la presente monografía, de gran altura intelectual y académica. Un ejemplo del buen hacer universitario, con el deseo de que tenga la acogida que merece y de que sirva sobre todo de reconocimiento a sus creadores. **José Carlos Fernández Rozas** (Universidad Complutense de Madrid).

ARENAS GARCÍA, R.: “Suing directors in International litigation”, S. Grundmann y otros (dirs.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010. Unternehmen, Markt und Verantwortung*, t. I, Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 2010, pp. 321–335.

En este trabajo se analizan los problemas que plantea la concreción de los tribunales competentes en las demandas por responsabilidad de los administradores tomando como referencia la regulación contenida en el Reglamento 44/2001 y teniendo en cuenta las diferencias que existen entre las acciones planteadas por la propia sociedad o los socios y las que dirigen terceros contra los administradores; así como las interacciones entre la regulación societaria, la de la responsabilidad contractual y extracontractual y la normativa que regula las situaciones de insolvencia.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “Incidencia de la nacionalidad de las sociedades de capital en su residencia fiscal”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 301–317.

Las normas tributarias sobre residencia fiscal en España y las normas sobre nacionalidad española de las sociedades de capital son coherentes entre sí, al basarse ambas en la constitución de la sociedad conforme a la ley española y su domiciliación en territorio español. Sin embargo, las normas tributarias guardan silencio respecto de algunas situaciones de doble nacionalidad y de cambio de nacionalidad.

ESTEBAN DE LA ROSA, F. “El nuevo régimen de la transferencia internacional de la sede social en el sistema español de derecho internacional privado”, *Cuadernos de derecho y comercio*, nº 54, 2010, pp. 73–106.

POLO DEL MÁRMOL, I.: “Fusiones transfronterizas: una primera aproximación práctica a dicho proceso”, nº 34, *RdS*, 2010–1, pp. 279–284.

SÁNCHEZ–CALERO, J. y FUENTES, M.: “La armonización del Derecho europeo de sociedades y los trabajos preparatorios de la *European Model Company Act* (EMCA)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 745–758.

Este trabajo pretende exponer la iniciativa que desde hace unos años se viene desarrollando con respecto a la elaboración de la *European Model Company Act* (EMCA), inserta en la construcción del Derecho europeo de sociedades. Se trata de un proyecto, liderado por profesores universitarios de reconocido prestigio a lo largo de toda Europa, que pretende elaborar una suerte de Ley–modelo (siguiendo el paradigma de la *Model Business Corporation Act* norteamericana) sobre sociedades de capital que se pondrá a disposición de los Estados miembros. Los trabajos elaborados hasta el día de hoy permiten adelantar que el criterio seguido es el de optar por normas dispositivas, informativas y que introduzcan un amplio margen a la autorregulación. El método de trabajo seguido es el de Derecho comparado, a fin de que la EMCA tenga en mente las diferencias y similitudes de los ordenamientos europeos, que se ponen en relación con los problemas más recientes de la regulación societaria.

RODAS PAREDES, P.: “El nuevo régimen jurídico del traslado internacional de domicilio social”, *Noticias UE*, nº 309, 2010, pp. 71–83.

SUCESIONES

FONTANELLAS MORELL, J.M.: *La professio iuris sucesoria*, Madrid, Marcial Pons, 2010, 363 pp. ISBN 978–84–9768–710–2.

La *professio iuris* sucesoria o elección de ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, constituye una figura cuyo reconocimiento a lo largo de la historia ha sido prácticamente inexistente o aislado. Sin embargo, desde mediados del siglo pasado, el interés de la doctrina por la *professio iuris* ha ido creciendo de manera progresiva, hasta cristalizar en su inclusión en distintos sistemas normativos, entre los que destaca sobremanera el Convenio de La Haya de 1989, sobre ley aplicable a las disposiciones por causa de muerte. El tema, objeto de la monografía que reseñamos, goza de gran interés por, al menos, dos razones: en primer lugar, no había hasta el momento trabajo alguno en la doctrina española que analizara con tal profundidad la *professio iuris* sucesoria; en segundo lugar, el tema resulta especialmente oportuno en vista de la publicación, en un futuro más o menos cercano, del Reglamento comunitario en materia de sucesiones que, salvo cambio inesperado, incluirá en su regulación la posibilidad de que el causante escoja la ley aplicable a su sucesión. La monografía del Dr. Fontanellas realiza un estudio en profundidad de la *professio iuris* como institución; esto significa que el lector no encontrará en estas páginas un

estudio de las múltiples posibilidades de configuración coyuntural de la *professio iuris* en un determinado sistema jurídico (sin perjuicio de la propuesta que el autor realiza en el epílogo de la obra), sino un análisis de la figura en sí, un análisis de la dimensión estructural de la *professio iuris* como mecanismo para determinar la ley aplicable a la sucesión. Para ello, el autor divide la obra en dos grandes partes: la primera parte se ocupa de la evolución histórica de la *professio iuris* hasta llegar al estado actual de la cuestión; en la segunda parte, el autor profundiza en la naturaleza y régimen jurídico de la *professio iuris* y finaliza con un examen crítico de la institución.

El Capítulo I tiene un contenido histórico, en el que se estudian los orígenes de la *professio iuris*, partiendo del análisis de lo que sucedía en la Edad Antigua pero haciendo especial hincapié en aquellas manifestaciones de la voluntad del causante que tenían lugar en la Edad Media. Por su parte, el Capítulo II, con el que se cierra la primera parte de la monografía, realiza un análisis de las distintas manifestaciones de la *professio iuris* ya en el mundo contemporáneo desde tres puntos de vista: doctrinal, legal y jurisprudencial. Todo ello ofrece una visión de conjunto que permite dar cuenta al lector de cómo la *professio iuris* fue cobrando protagonismo hasta llegar al estado actual de la cuestión.

La segunda parte de la monografía se abre con el Capítulo III, cuyo contenido se orienta a desentrañar la naturaleza jurídica de la *professio iuris* sucesoria y su régimen jurídico. Para analizar la condición jurídica de esta figura, el autor realiza una construcción de la *professio iuris* sucesoria partiendo de sus rasgos más generales: se trata de una facultad jurídica que supone un ejercicio de la autonomía de la voluntad. Tras concluir que la *professio iuris* es una facultad jurídica que ostenta el causante de la sucesión, se realiza un constructivo análisis de la misma como parte integrante de la autonomía de la voluntad. Partiendo de la teoría general, el autor va desgranando los caracteres de la *professio iuris* diferenciándola de otras manifestaciones de la voluntad que se dan en Derecho internacional privado. Así, se analiza cómo la *professio iuris* es un ejercicio de la autonomía conflictual (en contraposición a la autonomía material), de carácter limitado, que se distingue de otro tipo de modalidades de autonomía de opción por ser un acto, en principio, unilateral. El autor aborda también los problemas que particularmente presenta la *professio iuris* como negocio jurídico, haciendo un repaso de las soluciones que para los mismos se prevén en distintos ordenamientos jurídicos. Se analizan los condicionamientos de índole conflictual (leyes potencialmente elegibles) y de índole material, centrados prioritariamente en los derechos legítimos de los herederos forzosos. Tras los desarrollos de los capítulos I a IV el Dr. Fontanellas consagra el Capítulo IV a la valoración crítica de la figura estudiada. Para ello utiliza el método de la “jurisprudencia de intereses”, haciendo una valoración exhaustiva desde tres puntos de vista: los intereses de Derecho internacional privado, los intereses de Derecho material y los intereses estatales.

En suma, la obra objeto de esta reseña contiene un análisis ordenado y sistemático que nos permite adquirir una visión completa de la *professio iuris* sucesoria. Un estudio que era necesario para entender, y no en pocas ocasiones relativizar, la polémica que históricamente ha existido en torno a esta figura. Por ello, esta monografía se convierte en una obra de referencia a la hora de valorar si y cómo introducir la *professio iuris* sucesoria en la reglamentación de las sucesiones internacionales.

HELLNER, M.: “El futuro Reglamento de la UE sobre sucesiones. la relación con terceros Estados”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 379–395.

La Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo sigue una tendencia reciente en los reglamentos en materia de DIPr institucional, consistente en que las normas de competencia se apliquen universalmente. Para compensar la ausencia de remisión a las normas estatales sobre competencia, el propio Reglamento propuesto contiene normas sobre competencia subsidiaria o residual en el art. 6, que prevé una suerte de competencia basada en la situación de los bienes; y, en el último texto discutido en el seno del Consejo, se ha añadido una norma sobre *forum necessitatis*. Pero la propuesta presenta algunas lagunas en lo que respecta a las relaciones con terceros Estados, que deben ser remediadas antes de que el texto sea adoptado de definitivamente, pues de lo contrario habrá un gran riesgo de que se generen innecesariamente liquidaciones “claudicantes”. El trabajo propone como vías para evitar tales liquidaciones claudicantes el reenvío, la limitación

de la competencia para la liquidación a bienes situados en la UE y la inclusión de mecanismos que permitan tener en cuenta la distribución extranjera.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia: a propósito del futuro reglamento en materia sucesoria”, *Revista valenciana d’estudis autònomic*, nº 54, 2, 2010, pp. 276- 295.

TORRALBA MENDIOLA, E.C.: “Sentencia de 10 de julio de 2009: Pérdida y recuperación de la nacionalidad española. Sucesiones”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 83, 2010, pp. 973-983.

ZABALO ESCUDERO, M.E.: “Derecho interregional de sucesiones en España”, *Revista valenciana d’estudis autònomic*, nº 54, 2, 2010, pp. 220-241.

TRANSPORTE

GUERRERO LEBRÓN, M.J., “La actualización de los límites indemnizatorios en el transporte aéreo: cuestiones de técnica legislativa”

De acuerdo con lo establecido en el art. 24 del Convenio de Montreal de 1999, ha tenido lugar la primera revisión de los límites de responsabilidad del transportista aéreo. La llamada “escalator clause” exige que la OACI, como Depositario, efectúe la revisión de los límites indemnizatorios establecidos en la Convención cada período de cinco años. Las nuevas cifras, que reflejan el índice de inflación acumulada durante ese período de 13.18%, fueron notificados por el secretario general en junio de 2009, con vistas a que se adoptasen las medidas de Derecho interno necesarias para que la revisión entrase en vigor el 30 de diciembre de 2009. Se analizan los antecedentes del art. 24CM, las medidas internas que han adoptado algunos Estados parte (en España, por ejemplo, aún no se ha producido la publicación en el BOE), y la situación en la que, tras la modificación de las cuantías del CM, se encuentran otras normas (Reglamentos comunitarios y normas internas) que están en relación con dicha regulación.

LOUNGO, N.E. y PIERA, A. “La jurisdicción en las formas modernas de contratación del transporte aéreo internacional de pasajeros”, *Revista de Derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, nº 4, 2010, pp. 115-150.

El presente artículo indaga acerca de los desafíos que las nuevas formas de contratación electrónica presentan al contrato de transporte aéreo en materia de jurisdicción. A tal efecto, se efectúa primeramente un repaso de los componentes tradicionales del concepto jurisdicción dentro del Sistema de Varsovia, analizando el significado de cada uno de ellos. A continuación, se realiza similar ejercicio con respecto a la así denominada “quinta jurisdicción” introducida por el Convenio de Montreal de 1999. En particular, se estudia la problemática que se presenta con la aparición de las modalidades de reserva y compra de pasajes por medios tales como Internet o los kioscos ubicados en los aeropuertos, y cómo la naturaleza de estos actos influye en la determinación del lugar de celebración del contrato y cuál es la incidencia que en este esquema tiene el domicilio del pasajero. Todos estos aspectos son evaluados a la luz de la más importante y reciente jurisprudencia internacional elaborada sobre el particular.

RUEDA VALDIVIA, R.: “Axel Walz c. Clickair, S.A.: ¿voluntad de asegurar una interpretación uniforme del Convenio de Montreal en la UE o protección de los intereses de las compañías aéreas comunitarias en tiempos de crisis?”, *Diario La Ley*, nº 7435, 2010.

VICENTE GUZMÁN, J.: “El contrato de transporte multimodal”, *Revista de Derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, n° 5, 2010, pp. 163–183.

El contrato de transporte multimodal es una de las modalidades más utilizadas para contratar el transporte internacional de mercancías. Esta modalidad de contratación suele denominarse como transporte multimodal y como transporte combinado, y también es frecuente su confusión con operaciones de intermodalismo, que no necesariamente regulan los aspectos jurídicos del contrato. Este artículo define al contrato de transporte multimodal, describiendo sus características esenciales. Así mismo, trata el tema de la responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal, tanto en el ámbito internacional, como en la legislación de la Comunidad Andina. Igualmente, describe la nueva propuesta contenida en las Reglas de Rotterdam para regular el contrato de transporte multimodal que tenga un trayecto marítimo internacional.

TRUST

BOUTIN I., G.: “El fideicomiso–testamentario en el Derecho internacional privado panameño y comparado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 531–546.

El fideicomiso–testamentario o *testamentary*–trust en el Derecho internacional privado panameño y comparado sintetiza la evolución de esta evolución de origen de la *common law* como va ser asimilada por los sistemas codificados hispano americano gracias a la conceptualización de Alfaro y Garay que introducen la noción de fideicomiso–trust en la Región. De igual manera se interpreta la ley aplicable y el reconocimiento del fideicomiso testamentario en función de la regla de conflicto de la autonomía registral y la regla subsidiaria de la ley de la administración fiduciaria sin descuidar el tema de la competencia judicial o los conflictos de jurisdicción basado en dos opciones posibles en el foro arbitral y el foro de la cláusula atributiva de jurisdicción ambas figuras reguladas por la autonomía de la voluntad del fideicomitente.

BIBLIOGRAFIA EXTRANJERA

BOSCHIERO, N. (dir.): *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Turín, G. Giappichelli Editore, 2009, XV+544 pp. ISBN 978-88-348-9562-7.

Entre la bibliografía que ha generado el Reglamento Roma I, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, ocupa un lugar destacado este libro, que incluye un conjunto de aportaciones muy elaboradas con una rigurosa concepción de conjunto que, como destaca Nerina Boschiero en su presentación entronca con la más influyente tradición italiana, representada por una obra clásica con respecto al Convenio de Roma de 1980, como es la coordinada hace más de dos décadas por Tullio Treves bajo el título *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*. El libro se encuentra organizado en dos partes, la primera centrada en los problemas generales mientras que la segunda aborda diversas cuestiones específicas. Además, se inicia con una introducción de Paul Lagarde, en la que se analiza el significado del Reglamento desde la perspectiva del Derecho comunitario y del Derecho internacional privado, y concluye con las observaciones finales de Tullio Treves centradas en valorar algunas de las principales diferencias entre el Reglamento y su antecesor el Convenio de Roma.

Las contribuciones relativas a los problemas generales incluyen un estadio detallado de algunos artículos esenciales de la estructura del Reglamento, en particular los relativos a la autonomía de la voluntad (3), elección de la ley aplicable a falta de elección (4), y normas internacionalmente imperativas (9). A la autonomía de la voluntad aparecen dedicados dos importantes estudios, el primero a cargo de Fabricio Marella se ocupa en particular de la forma de los acuerdos de elección así como del objeto de la misma, valorando, entre otros aspectos, la negativa del Reglamento a admitir la elección de la *lex mercatoria* y de normas extraestatales como los Principios de Unidroit como ley del contrato. Por su parte, Nerina Boschiero se centra en los límites a la autonomía de la voluntad desde la perspectiva en especial de las diversas categorías de normas imperativas, con especial referencia a los apartados 3 y 4 del art. 3 del Reglamento, así como a la repercusión sobre la ley del contrato de la denominada cláusula del mercado interior y del orden público comunitario. Ugo Villani, en su sugerente estudio sobre el art. 4 del Reglamento Roma I lleva a cabo un detallado análisis de la transformación de ese precepto desde el Convenio de Roma al Reglamento Roma I, valorando el diverso significado en esos dos instrumentos del criterio de la prestación característica y del principio de proximidad, así como las dificultades de interpretación asociadas a ciertas novedades introducidas en el nuevo artículo 4, como sucede con la delimitación precisa de las diversas categorías de contratos enumeradas en su apartado 1, y a aspectos ya estudiados en el marco del Convenio de Roma como la concreción de la prestación característica. El estudio de otro precepto en el que el Reglamento incorpora cambios significativos, como es el relativo a las normas internacionalmente imperativas, corresponde a un destacado especialista en el tema, Andrea Bonomi, que lleva a cabo una valoración crítica de ciertas modificaciones introducidas en el Reglamento Roma I con respecto al Convenio de Roma, como es la limitación de las normas de terceros Estados a las que puede darse efecto a la luz del texto del art. 9 Reglamento Roma I. La primera parte concluye con un estudio que aporta la particular visión del Reglamento desde la perspectiva del Reino Unido. La contribución de James Fawcett recoge las claves de la evolución del Reino Unido con respecto a la negociación del Reglamento y la decisión final de participar en el mismo.

Dedicada a analizar diversos temas específicos, la segunda parte engloba, de un lado, un importante conjunto de estudios relativos a diversos tipos de contratos, entre los que se encuentran las diversas categorías de contratos que son objeto de un artículo específico en el reglamento. Así, el artículo 5 relativo a los contratos de consumo es analizado en el primero de sus estudios por Francesco Seatzu,

quien, entre otros aspectos, valora la interacción entre esa norma y la relativa con carácter general a las normas imperativas del art. 9. Del mismo autor se contiene un detallado análisis dedicado al estudio de la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo en el art. 8 del Reglamento. Detenida atención reciben dos tipos de contratos para los que la adopción del Reglamento Roma I ha representado una significativa evolución, como es el caso, en primer lugar, de los contratos de transporte objeto del nuevo art. 5 del Reglamento, del que Gianluca Contaldi se centra en el análisis de los contratos de transporte de personas, con especial atención a las dificultades de coordinación entre el Reglamento y el régimen derivado de las convenciones internacionales de Derecho material uniforme relativas a esos contratos. Por su parte, la importante novedad que representa el régimen unificado de ley aplicable a los contratos de seguro del art. 7 Reglamento Roma I es abordado en la contribución de Paola Piroddi, que se extiende al análisis de la coordinación de esa norma con el régimen específico de protección en el ámbito jurisdiccional establecido por el Reglamento Bruselas I así como con la compleja normativa contenida en las directivas comunitarias de armonización en materia de contratos de seguro. Otras categorías de contratos objeto de contribuciones específicas son los relativos a la comercialización de instrumentos financieros y los contratos relativos a la propiedad intelectual. A los primeros está dedicado el estudio de Francesca C. Villata, en el que junto al significado de la disposición específica de los arts. 4.1º.h) y 6.4º.d) del Reglamento, se abordan el conjunto de las cuestiones relevantes, como la precisión de esta categoría a partir de la Directiva 2004/39/CE y la delimitación de los aspectos regidos por la ley del contrato. Por su parte, el segundo estudio de Merina Boschiero se centra en el análisis del régimen de los contratos relativos a la propiedad intelectual en el Reglamento Roma I, con una contribución que representa una referencia clave para el futuro en una cuestión particularmente compleja, habida cuenta de la diversidad de figuras contractuales, la ausencia de una previsión específica sobre estos contratos en el Reglamento y los problemas específicos de delimitación de los aspectos regidos por la ley del contrato.

Más allá del estudio de las diversas categorías de contratos reseñadas, otras contribuciones de esta Segunda Parte del libro abordan otros aspectos de indudable relevancia para el conocimiento de conjunto del Reglamento Roma I y de sus implicaciones en la evolución del Derecho internacional privado de la Unión Europea. Así, Paolo Bertoli aborda el ámbito de aplicación del Reglamento, con especial atención a la exclusión del mismo de las obligaciones derivadas de los tratos previos a la celebración de un contrato, un elaborado análisis de la delimitación de la categoría obligación contractual y el estudio de la interrelación entre los Reglamentos Roma I y Roma II. La coordinación entre estos dos Reglamentos con respecto a la responsabilidad precontractual es también objeto de estudio en la contribución de Zeno Crespi Reghizzi, centrada en el régimen aplicable a las consecuencias de la nulidad del contrato. Por su parte, Angelica Bonfanti trata de las relaciones entre el nuevo Reglamento y los convenios internacionales, analizando las implicaciones de su art. 25 del Reglamento con respecto a los convenios concluidos por los Estados miembros. En su análisis destaca las posibles dificultades de coordinación con convenios relativos en principio a materias no reguladas en el Reglamento, como ciertos convenios de derecho material uniforme o el Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a la intermediación y representación que incluyen, así como las ventajas de limitar la tendencia expansiva en la interpretación del alcance de la competencia exclusiva externa de la Unión precisamente respecto de aspectos que no han sido objeto de regulación en los instrumentos de la Unión, como sucede en el caso del Reglamento Roma I con la representación voluntaria.

En definitiva se trata de un libro que contiene contribuciones con análisis rigurosos de los aspectos más relevantes y controvertidos de la interpretación del Reglamento Roma I, producto de una cuidada selección de temas y autores. En su conjunto se trata de una obra de especial valor para comprender el alcance de la transformación que representa el nuevo Reglamento Roma I llamada a constituir una referencia de gran valor en la interpretación de este instrumento. **PdMA**

DABBAH, M. H., *International and Comparative Competition Law*, Cambridge, University Press, 2010, 679 pp. ISBN 978-0-521-73624-4.

La obra está compuesta por once capítulos que responden *de facto* a tres partes diferenciadas. Una primera, que incluye los capítulos 1, 2 y 3, tiene un carácter introductorio a la dimensión internacional y comparada del Derecho de la competencia. La segunda, comprensiva de los capítulos 4, 5, 6 y 7, aborda la problemática en distintos Estados y regiones de integración económica mundial. La tercera, que hace las veces de conclusiones y formulación de modelos normativos, incluye los capítulos 8, 9, 10 y 11.

En el primer capítulo se analiza la expansión geográfica del Derecho de la competencia, así como la necesidad real de tal régimen jurídico. De hecho, el autor especula sobre si verdaderamente se puede hablar de una idea global de Derecho de la competencia. Destaca, en este sentido, los parecidos de los distintos regímenes estatales pero también las notables diferencias, especialmente, en cómo y quién aplica las normas de competencia. Con este planteamiento, el autor ya formula un concepto funcional de competencia y Derecho de la competencia, incluyendo su estructura y objetivos y enfatizando en el carácter interdisciplinar de este régimen y en su delimitación. No falta tampoco una aproximación práctica a los actores y políticas que presiden la materia y un planteamiento científico, en términos de análisis económico, sobre la definición de mercado. El segundo capítulo trata el qué, el por qué y el cómo de la internacionalización y las interacciones de este fenómeno con la soberanía estatal y con el proceso de globalización. Este segundo capítulo podría considerarse una continuación de la introducción y, de hecho, se reiteran las referencias a los efectos de la globalización en el campo del Derecho de la competencia, a la interacción entre distintas disciplinas y al papel de los operadores.

El tercer capítulo analiza la implicación de los organismos y organizaciones internacionales en el ámbito de la política y del Derecho de la competencia, incluyendo a la Organización Mundial del Comercio, a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), a la *International Competition Network* (ICN) y al Banco Mundial. De entre las muchas aportaciones de estos organismos, el autor llama especialmente la atención sobre la creación *de facto* de una “red” de instituciones y organismos llamadas a generar una cultura del Derecho de la competencia y de buenas prácticas en esta materia.

Como ya he señalado, los capítulos 4 a 7 forman una segunda parte de la obra en la que se analiza el Derecho de la competencia en regiones y Estados del mundo. El capítulo 4 se refiere al régimen de la competencia en la Unión Europea, abordando, en un esquema clásico, el sistema normativo, la estructura institucional (Comisión, Tribunal de Justicia y tribunales y autoridades nacionales) y la interacción entre Derecho de la Unión y sistemas domésticos. De este capítulo llama especialmente la atención el análisis de la modernización del Derecho de la competencia en la Unión Europea y el efecto expansivo de éste, ya por medio de acuerdos bilaterales con distintos Estados, ya por la vía de iniciativas multilaterales con otras instituciones internacionales. Lógicamente, el planteamiento de la obra, que busca un recorrido por el panorama mundial del Derecho de la competencia, no “agota” la investigación del régimen de competencia en la Unión Europea.

El capítulo 5 aborda el Derecho de la competencia en los Estados Unidos. Salpicado con un apunte histórico, el autor concluye que estamos ante un régimen federal de “contextos”, muy dependiente de la situación económica y el panorama político del momento. Desde la perspectiva científica, destaca los planteamientos estructuralistas de la “escuela de Harvard”, que aboga por un Derecho de la competencia más intervencionista, frente a los planteamientos basados en la eficiencia de la “escuela de Chicago”. Podría decirse que la primera ofrece mayor seguridad a las empresas pero que la segunda ha realizado una modernización del Derecho de la competencia. En este marco, el autor ofrece un extenso recorrido por las distintas normas federales, comenzando por la *Sherman Act*, terminando por los avances de la Administración de B. Obama, e incluyendo, entremedias, la explicación de unos quince instrumentos normativos.

El capítulo 6 analiza el Derecho de la competencia en países en vías de desarrollo. Se trata, en opinión del propio autor (p. 287), de un recorrido que no pretende ser exhaustivo, sino mostrar los perfiles peculiares del Derecho de la competencia en este ámbito geográfico y plantear si tiene sentido que estos

Estados utilicen modelos normativos propios de los países desarrollados. Entre los factores que influyen en la configuración del Derecho de la competencia de estos países en vías de desarrollo destacan la implicación de los gobiernos en la economía estatal, la necesidad de fijar parámetros institucionales, la falta de una suficiente conciencia en torno a las bondades del Derecho de la competencia, la manipulación a la que se pueden ver sometidos estos países por parte de los países desarrollados y sus empresas, la propia promulgación y redacción de las leyes, y los problemas que plantea la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia.

El capítulo 8 ofrece un recorrido por el Derecho de la competencia de distintas regiones del mundo. Así se ocupa de los avances en el Oriente Medio, incluidos los producidos en la Liga de Estados Árabes y en el Consejo de Cooperación de Estados Árabes del Golfo. También aborda los producidos en otras zonas asiáticas, por ejemplo, en la Asociación de Naciones Asiáticas Surorientales (ASEAN), en la Asociación Surasiática para la Cooperación Regional (SAARC), en la Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) y en el Acuerdo transpacífico de asociación económica estratégica. Destaca, igualmente, los progresos en el ámbito africano, como ocurre en la Comunidad Económica y Monetaria del África Central (CEMAC), en el Mercado Común del África Suroriental (COMESA), en la Unión Monetaria y Económica del África Occidental (WAEMU), en la Comunidad del África Oriental (EAC) o en la Comunidad para el Desarrollo del África del Sur (SADC). En el marco americano, analiza los avances del Mercosur, del Caricom, de la Organización de Estados Caribeños Orientales, del NAFTA, del Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos, República Dominicana y Centro-América, del Acuerdo de Libre Comercio Latinoamericano, de la Comunidad Andina y del Foro iberoamericano para la protección de la competencia. Tampoco falta una referencia a la normativa en los Estados de la *Commonwealth*. El autor llega a conclusiones muy interesantes destacando el alto número de iniciativas, la búsqueda de cierta armonización del Derecho de la competencia basándose muchas veces en la experiencia de la Unión Europea, la no muy clara división de competencias entre autoridades regionales y nacionales, los solapamientos derivados de la participación de algunos Estados en varias iniciativas, y el mejor funcionamiento de la cooperación “subregional” que la regional.

Los capítulos 8, 9, 10 y 11 formarían una tercera y última parte del libro, referida a las opciones de internacionalización del Derecho de la competencia. En este sentido, el capítulo 8 aborda la “opción” unilateral que pasa por la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia, analizando especialmente la experiencia estadounidense y europea. De entre los escenarios más relevantes (p. 427) destacan cinco: la aplicación del Derecho de la competencia de un Estado por ser el mercado afectado por actos ocurridos en otro Estado; la aplicación del Derecho del Estado no afectado por el acto siempre y cuando sus empresas se vean implicadas; la aplicación del Derecho del Estado donde se localiza el hecho generador del acto; la aplicación de esas normas sin localizarse ni el hecho generador ni el mercado afectado en su territorio; y la aplicación del Derecho de la competencia extranjero. La extraterritorialidad del Derecho de la competencia tiene, en opinión del autor, la ventaja de adaptarse a actos económicos no fáciles de localizar en un único ordenamiento estatal, pero presenta el inconveniente de afectar a la soberanía de otros Estados, por lo que debería reducirse a situaciones ciertamente excepcionales, que, por cierto, podrían haber sido objeto de un mayor desarrollo en la obra.

El capítulo 9 analiza la internacionalización del Derecho de la competencia a través de acuerdos bilaterales. Los acuerdos de primera generación se basarían en la *negative comity*, comprometiéndose los Estados a tener en cuenta los intereses relevantes de la contraparte. En una segunda generación, los acuerdos ya incluirían *positive comity* para que los Estados partes velaran activamente por los intereses relevantes de otros Estados, afectados por actos contrarios a la libre competencia. En este sentido, destaca especialmente los acuerdos entre la Unión Europea y Estados Unidos, entre Australia y Nueva Zelanda, entre Canadá y Estados Unidos y entre Reino Unido y Estados Unidos. De entre los beneficios de este modelo bilateral, destacan facilitar la convergencia y armonización del Derecho de la competencia, ofrecer una alternativa a su aplicación extraterritorial realista y práctica, manteniendo las autoridades cierta discrecionalidad (p. 509). Dos son los inconvenientes destacados por el autor (pp. 528 y ss.): el hecho de que los organismos internacionales no hayan hecho de este modelo su “centro de gravedad” para considerarlo la idea “global” de Derecho de la competencia y, derivado de éste, la falta de conoci-

miento y familiaridad con el modelo por parte de los Estados de la comunidad internacional.

El capítulo 10 realiza un planteamiento multilateral del Derecho de la competencia, considerado como el más idóneo para internacionalizar este sector normativo en un contexto global. Tras un recorrido por las iniciativas en la materia, de cara al futuro el autor se plantea la idoneidad de un acuerdo multilateral desarrollado en el marco de la Organización Mundial del Comercio y tomando como posible referencia el régimen de la Unión Europea. Esta iniciativa choca con el escepticismo de los Estados Unidos de América y los distintos posicionamientos de países africanos y asiáticos. Aparte de la celebración de un acuerdo multilateral, se plantea la posibilidad de propiciar otras formas de convergencia y armonización del Derecho de la competencia de los distintos países, que reducirían los costes de los actos empresariales. Sin embargo, estas otras formas no están exentas de inconvenientes, como pueden ser la lentitud de este proceso de convergencia, dadas las distintas formas y objetivos del Derecho de la competencia. En este contexto, cobran un papel protagonista los avances a través del *soft law* en el marco de la UNCTAD, de la OCDE o del ICN. Es precisamente en el marco de esta última institución en la que el autor formula posibles principios internacionales del Derecho de la competencia, que, por cierto, merecerían un mayor protagonismo: una conexión apropiada basada en los efectos apreciables en el mercado como criterio de competencia de las autoridades; decisiones claras y comprensibles basadas en criterios cualitativos y cuantitativos; concesión de plazos razonables para poner fin a los actos lesivos; y la búsqueda de remedios basados en la transparencia y en la eficiencia. Como se observa, se trata de principios mínimos operativos, lejanos a un régimen completo de Derecho de la competencia, pero que se convierten en pequeños pasos hacia una convergencia global. Gustan al autor estos principios de *soft law* por su respeto con la soberanía estatal (p. 563), aunque, personalmente, no veo en un *hard law* basado en tratados un menor respeto a la soberanía estatal.

El libro concluye con un capítulo 11 dedicado a las relaciones entre Derecho de la competencia y política comercial. Se analizan en este ámbito cómo influyen las prácticas de las empresas, tales como los acuerdos horizontales y verticales o el abuso de posición dominante, y las prácticas de los Estados como las exenciones otorgadas o la aplicación estratégica y selectiva de las normas sobre competencia. Este capítulo quizá se localizaría mejor al principio de la obra que en la parte final, ya que no sigue el hilo conductor de ésta.

Llegados a este punto, el lector ya tendrá una idea de las muchas bondades y los pocos defectos de la obra. De las primeras destacaré la capacidad para combinar teoría y práctica, descripción y construcción científica, Derecho y *policy*, perspectiva internacional y perspectiva comparada y unilateralismo y multilateralismo. De los segundos cabe hacer notar las mínimas referencias doctrinales en idiomas distintos al inglés y la falta de una división por partes de los once capítulos, así como de unas conclusiones finales en las que se sistematicen los principios del Derecho de la competencia a nivel mundial de cara a una futura convergencia, en la que el autor cree firmemente. **Ángel Espiniella Menéndez** (Universidad de Oviedo).

MARINO, S.: *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*; Milán, Giuffrè, 2010, 406 pp. ISBN 978-8-81415-290-0.

La propuesta que realiza Silvia Marino en este libro es realmente interesante. Se trata de explorar en qué forma son empleados los distintos métodos de DIPr en la protección del contratante débil en el Derecho de la UE (Derecho comunitario). Nos encontramos, por tanto, ante un trabajo que gira en torno a dos polos atractivos y de gran enjundia. Por una parte lo que se suele denominar “parte general” del DIPr y por otra parte la regulación de los contratos con parte débil. La opción por limitar el análisis al Derecho producido en la UE es totalmente lógica ya que el Derecho europeo es actualmente no solamente el referente principal desde la perspectiva de los Estados que forman parte de la UE, sino que también es un modelo que presenta un interés de primer orden para los Estados no miembros y debe ser siempre considerado en cualquier análisis de la tutela de la parte débil que pretenda cierto carácter general. Se trata, por tanto, de un planteamiento que merece ser considerado.

Tratándose de una obra que concilia dos perspectivas diferentes es claro que gran parte del éxito del trabajo dependerá de la forma en que se equilibran ambos enfoques. Este equilibrio, a su vez, puede ser conseguido de formas diversas. Así, puede optarse por partir de la regulación existente y, partiendo de ésta, extraer las conclusiones pertinentes en relación a la presentación general del modelo o, por el contrario, centrarse en los distintos métodos de DIPr y examinar en qué forma son recogidos en la normativa europea. La opción que se sigue en esta obra es la segunda, asumiendo de forma axiomática que los métodos posibles de DIPr son la localización, el reenvío al ordenamiento competente, la aplicación generalizada de la *lex fori* y las normas materiales de conflicto (p. 1) para, a partir de ahí, proyectar dichos métodos sobre la regulación comunitaria (incluyendo tanto el Derecho aplicable como la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones); resultando de esta forma seis capítulos (aparte de la introducción): las normas materiales de Derecho uniforme: unificación y armonización comunitarias (capítulo I), el unilateralismo y la tutela de la parte débil (capítulo II), la teoría clásica de la localización de la relación (capítulo III), el reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario (capítulo IV), la elección de ley aplicable y del juez competente (capítulo V) y las normas de conflicto con finalidad material (capítulo VI). Se trata, por tanto, de una opción en la que prima, en principio, la perspectiva centrada en el método de DIPr sobre el análisis de la regulación. Se trata de una opción legítima, evidentemente, pero que limita casi inevitablemente el tratamiento de los problemas que resultan del análisis de la regulación existente, los problemas que se plantean en la práctica y la jurisprudencia que los analiza. Y no son pocos los problemas que se tratan en este trabajo como tendremos ocasión de examinar; pero teniendo en cuenta que el análisis no se limita al Derecho aplicable, sino que se extiende a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones son bastantes también las cuestiones que podrían haberse incluido en el estudio y que no son tratadas. Así, por ejemplo, el tema del ámbito subjetivo de la regulación sobre contratos de consumo, seguros y trabajo, tanto en el sector del Derecho aplicable como en la competencia judicial internacional. Como es sabido, no son pocos los problemas que se han planteado en relación a los límites de esta regulación, así, por ejemplo, en lo que se refiere a contratos de inversión realizados por consumidores; cuestión que apenas es mencionada. En lo que se refiere a la protección en materia de seguros se obvia toda referencia a la protección conferida a personas diferentes del asegurado (tomador del seguro, beneficiario o, incluso, víctima en los casos de seguros de responsabilidad civil). Podría argumentarse que el trabajo se limita a la tutela del contratante; pero en este caso en materia de seguros debería haberse considerado al tomador del seguro y no al asegurado. Tampoco existen desarrollos significativos sobre la delimitación del contrato de trabajo respecto a otras figuras (ciertos contratos mercantiles) en los que puede plantearse la duda de si nos encontramos ante una relación laboral o no. El análisis de la regulación concreta deja, además, otros problemas que podrían haber sido abordados en un estudio que hubiera tomado como centro de gravedad dicho análisis y no su adecuación a los distintos métodos del DIPr. Así, sin ánimo de exhaustividad, la protección que merecen los consumidores en los casos en los que el demandado, cocontratante del consumidor, se encuentra domiciliado en un Estado tercero, incluidos los supuestos en los que en tales casos se elige como tribunal competente el de un Estado miembro de la UE diferente del Estado del domicilio del consumidor. También en el sector del Derecho aplicable se plantean interesantes cuestiones que podrían haber sido tratadas, como por ejemplo la concreción de los contratos de consumo que son objeto de protección en el Reglamento Roma I; y no puede dejar de señalarse que las diferencias en la delimitación entre la materia contractual y extracontractual en los casos en los que están implicados consumidores y en aquellos otros en los que no existe parte débil en el contrato, diferencias que han sido ya destacadas por la doctrina a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, podrían haber sido también objeto de consideración en el trabajo que comentamos.

La opción que toma la obra por dar preferencia al análisis de la forma en que los métodos del DIPr son utilizados en la protección del contratante débil limita, por tanto, los problemas que se analizan; pero tiene la ventaja de situar el trabajo en un terreno especialmente relevante en el momento actual, el del cambio metodológico en el que se encuentra inmerso el DIPr, especialmente en el ámbito europeo. Este cambio metodológico no es a estas alturas ningún secreto e implica, entre otras cosas, la relativización del papel de la norma de conflicto clásica y la importancia creciente del reconocimiento como método, alterándose además la regulación de éste facilitándose de forma significativa la eficacia extraterritorial

no solamente de las decisiones judiciales, sino también de los actos y documentos públicos y de las situaciones creadas en un determinado ordenamiento. Por esta vía los derechos adquiridos se convierten en alternativa en algunos puntos al método conflictual de Savigny. Se trata de una transformación que es objeto de un tratamiento constante en la doctrina europea, llamando especialmente la atención que varios autores que han desarrollado gran parte de su obra en el marco del conflictualismo se ocupen ahora de este cambio de paradigma que obligará a cambios sustanciales en el DIPr (*vid.* P. Lagarde, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: Quelques conjectures”, *RabelsZ*, vol. 68, n° 2, 2004, pp. 225–243, esp. pp. 230–232 y 242; E. Jayme, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi ne rapporti con stati terzi”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, año XLII, n° 2, 2006, pp. 353–360, esp. p. 356). La obra que presentamos podría ser, por tanto, una excelente ocasión para revisar este cambio indudable y situarlo en su correcta perspectiva, contrastándolo, además, con una regulación especialmente interesante como es la que se ocupa de la parte débil en la contratación. El resultado final no es éste, sin embargo, ya que en lugar de incidir en las transformaciones que se están produciendo en el DIPr opta por una visión clásica en la que la primacía del método conflictual no es cuestionada y sí sin embargo las alternativas a éste. Así, por ejemplo, se lee en el inicio del capítulo dedicado al reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario que “Il rinvio all’ordinamento giuridico competente e il riconoscimento dei diritti acquisiti hanno avuto particolare successo nella prassi di *common law*, e trovato compiute elaborazioni nella doctrina inglese. I due metodi, attualmente, sono fortemente contestati e scarsamente utilizzati, a causa delle fallaci premesse metodologiche su cui si basano”. El unilateralismo es también descalificado de modo semejante en el capítulo II; pero no se aprecia igual rigor en la crítica del método conflictual, pese a que sus premisas metodológicas han sido también objeto de cuestionamientos no menos incisivos que los que han sufrido otros métodos en DIPr (recordemos la de F. Rigaux: “La recherche du siège du rapport de droit n’est pas une méthode, mais simplement une manière de poser le problème”, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Bruselas, Editions F. Larcier, 1956, p. 25). La clara preferencia por el método conflictual frente a sus alternativas hace que la obra pierda, por tanto, parte de su interés, pues no puede entenderse desde esta perspectiva de teoría general como una presentación completa del panorama existente. Sorprende, por ejemplo, que los trabajos de Lagarde y de Jayme que se acaban de citar no figuren en la bibliografía de esta obra; pese a su indudable relevancia en la revisión del método clásico y a que, por ejemplo, obras anteriores de Lagarde que se insertan en una aproximación conflictual ortodoxa sí son ampliamente considerados (su conocido curso de La Haya sobre el principio de proximidad, por ejemplo). Quizás esta preferencia por un acercamiento clásico sea la que también empañe el tratamiento del reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario (capítulo IV) donde la cuestión clave de las relaciones entre el reconocimiento mutuo en el ámbito procesal y el principio de reconocimiento mutuo en el mercado interior es totalmente obviada pese a ser un tema que, como es sabido, despierta en la actualidad un interés más que notable (*vid.*, por ejemplo, M. Möstl, “Preconditions and limits of mutual recognition”, *CMLR*, 2010, año 47, núm. 2, pp. 405–436) y que ya preocupa a la doctrina desde hace tiempo (*vid.* M. Gardeñes Santiago, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999, donde también se estudia en detalle la relación entre la regla de reconocimiento mutuo y las normas materiales imperativas).

Así pues, el énfasis que se pone en el análisis de los distintos métodos de DIPr no implica que el tratamiento se ajuste a las exigencias de la situación actual; el tratamiento preferente del método conflictual no ayuda en la profundización de los problemas, tal como hemos visto, y tampoco lo hace el que el análisis normativo se encuentre al servicio de los distintos métodos presentados en vez de ser tales métodos resultado del mencionado análisis (*vid.* en este sentido el análisis que se hace en la p. 87 de la normativa francesa sobre contratos de transporte marítimo). Como dijo Dennis Lloyd (y recoge S. Sánchez Lorenzo en las páginas preliminares de su tesis doctoral sobre la reserva de dominio), los conceptos son buenos servidores, pero malos amos, y seguramente es siempre más interesante construir los modelos a partir de la regulación que no intentar ajustar dicha regulación a los modelos preexistentes. La obra que comentamos, al partir de unos modelos apriorísticos y cerrados no permite que la realidad normativa enriquezca dichos modelos y limita las posibilidades de nuevos enfoques. No es extraño en este contexto

que la obra se aparte explícitamente de acercamientos más audaces, como el que se recoge en la obra de Stéphanie Franq *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit International privé* (Bruselas/París, Bruylant/LGDJ, 2005) que analizan el Derecho comunitario desde una perspectiva unilateral, ni tampoco que la Sentencia *Ingmar* sea objeto de un examen crítico a partir de las categorías clásicas en DIPr (pp. 256 y ss.).

La obra de Silvia Marino ofrece, por tanto, un análisis crítico de la normativa europea en materia de protección del contratante débil a partir de la consideración de los distintos métodos del DIPr y desde una perspectiva que podríamos calificar de “clásica”. A partir de aquí se desarrollan distintos problemas en relación a esta regulación que, seguramente, interesarán de forma desigual al lector. Así, en los primeros capítulos los desarrollos relativos al unilateralismo o al funcionamiento de la norma de conflicto, básicamente descriptivos a partir de las obras clásicas en la materia y los manuales fundamentales de DIPr en Italia, el Reino Unido y Francia presentan un atractivo relativo. El tratamiento que se hace de la regulación contenida en el Reglamento 44/2001, el Reglamento sobre el Título Ejecutivo Europeo y en el Reglamento Roma I de los distintos contratos tratados es también bastante descriptiva en la primera parte de la obra, aunque alcanza un mayor interés en los capítulos V y VI donde se tratan los problemas de la concurrencia de normas imperativas y normas de aplicación necesaria, comparación entre el nivel de protección de la ley elegida y de la que se aplicaría en defecto de elección, la articulación entre el Reglamento 44/2001 y la Directiva comunitaria en materia de cláusulas abusivas en lo que se refiere a la posibilidad de elección de tribunal en los contratos con parte débil concluidos por medio de contratos de adhesión o la eficacia de la sumisión tácita en los contratos de seguro, consumo y trabajo. En estas cuestiones, el análisis de la regulación existente y la articulación entre los distintos instrumentos se hace de forma completa y convincente lo que contribuye a que estos capítulos sean los que presentan, a mi juicio, un mayor interés resultando verdaderamente útiles para el estudio del régimen de protección de la parte débil en el Derecho comunitario.

En definitiva, estamos ante un trabajo que ha de ser considerado desde distintas perspectivas. En cuanto obra de teoría general del DIPr satisfará, quizás, a los más ortodoxos; pero se echa en falta un tratamiento más abierto de los cambios que se están produciendo en los últimos años en el DIPr, y que pueden llegar a cuestionar los planteamientos tradicionales. Como estudio de la regulación en la UE de la contratación con parte débil, junto a desarrollos excesivamente descriptivos encontramos acertados planteamientos, sobre todo en materia de elección de ley y tribunal y en el tratamiento de las relaciones entre normas imperativas y normas de aplicación necesaria. **Rafael Arenas García** (Universidad Autónoma de Barcelona).

SILVA, J.A.: *Aplicación de normas conflictuales. La aportación del juez*, México, Fontamara, 2010, 361 pp. ISBN 978-607-7921-57-8.

El principal propósito de este trabajo, centrado en lo que pudiera considerarse como “teoría general” del conflicto de leyes, consiste en hacer accesible algunos marcos teóricos y conceptuales, no siempre fáciles de digerir, propios de la teoría de la decisión y argumentación jurídica, así como destacar ciertas formas de razonar, algunas de ellas estimadas como paradigmáticas. Más exactamente el autor (como si se hubiera desplazado al seminario interdisciplinar que tuvo lugar en Alicante hace casi un cuarto de siglo, donde actuaron como espadas principales los profesores Miguel Virgós y Manuel Atienza bajo la presidencia del profesor González Campos), acepta el reto y discute un problema específico del DIPr con herramientas propias de la Filosofía del Derecho. Por eso el lector atento advertirá que en el meta-lenguaje ius internacional privatistas empleado por el inquieto profesor de Ciudad Juárez se emplean algunos signos lingüísticos que, aunque (en ocasiones) diferentes a los propuestos por los de la teoría del Derecho, pretenden contar con el mismo significado.

La obra está dividida en dos partes: la primera es un tanto más propia de una explicación de razonamiento formal, mientras que la segunda se orienta esencialmente al plano material. Se preocupa el autor por presentar la relación entre órdenes jurídicos partiendo para ello de la norma de conflicto, de la cual expresa algunas de sus propiedades. Para llevar a cabo esta tarea toma como referente un orden jurídico

concebido como conjunto de normas (en un sentido amplio), dentro de las cuales la conflictual es la que da lugar a la vinculación entre órdenes jurídicos, para concluir sosteniendo que aquellos enunciados del orden extranjero con los que se relaciona el propio no se aplican como si fuesen extranjeros: sino que más bien se “incorporan” a este último.

Como parece inferirse de las doctrinas tradicionales ius internacional privatistas, se cuestiona esta monografía, si existe una solución única y correcta para cada problema de aplicación de una norma de conflicto y si existe una respuesta predeterminada para todos los supuestos por ella regulados. Responde el profesor mexicano en forma negativa entendiendo que en la aplicación de la norma de conflicto no cabe apelar por entero al enfoque lógico-deductivo, lo cual obliga al juez a emplear otros recursos argumentativos y para ello toma como texto de referencia la monografía de Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (México, IIJ-Unam, 2007). Ahora bien, al cuestionarse si el juez puede aportar algo para crear la norma que resuelve un caso, la respuesta es, en este caso, afirmativa. Pero, ¿qué hacer cuando falta un enunciado legal específico como parece normal en la mayoría de leyes y códigos?. En una laguna como ésta, rechaza que el juez se pronuncie por un *non liquet* abogando por que actúe, utilice su intelecto y cree la norma específica para el caso concreto.

Los objetivos principales tan apasionante planteamiento son dos. En el primero, el centro de atención consiste en proporcionar una explicación (reformulación) acerca de la aplicación de la norma de conflicto, en especial, los problemas de raciocinio judicial (aunque sin olvidar el razonamiento formal); una explicación que surge como necesidad imperiosa, puesto que las leyes que abordan las relaciones de tráfico jurídico internacional, son escasas. Lo poco que existe, a juicio de Silva, es vago y ambiguo, destacando las amplias lagunas. Esto le conduce a pensar que la labor del juez no se ha de examinar a partir de un concepto deductivo, sino que requiere la toma en consideración su razonamiento (que no es el meramente lógico) para crear y justificar la decisión del caso. No ignora pues que no de los mayores problemas de cualquier jurista al enfrentarse con la norma de conflicto está en su individuación y su aplicación no obedece a una labor rutinaria, ni resuelve exclusivamente casos fáciles.

El segundo objetivo del antiguo Presidente de la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado de México es llamar la atención en la importancia que tienen los argumentos y justificaciones para construir decisiones particulares. Para ello destaca el razonamiento práctico en la construcción de la decisión final apoyándose en esta empresa en diversos ejemplos reales, propios del razonamiento práctico, relacionado con cada uno de los temas abordados, llamando la atención sobre los argumentos empleados por los jueces. Aunque la cuestión consiste en el “cómo se resolvió”, el método que utiliza Silva pretende encaminarlo al “cómo se resolverá”. Realmente no se introduce en el análisis de cada argumento expresado en cada sentencia, limitándose a destacar su importancia en la construcción de paradigmas, que algunos jueces y doctrinarios suelen emplear. En su apoyo agrega una breve descripción de algunas disposiciones mexicanas sobre el tema que aborda en cada capítulo, lo que, en cierta forma, obliga al lector a reconducir los problemas de la norma conflictual a un específico orden jurídico.

No podemos concordar con el autor cuando señala que esta obra está diseñada para un auditorio con un conocimiento elemental del Derecho conflictual y que a un estudiante regular le será útil en la medida que complementa algunos elementos vistos en clase. Es, por el contrario, un meritorio libro destinado a teóricos o filósofos, por cuanto que la mayor parte del discurso va enfocado para quienes tienen conocimientos de base de DIPr o se han acercado a cuestiones de teoría o filosofía del Derecho. Un libro sin duda complejo al vincular el ya de por sí abtruso razonar sobre la norma de conflicto marcos teóricos y conceptuales propios de la teoría de la decisión y de la argumentación jurídica. En suma, nos hallamos ante una nueva y original aportación sobre la norma de conflicto a partir de un examen agudo y analítico: una *rara avis* que no pasará desapercibida en la doctrina especializada, que los filósofos del Derecho, señaladamente los formados bajo el magisterio de Manuel Atienza, sabrán apreciar debidamente y que perturbará científicamente a autores como Miguel Ángel Ciuro Caldani. **J.C.F.R.**

SNIJEDERS, H. y VOGENAUER, S. (eds.): *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, Munich, Sellier European Law Publisher, 2009, 222 pp. ISBN 978-3-86653-127-7.

Nos encontramos ante una obra que pertenece a una colección de ensayos científicos realizada por estudiosos de distintos Estados europeos, con el objeto de recoger el impacto del Derecho transnacional, en particular el Derecho de la Unión Europea y el Consejo de Europa, en lo que se refiere al contenido y el significado dado por el Derecho nacional por los legisladores estatales y sus tribunales (desde la perspectiva de los Países Bajos, Reino Unido y Suiza) Este libro es el resultado del intercambio de conocimientos entre el personal académico de las Facultades de Derecho de las Universidades de Oxford y Leiden en primer lugar (que tuvo lugar en Leiden, entre el 25 y 27 de septiembre de 2008), y la posterior participación de la Universidad de Ginebra con la aportación de comunicaciones sobre el tema, elaboradas y actualizadas antes de la publicación

Las materias incluidas abarcan las implicaciones tanto constitucionales como prácticas de la implementación de este Derecho transnacional a nivel nacional, así como la interpretación del Derecho nacional contraria al Convenio Europeo de Derechos del Hombre (CEDH, Roma 1980), al Derecho Comunitario y los denominados instrumentos de “*soft law*” en distintos ámbitos o áreas del Derecho, como la civil y la procesal, la jurisdicción, las obligaciones contractuales, el Derecho de sociedades y el Derecho de la competencia En la presente obra se trata de exponer de la manera más clara posible los numerosos problemas que conlleva la aplicación del Derecho transnacional a nivel nacional, todo ello con ejemplos prácticos y nutrida doctrina La dificultad en la materia reside en que no solo requiere ser aplicado como un conjunto de reglas separadas, sino que también requiere atención como factor de interpretación del Derecho nacional, y como instrumento de aseguramiento del respecto del Derecho estatal con el Derecho transnacional

El libro comienza con una contribución general, a cargo de Ever Alkema, donde se analizan al detalle dos importantes cuestiones: cómo la constitución provee para el proceso de implementación y cómo la implementación afecta a la constitución en si misma; todo ello en relación con el sistema de los Países bajos (desde una perspectiva comparada con los países del entorno) No solo se aborda la cuestión desde la perspectiva del legislador nacional sino también de la jurisprudencia de sus tribunales En este sentido, se tiene en consideración (en ambas manifestaciones) la implementación práctica de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) en los Países Bajos, en especial, los efectos de casos individuales del TEDH en la experiencia neerlandesa

La influencia del CEDH en la interpretación del Derecho nacional por los tribunales domésticos es examinada en la obra por distintos participantes En primer lugar, Eric Lawson se plantea cuál debe ser la extensión del deber de las jurisdicciones nacionales respecto de los estándares marcados por el TEDH en aplicación del CEDH para los Estados miembros En este sentido debe considerarse como premisa si existen realmente unos estándares mínimos establecidos por TEDH, sobre la base del art 53 CEDH Una vez constatados aquellos, debe realizarse una interpretación de los mismos equilibrada, esto es, sin caer en la tentación de realizar una interpretación excesivamente restrictiva pero tampoco excesivamente amplia de los derechos individuales y libertades del CEDH Para ello se documenta utilizando la más reciente jurisprudencia holandesa en un derecho particularmente complicado como es la libertad de expresión (art 10 CEDH) Para continuar con la incidencia del CEDH en la práctica nacional, se recoge en el libro la cuestión de la interpretación de las normas de Derecho procesal civil inglés en el contexto del artículo 6 CEDH, presentada por Déidre Dwyer La implementación del CEDH en el Derecho inglés no tuvo lugar hasta 1998, mediante la *Human Rights Act (HRA)*, y del mismo año son las reglas sobre el procedimiento civil inglés (*The Civil Procedure rules 1998*, en adelante CPR), que deben adecuarse a aquella En este sentido, se realiza un análisis global de los resultados, de la aplicación práctica por los tribunales de los primeros 10 años de vida de estos dos instrumentos (HRA y CPR) En particular, se analiza la compatibilidad de las provisiones de la CPR con el art 6 CEDH, mediante la comparativa de distinta jurisprudencia nacional y doctrina TEDH Se completa el estudio con la expresa observación de los principales objetivos del CPR y su compatibilidad con el art 6 CEDH Siguiendo esta misma línea, Maya Hertig Randall examina el impacto del CEDH y la influencia de acuerdos bilaterales en materia de

libre circulación de personas (*Agreements on the Free Movement of Persons*, en adelante AFMP) celebrados por Suiza y la Comunidad Europea y los Estados miembros, todo ello desde la perspectiva de la jurisprudencia nacional suiza

Otra de las cuestiones abordadas en la obra por distintos colaboradores, es la influencia del Derecho de la UE en la interpretación del Derecho nacional, desde la perspectiva de distintos países comunitarios. Por un lado, Wim Voermans recoge y discute sobre uno de los fenómenos actuales que se generan en el ámbito de los negocios y la industria en el marco comunitario (el denominado “*gold-plating*” y “*double banking*”), que se traduce, en rasgos generales, en una sobrecarga administrativa impuesta por la legislación. Se analiza la relación de este fenómeno en conexión con el problema de la sobre implementación de las Directivas europeas por los legisladores nacionales. Reclamándose en este sentido una interpretación estricta del Derecho comunitario como una fuente de la carga administrativa exigible. En el mismo sentido, Jaap Hijma recoge la influencia de las Directivas europeas en la práctica jurisprudencial nacional (Holandesa) en la interpretación del Derecho nacional en materia de venta de bienes de consumo (fundamentalmente en lo que se refiere a las previsiones contenidas en el *Dutch Civil Code* de 1992). También se analiza dicha influencia en un sector tan relevante como es el Derecho de sociedades (nacional) a cargo de Steef Bartman. En este sentido se detalla la influencia de algunas Directivas europeas en el Derecho nacional de sociedades, planteándose posibles interpretaciones de estos instrumentos comunitarios que pudieran dar lugar a incluso a una armonización opcional en la materia (en particular en lo que se refiere a la libertad de establecimiento, entre otras). Siguiendo esta línea, Maurice Polak discute la cuestión de la influencia de la doctrina jurisprudencial transnacional en la aplicación e interpretación judicial de las reglas nacionales en los Países Bajos, en particular en la interpretación de las reglas nacionales sobre jurisdicción en materias civil y mercantil (artículos 1–14 de la *Dutch Code of Civil Procedure*). Con este objeto se realiza un escrutinio de los principales casos civiles y mercantiles (por materias) con expresa mención de los foros utilizados (comparando el articulado de la normativa nacional e instrumentos comunitarios sobre competencia judicial internacional), tipo de procedimientos, supuestos de litispendencia, tipos de medidas a adoptar, etc. Para terminar con esta cuestión, Henk Snijders aborda la influencia de la doctrina comunitaria en sede nacional. En particular, en las reglas legislativas nacionales y en la jurisprudencia nacional en cuanto a la inaplicación *ex officio* de determinados aspectos Derecho comunitario por los tribunales nacionales. Se trata de una cuestión importante, pues la posibilidad de que por los tribunales nacionales, bajo su propia consideración, se elimine o levante la aplicación de ciertos aspectos de Derecho civil europeo –por ejemplo mediante el recurso al orden público nacional–, supondría el reconocimiento de un margen de actuación para cada Estado miembro independiente, propio, que podría ir en detrimento de la pretendida armonización. Para aclarar esta relevante cuestión, se fundamenta la exposición del problema con la praxis jurisprudencial de los tribunales holandeses.

Los instrumentos de *soft law* también tienen cabida en esta obra, como fuentes de Derecho transnacional. En este sentido, se recogen dos contribuciones, Stefan Vogenaver y John Cartwright. Por un lado, Stefan Vogenaver recoge y analiza las diferentes formas en las que los Principios de Contratación Comercial Internacional de la Unidroit, pueden llegar a influir de manera relevante en las decisiones de los tribunales nacionales. Para ello se exploran las distintas técnicas que los tribunales pueden aplicar en interpretación de este importante instrumento de *soft law*. Así, puede recurrirse a estos principios: como Derecho aplicable; como términos contractuales; como antecedentes de la Ley; como criterios interpretativos del Derecho nacional; como criterios interpretativos del Derecho internacional uniforme; o como criterios interpretativos del propio contrato. John Cartwright se encarga de otro instrumento de *soft law* de gran relevancia en el ámbito comunitario en estas materias es el (anteproyecto) del Common Frame Reference (DCFR), cuya influencia se analiza respecto del Derecho inglés. Se plantea la posibilidad de hacer coincidir lo que el Derecho inglés podría interpretar o desarrollar en su propio Derecho de contratos de manera coherente con el modelo de contratos diseñado en el DCFR (esto es, se propone una reinterpretación del Derecho nacional de contratos a la luz del DCFR). Por último, y para cerrar las contribuciones que constituyen esta obra, Erik-Jan Zipporé toca otro tipo de instrumento de *soft law* como fuente generadora de Derecho transnacional, como son el Libro verde y el Libro Blanco en mate-

ria de Acciones por daños por infracción de las normas comunitarias antimonopolio (*Green Paper* y *White Paper on Damages Actions for breach of the EC Antitrust Rules*) en la disponibilidad de acciones judiciales para las víctimas de tales conculcaciones.

La obra permite conocer las diferentes influencias del Derecho transnacional (en sus diversas manifestaciones) en los Derechos nacionales, lo que demuestra no solo el enorme impacto del Derecho transnacional en la práctica legal nacional en la UE, en el Consejo de Europa y más allá. Igualmente muestra que el uso que los legisladores nacionales y sus tribunales hacen del Derecho transnacional en aplicación e interpretación de sus Derechos nacionales difieren dependiendo del tipo de Derecho transnacional involucrado. **Clara Isabel Cordero Álvarez** (Universidad Complutense de Madrid).

REVISTA DE REVISTAS

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones, vol. III, 2010 (Directores Evelio Verdera y Tuells y José Carlos Fernández Rozas).

A. Frignani, “L’arbitrato nella proprietà industriale”, pp. 15–41; J. Santistevan de Noriega, “La habitación constitucional, para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú”, 43–83; M. Gómez Jene, “Exequátur del laudo suspendido en el Estado de origen”, pp. 85–127; A. López-Tarruella Martínez, “Nulidad e impugnación del convenio arbitral en China”, pp. 129–150; C. Otero García-castrillón, “El arbitraje en el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio”, pp. 151–159; C. Martín Brañas, “La declinatoria como instrumento adecuado para alegar en el proceso jurisdiccional el sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje”, pp. 160–171; K. Fach Gómez, “Informe del Comité Asesor sobre Política Económica Internacional respecto del Modelo estadounidense de Tratado Bilateral de Inversiones”, pp. 172–177; I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, “Interacción entre la cláusula de nación más favorecida y la disposición sobre el arreglo de diferencias entre Estados e inversores. (Wintershall Aktiengesellschaft c. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/14)”, pp. 179–191; E. Sierra Noguero, “El arbitraje no es el medio usual de determinación de la responsabilidad civil del asegurado (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 134/2008, de 7 de marzo)”, pp. 193–198; I. Ordeñana Gezuraga, “En torno a las comunicaciones en el proceso arbitral (Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid, nº 585/2008, de 29 de octubre de 2008)”, pp. 198–208; J. Sigüenza López, “La naturaleza de la acción de anulación de laudos arbitrales y su repercusión en materia de costas; la debida imparcialidad de los árbitros; y la posibilidad de que los laudos se subsanen y complementen de oficio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 834/2008, de 25 de noviembre)”, pp. 208–215; B. Cremades e I. Magdalena, “La abogacía desde la óptica de un árbitro internacional”, pp. 337–356; A. Rigo Sureda, “Arbitraje de inversión y desarrollo económico. La relación con el Banco Mundial”, pp. 357–375; J.C. Fernández Rozas, “Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia”, pp. 377–410; E. Fernández Masiá, “Ofertas de consentimiento estatal y arbitraje de inversiones”, pp. 411–432; U. Draeta y A. Santini, “Arbitration Exception and Brussels I Regulation: no Need for Change”, pp. 433–441; E. Fernández Masiá, “El Tribunal Arbitral del Deporte como jurisdicción especializada en materia deportiva”, pp. 442–458; C.A. Matheus López, “Contenido y alcances de la independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema del CIADI”, pp. 459–484; I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, “Límites de la función de los Comités ad hoc en el marco de los recursos de anulación del Convenio del CIADI (M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. c. República de Ecuador, Caso CIADI No. ARB/03/6)”, pp. 485–494; R. Arenas García, “Medidas cautelares ante causam y sometimiento a arbitraje en el extranjero: problemas y soluciones (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid nº 98/2009, de 8 de junio de 2009)”, pp. 509–518; F. Ramos Romeu, “Reafirmación de la autonomía del arbitraje (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 220/2009, de 30 de junio de 2009)”, pp. 519–524; S. Canmacho Clavijo, “Verificación de la existencia de una cláusula de sumisión a arbitraje (Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca nº 110/2009, de 15 de septiembre de 2009)”, pp. 525–532; B. Cremades, “La participación de los Estados en el arbitraje internacional”, pp. 655–675; J. Sánchez Calero y B. Villanueva García-Pumareda, “Cláusulas material *adverse change*”, pp. 677–695; G. Stampa Casas, “Aplicación de los principios del *discovery* al procedimiento arbitral moderno”, pp. 697–737; R.M. Pereira Dias, “Litigación societaria internacional entre arbitraje y jurisdicción estatal en una perspectiva portuguesa: algunos *sketches of Spain*”, pp. 738–746; J.H. Muriel-Ciceri, “Protección efectiva de derechos a la luz de la normatividad colombiana de arbitraje”, pp. 747–765; M.F. Vasquez Palma, “Arbitraje y jurisdicción estatal: su coordinación en una perspectiva latinoamericana”, pp. 766–788; K. Fach Gómez, “La Corte Constitucional ecuatoriana declara la inconstitucionalidad de varios Tratados Bilaterales de Inversión”, pp. 789–795; I. Iruretagoiena Agirre-

zabalaga, “*Contract claims y treaty claims*: relación entre las cláusulas umbrella y los acuerdos contractuales de atribución de competencia exclusiva (Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. / República de Paraguay, Caso CIADI No. ARB/07/9)”, pp. 797811; A.M. Sáez Crespo, “Admisión a las Medidas Provisionales contra el Estado de Bolivia y consecuentemente a la solicitud de suspensión del procedimiento penal por fraude y corrupción contra los demandantes (Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún/Estado Plurinacional del Bolivia, Caso CIADI No. ARB/06/2)”, pp. 811–820; J.C. Fernández Rozas, “Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (versión revisada en 2010)”, pp. 834–839; I. Heredia Cervantes, “Tratamiento concursal del convenio arbitral (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 86/2009, de 29 de abril de 2009)”, pp. 841–849; I. Ordeñana Gezuraga, “Sobre la acumulación de pretensiones en el procedimiento arbitral. Análisis de los elementos que explican este fenómeno procesal con especial énfasis en la reconvencción y la legitimación que requiere (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 339/2009, de 30 de junio de 2009)”, pp. 849–862; I. Ordeñana Gezuraga, “La configuración de la voluntad decisoria en el órgano arbitral colegiado y posibilidad de emitir un ‘parecer discrepante’ (Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia nº 448/2009, de 8 de octubre de 2009)”, pp. 862–868.

***Journal du droit international*, 2010 (Director Jean-Michel Jacquet).**

I. Barrière Brousse, “Le Traité de Lisbonne et le droit international privé”, pp. 3–34; M. Ghantous, “La valeur internationale de la Constitution à la lumière de la Résolution 1757 (2007) créant le Tribunal spécial pour le Liban (TSL)”, pp. 35–74; V. Varnerot, “La transnationalisation du droit de brevet de médicaments: l’approche ADPIC–moins à rebrousse–poil”, pp. 75–114; P. Patelin y G. Mirelman, “La gouvernance d’entreprise en droit argentin”, pp. 115–123; P. Carlier, “France. Conflits de lois– une qualification alternative du fait générateur– une qualification discutable du fait dommageable”, pp. 125–136; J. Guillaumé, “France. Conflits de juridictions– le rejet de la date respective des saisines comme critère de régularité des décisions étrangères– appréciation de la solution au regard des principes directeurs des litiges internationaux”, pp. 136–146; S. Clavel, “France. Conflits de juridictions– consécration d’une régularité internationale relative des injonctions anti–suit– ébauche du régime de l’exequatur des injonctions anti–suit”, pp. 146–155; L. D’Avout, “CJCE/CJUE. Nationalité– conflits de juridictions”, pp. 157–183; C. Legros, “CJCE/CJUE. Conflits de lois”, pp. 183–198; D. Hascher y E. Loquin, “Tribunal Arbitral du Sport. Chronique des sentences arbitrales”, pp. 199–278; C. Kleiner, “Le transfert de siège social en droit international privé”, pp. 315–345; D. Marin y D. Poracchia, “Company mobility through cross–border transfers of registered offices within the European Union: A new challenge for French Law”, pp. 347–397; H. Péroz, “La loi applicable aux partenariats enregistrés”, pp. 399–410; D. Sindres, “La violation du contrat au préjudice des tiers en droit international privé”, pp. 411–447; A. Lelarge, “La Somalie entre anarchie et piraterie”, pp. 449–474; C. Challas, “France: Conflits de juridictions”, pp. 475–485; E. Fohrer–Dedeurwaerder, France: Office du juge”, pp. 485–493; J.M. Jacquet, “Conflits de lois.– Contrat.– Représentation.– Droit applicable”, pp. 493–496; J.M. Jacquet, “Conflits de lois.– Vente internationale de marchandises.– Conditions d’application de la Convention de Vienne”, pp. 496–498; E. Gaillard, “Chroniques des sentences arbitrales”, pp. 499–568; F. Chaltiel, C.J. Berr, M. Fallon, S. Francq t C. Prieto, “Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes”, pp. 569–639; G. Guillaume, “Le précédent dans la justice et l’arbitrage international (Lalive Lecture, 2 juin 2010), (doctr. 8)”, pp. 685–703; G. Teboul, “Remarques sur le rang hiérarchique des conventions inter–étatiques et du droit international coutumier dans l’ordre juridique international”, pp. 705–735; N. Ferjani y V. Huet, “L’impact de la décision onusienne d’embargo sur l’exécution des contrats internationaux”, pp. 737–760; B. Haftel, “Entre ‘Rome II’ et ‘Bruxelles I’: l’interprétation communautaire uniforme du règlement ‘Rome I’”, pp. 761–788; E. Kleinmann, “La protection des emblèmes, sigles, dénomination et poinçons officiels des États et organisations intergouvernementales et internationales par l’article 6 ter de la Convention d’Union de Paris”, pp. 789–801; S. Corneloup, “Nationalité française. Acquisition par déclaration. Kafala. Enfant effectivement recueilli et élevé en France”, pp. 803–814; C. Chalas, “Conflits de juridictions. Règlement ‘Bruxelles II bis’. Disposition transitoire (article 64). Juge compétent. Contrôle de la compétence

indirecte. Conflits de nationalités. Libre choix des époux”, pp. 814–825; L. Sinopoli, “L’introuvable juge pour décider qui juge : comm. 12”, pp. 825–841; J. Guillaume, “Conflit de juridictions. Effet des jugements étrangers en matière de divorce. Convention franco-algérienne de 1964 relative à l’exequatur et à l’extradition : comm. 13”, pp. 841–852; V. Espinassous, “Chaîne internationale de contrats. Clause attributive de compétence. Absence de connaissance de la clause, inopposabilité de la clause”, pp. 852–864; G. Cuniberti, “Reconnaissance d’une décision refusant d’autoriser une saisie conservatoire de navire”, pp. 864–870; L. Usunier, “Conflits de juridictions. Commerce électronique. Tribunal du lieu où le fait dommageable s’est produit”, pp. 870–885; J.S. Bergé y M. Forteau, “Interactions du droit international et européen, (chron. 4)”, pp. 887–910; H. Ruiz Fabri y P. Monnier, “Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends, (chron. 5)”, pp. 911–953; E. Decaux y P. Tavernier, “Cour européenne des droits de l’homme, (chron. 6)”, pp. 955–1053; G. Goldstein y H. Muir Watt, “La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés”, pp. 1085–1125; S. Menétrey, “La participation ‘amicale’ de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires”, pp. 1127–1156; J.G. Mahinga, “La délimitation de la frontière maritime entre la Roumanie et l’Ukraine dans la mer Noire”, pp. 1157–1195; R. Le Mestre, “Une nécessaire manifestation institutionnelle de respect et d’estime de soi: la cour caribéenne de justice”, pp. 1197–1220; G. Goldstein, “Chronique de droit international privé canadien”, pp. 1281–1335; H. Ruiz Fabri y J. M. Sorel, “Chronique de jurisprudence de la Cour internationale de Justice (2009–2010)”, pp. 1337–1375.

***Journal of Private International Law*, vol. 6, 2010 (Directores Paul Beaumont y Jonathan Harris).**

H.L.E. Verhagen, y S. van Dongen, “Cross-Border Assignments under Rome I”, pp. 1–21; M.M. Albornoz, “Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems”, pp. 23–58; G. Rühl, “The Problem of International Transactions: Conflict of Laws Revisited”, pp. 59–91; C.I. Nagy, “The Rome II Regulation and Traffic Accidents: Uniform Conflict Rules with Some Room for Forum Shopping – How So?”, pp. 93–108; J. Huang, “Interregional Recognition and Enforcement of Civil and Commercial Judgments: Lessons for China from US and EU Laws”, pp. 109–154; T.M. Yetano, “The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law”, pp. 155–193; D.A. Huges, “The Insolubility of Renvoi and its Consequences”, pp. 195–224; Z.S. Tang, “Private International Law in Consumer Contracts: A European Perspective”, pp. 225–248; P. Beaumont y E. Johnston, “Can *Exequatur* be Abolished in Brussels I Whilst Retaining a Public Policy Defence?”, pp. 249–279; P. Santomauro, “Sense and Sensibility: Reviewing *West Tankers* and Dealing with its Implications in the Wake of the Reform of EC Regulation 44/2001”, pp. 281–325; I. Mevorach, “Jurisdiction in Insolvency: A Study of European Courts’ Decisions”, pp. 327–357; M. Danov, “The Brussels I Regulation: Cross-Border Collective Redress Proceedings and Judgments”, pp. 359–393; S. Bariatt, “The Law Applicable to Security Interests in Intellectual Property Rights”, pp. 395–416; L. Spagnolo, “Green Eggs and Ham: The CISG, Path Dependence, and the Behavioural Economics of Lawyers’ Choices of Law in International Sales Contracts”, pp. 417–464; L.C. Wolff, “Hong Kong’s Conflict of Contract Laws: *Quo Vadis?*”, pp. 465–498; A. Dickinson, “Provisional Measures in the ‘Brussels I’ Review: Disturbing the Status Quo?”, pp. 519–564; J. Steinle y E. Vasiliades, “The Enforcement of Jurisdiction Agreements Under the Brussels I Regulation: Reconsidering the Principle of Party Autonomy”, pp. 565–587; J. Borg-Barthet, “A New Approach to the Governing Law of Companies in the Eu: A Legislative Proposal”, pp. 589–621; A.-M. Zamzam, “Bankruptcy Jurisdiction and Enforcement of Foreign Bankruptcy Judgments in Egypt”, pp. 623–635; C. Forsyth, “Certainty Versus Uniformity: *Renvoi* in the Context of Movable Property”, pp. 637–647; W. Lara, “The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family In the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: The Danger of *Neulinger*”, pp. 649–682.

***Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII, 2010 (Directora Alegría Borrás).**

C.B. Jiménez Piernas, “Los Estados fracasados y el Derecho internacional: el caso de Somalia”, pp. 17–59; A. do Amaral Júnior, “El ‘diálogo’ de las fuentes: fragmentación y coherencia en el Derecho internacional contemporáneo”, pp. 61–88; L.M. Cruz Ortiz de Landázuri, “La reparación a las víctimas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, pp. 89–117; D. de Pietri, “La redefinición de la zona contigua por la legislación interna de los Estados”, pp. 119–144; F.J. Roldán Barbero, “Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público”, pp. 145–195; S. Álvarez González, “Jurisprudencia en materia de Derecho internacional privado”, pp. 197–254; R. Calduch Cervera, V. Garrido Rebolledo y C. Anguita Olmedo, “Práctica: proyección internacional de España”, pp. 255–275; F.J. Pascual Vives, “España impulsa las inversiones extranjeras en la cuenca mediterránea mediante el APPRI con Libia”, pp. 277–283; F.X. Pons Rafols, “El estatuto jurídico de la IATA en España. Sí, ¿por qué no? pero así, no”, pp. 283–291; C. Gutiérrez Espada y M.J. Cervell Hortal, “La nueva estrategia nuclear estadounidense: ¿un futuro libre de armas nucleares?”, pp. 291–300; B. Arp, “Prestaciones de seguridad social para personas pertenecientes a la minoría romaní: comentario sobre la Sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 2009, en el asunto Muñoz Díaz c. España”, pp. 300–308; B. Barreiro Carril, “Reflexiones con ocasión de la celebración del III foro de la Alianza de Civilizaciones (Río de Janeiro, 27–29 de mayo de 2010): ¿qué futuro para la diversidad de las expresiones culturales?”, pp. 308–315; M.B. Olmos Giupponi, “Avances recientes en la cooperación en materia de lucha contra el terrorismo entre la Unión Europea y los Estados Unidos: la Declaración Conjunta de 3 de junio de 2010 suscrita en el marco de la Presidencia Española de la Unión Europea”, pp. 315–319; A. Manero Salvador, “Una oportunidad perdida: apreciaciones sobre el fallo del Tribunal Internacional de Justicia sobre el asunto de las papeleras en el río Uruguay y la protección internacional del medio ambiente”, pp. 319–322; A. Borrás Rodríguez, “Consejo sobre los Asuntos Generales y la política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (7–9 de abril de 2010)”, pp. 323–329; A. Borrás Rodríguez, “Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional (17 a 25 de junio de 2010)”, pp. 329–335; A. Borrás Rodríguez, “VI Foro internacional sobre el programa piloto de apostillas electrónicas (e-app), celebrado en Madrid, 29–30 de junio de 2010”, pp. 335–338; M. Font i Mas y D. Marín Consarnau, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el fin del Derecho, 18 de marzo de 2010. Universitat Autònoma de Barcelona. Facultat de Derecho”, pp. 338–341; J.M. Fontanellas i Morell, “Crónica de la Jornada sobre el Derecho catalán de sucesiones en Europa (Palacio de Pedralbes, Barcelona, 30 de abril de 2010)”, pp. 341–345; M.E. Barbé Izuel, “Multilateralismo: adaptación a un mundo con potencias emergentes”, pp. 21–50; C. González Beilfuss, “El traslado lícito de menores: las denominadas relocation disputes”, pp. 51–75; A. Rey Aneiros, “Hacia un nuevo marco jurídico internacional de la pesca en alta mar: la NAFO en esta encrucijada”, pp. 77–109; P. García Picazo, “Perspectivas sobre el hecho religioso en el sistema mundial contemporáneo”, pp. 111–148; N. Magallón Elósegui, “La DGRN ante la jurisprudencia europea en materia de nombres y apellidos”, pp. 149–164; F.J. Roldán Barbero, “Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público”, pp. 165–230; S. Álvarez González, “Jurisprudencia en materia de Derecho internacional privado”, pp. 231–285; R. Calduch Cervera, V. Garrido Rebolledo y C. Anguita Olmedo, “Práctica: proyección internacional de España”, pp. 287–309; C. Gutiérrez Espada, “La nueva National Space Policy (2010) de los Estados Unidos de América”, pp. 311–315; J.D. Oliva Martínez, “Singular Organización internacional celebra su asamblea general en Madrid”, pp. 315–321; J.E. Esteve Moltó, “La aplicación por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de los nuevos límites a la jurisdicción universal: un paso hacia la impunidad”, pp. 321–325; B. Barreiro Carril, “El Fondo Internacional para la diversidad cultural: decisiones recientes para su funcionamiento”, pp. 325–328; A. Borrás Rodríguez, “XVII y última reunión del Comité Permanente del Convenio de lugano de 1988 (Spiez, Suiza, 13–14 de septiembre de 2010)”, pp. 329–333; A. Borrás Rodríguez y F.J. Garcimartín Alférez, “XX Reunión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Copenhague, 15–17 septiembre 2010)”, pp. 333–336; M.P. Diago Diago, “I Congreso Internacional de Derecho islámico e Interculturalidad, celebrado en Zaragoza el 23 y 24 de septiembre de 2010”, pp. 336–340; M. Álvarez Torné,

“Jornadas en homenaje al profesor doctor Ramón Viñas Farré. Adaptación de la legislación interna a la normativa comunitaria en materia de cooperación civil, Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 14 y 15 de octubre de 2010”, pp. 340–342; A. Ybarra Bores, “Seminario sobre ‘cuestiones prácticas en el Espacio Judicial Europeo: familia, sucesiones, insolvencia y tramitación procesal’ (Sevilla, octubre de 2010)”, pp. 342–345; I. Rodríguez-Uría Suárez, “Crónica de la Jornada de Derecho de sucesiones (Universidad de Santiago de Compostela, 12 de noviembre de 2010)”, pp. 345–347; G. Garriga Suau, “Simposio ‘Brussels I in the European practice’ (Munich, 10 de diciembre de 2010)”, pp. 347–349.

***Revue critique de droit international privé*, vol. 99, 2010 (Directores Paul Lagarde y Bertrand Ancel).**

F. Paulino Pereira, “La coopération judiciaire en matière civile dans l’Union européenne: bilan et perspectives”, pp. 1–36; L. Usunier, “La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d’élection de for. Beaucoup de bruit pour rien?”, pp. 37–81; Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, “Choix de la loi applicable aux contrats du commerce international: des Principes de La Haye?”, pp. 83–102; S. Godechot-Patris, “Retour sur la notion d’équivalence au service de la coordination des systèmes”, pp. 271–312; Z. Khalid, “Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains: à propos de l’arrêt de la première chambre civile du 4 novembre 2009”, pp. 313–332; J. Basedow, “Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l’Union européenne”, pp. 427–456; B. Ancel y H. Muir Watt, “Aliments sans frontières. Le règlement CE no4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l’exécution des décisions et la coopération en matière d’obligations alimentaires”, pp. 457–484; M. Kholer y M. Buschbaum, “La ‘reconnaissance’ des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières. Reflexions critiques sur une approche douteuse entamée dans l’harmonisation des règles de conflits de lois”, pp. 629–651; M. Laazouzi, “L’impérativité, l’arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois. À propos de l’arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, Inserm c/ Fondation Saugstad”, pp. 653–688.

***Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. XLVI, 2010 (Directores Fausto Pocar, Tullio Treves, Sergio M. Carbone, Andrea Giardina, Ricardo Luzzatto y Franco Moscóni).**

F. Salerno, “Il rispetto delle garanzie processuali nell’attuazione delle misure del Consiglio di sicurezza contro il terrorismo internazionale”, pp. 5–34; P. Bertoli, “Le fusioni transfrontaliere alla luce del recepimento italiano della decima direttiva societaria”, pp. 35–54; C. Tuo, “Obbligazioni contrattuali ed applicazione della legge straniera: un preoccupante segnale di regresso da parte della Corte di Cassazione”, pp. 55–76; G. Serranò, “Cancellazione del volo e giurisdizione in materia di trasporto aereo: il caso Air Baltic”, pp. 77–92; S.M. Carbone, “Iura novit curia e arbitrato commerciale internazionale”, pp. 353–366; C. Campiglio, “Versatilità e ambiguità del meccanismo del rinvio”, pp. 367–382; E. De Götze, “La licenza d’uso di diritti di proprietà intellettuale nel regolamento Bruxelles I: il caso Falco”, pp. 383–406; J. Re, “La Corte di giustizia e l’art. 4 della convenzione di Roma: il caso ICF”, pp. 407–436; P. Ivaldi, “In tema di applicazione giudiziale del diritto straniero”, pp. 585–602; I. Queirolo, “Conoscenza del diritto straniero e contraddizioni della giurisprudenza italiana”, pp. 603–634; F. Vismara, “La legge applicabile alle società e alle attività degli amministratori nell’integrazione europea”, pp. 635–654; P. Franzina, “Struttura e funzionamento del foro europeo della materia contrattuale alla luce delle sentenze Car Trim e Wood Floor della Corte di giustizia”, pp. 655–684; M. Mellone, “La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie”, pp. 685–716; A. Bonomi, “Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni”, pp. 875–914; S. Marino, “La proroga tacita di giurisdizione nei contratti conclusi dalle parti deboli: la sentenza Bilas”, pp. 915–924; G. Serranò, “Immunità degli Stati esteri e crimini internazionali: il d.l. 28 aprile 2010 n. 63 era necessario?”, pp. 925–948; C. Gambino, “La legittimità delle azioni risarcitorie per violazione di clausole compromissorie dopo la giurisprudenza *West Tankers*”, pp. 949–978.

Este Tomo del Anuario Español
de Derecho Internacional
Privado se terminó de
imprimir el día 19 de
septiembre de
2011

