

INMUNIDAD Y TRANSACCIONES MERCANTILES INTERNACIONALES

MIGUEL GÓMEZ JENE

Profesor titular de Derecho Internacional Privado
UNED

Recibido: 17.01.2011 / Aceptado: 31.01.2011

Resumen: Aunque no haya entrado todavía en vigor, el *Convenio de NU sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, hecho el 16 de diciembre de 2004 constituye ya el marco legal internacional en materia de inmunidad, tanto de jurisdicción como de ejecución. Prueba de lo anterior es su constante toma en consideración por parte de las más altas instancias judiciales de distintos Estados: desde el mismo Tribunal Supremo español, hasta la *Court of Appeal* y *House of Lords* (hoy *Supreme Court*) británica, pasando –entre otros– por el Tribunal Supremo japonés.

El Convenio parte de una concepción restringida de la inmunidad y, en este sentido, prevé una amplia lista de procesos en que la inmunidad del Estado no puede hacerse valer. Entre estos procesos destacan –por su mayor litigiosidad y relevancia económica– los relativos a las transacciones mercantiles. En virtud del artículo 10 del Convenio, los Estados no podrán hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante el tribunal de otro Estado cuando participen en una transacción mercantil. La norma así prevista plantea, cuanto menos, dos interrogantes. La primera –y quizá más importante– es la que gira en torno al significado de la expresión «transacción mercantil» a los efectos del Convenio. La segunda es la que gira en torno al alcance de las excepciones previstas en el mismo tenor del precepto. Ambas cuestiones son tratadas en este estudio.

Palabras clave: *Convenio de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, inmunidad de jurisdicción, inmunidad de ejecución, transacciones mercantiles, naturaleza de la transacción, finalidad de la transacción.

Abstract: Although the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (2004) is not yet in force, it has already become the legal international framework in both jurisdictional and enforcement immunities. One of the illustrations of this achievement is its continuous appreciation by supreme legal authorities in different states, from the Spanish Tribunal Supremo to the Court of Appeal and the Supreme Court in England and Wales and to the Japanese Supreme Court.

The Convention embraces a restrictive approach to immunity and, therefore, provides for a wide list of proceedings in which state immunity cannot be invoked. Among them, proceedings regarding commercial transactions are highlighted due to their economic relevance and their higher likelihood to produce litigation. By virtue of article 10 of the Convention states cannot invoke immunity from a court of another State in a proceeding arising out of a commercial Transaction. This regulation raises, at least, two practical questions. The first –and perhaps the most important– one deals with the meaning of the expression «Commercial Transaction» under the Convention. The second question refers to the scope of the exceptions included in that section. Both questions are studied in the following essay.

Keywords: UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, immunity of jurisdiction, immunity of execution, commercial transactions, nature of the transaction, purpose of the transaction.

Sumario: I. Introducción. II. Alcance de la expresión *transacción mercantil*. III. Criterios para determinar el carácter *mercantil* de la transacción. IV. Criterio de la *naturaleza* v. criterio de la *finalidad*: la práctica jurisprudencial comparada. 1. El criterio de la *naturaleza* y el criterio de la *finalidad* en la jurisprudencia comparada. A) El criterio de la *finalidad* en la jurisprudencia comparada. B) El criterio de la *naturaleza* en la jurisprudencia comparada. 2. La interpretación del artículo 2.1 c) y 2.2 del Convenio en la jurisprudencia comparada. V. El alcance de la inmunidad en las transacciones mercantiles: el artículo 10 del Convenio. 1. Antecedentes y proceso de redacción del precepto. 2. La *ratio* del precepto. VI. Alcance de la expresión «normas aplicables del derecho internacional privado»: competencia judicial internacional. 1. Significado de la expresión «normas aplicables del Derecho internacional privado». 2. Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de transacción mercantil. VII. Excepciones a la regla de no inmunidad. 1. Transacción mercantil entre Estados. 2. Autonomía de la voluntad. 3. Empresa estatal dotada de personalidad jurídica propia. VIII. La jurisprudencia en materia de inmunidad en relación con las transacciones mercantiles. 1. Inmunidad de jurisdicción (remisión). 2. Inmunidad de ejecución. IX. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. Aun sin estar todavía en vigor, el *Convenio de NU sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, hecho el 16 de diciembre de 2004* se ha convertido en el marco legal internacional de referencia en materia de inmunidad. Su constante cita por parte de las más altas instancias judiciales, así como la cantidad de trabajos doctrinales que ha inspirado¹, así lo atestiguan.

En efecto, en perspectiva jurisprudencial, no puede ignorarse que son muchas resoluciones judiciales ya las que aplican directamente el texto del Convenio. En nuestra jurisprudencia, la sentencia del TS (Sala de lo Social) de 1 de diciembre de 1986² constituye el primer referente importante al respecto. En este fallo, el TS citó y justificó parte de su argumentación en los trabajos preparatorios del texto. En el mismo sentido –y en fechas mucho más recientes– se han pronunciado tanto la *Court of Appeal* como la *House of Lords* (hoy *Supreme Court*) británicas como el Tribunal Supremo japonés (*infra* 24 y 25). Paradigmática sobre la relevancia de este Convenio en el plano internacional es la jurisprudencia británica, pues reconoce expresamente que este texto internacional «*has been recognised as reflecting current international thinking on the subject*».

2. El Convenio, que asienta con matices el principio de inmunidad *restringida* tal y como hoy en día es mayoritariamente aceptado en la jurisprudencia comparada, dedica su artículo 10 a regular la inmunidad del Estado que participa en *transacciones mercantiles* internacionales. En su virtud, un Estado que participe en una transacción mercantil no podrá, en principio, hacer valer su inmunidad en un hipotético pleito sobre la misma. La aparente sencillez de esta regulación esconde, no obstante, una serie de cuestiones de controvertida solución. La primera de ellas es la que gira en torno al criterio que debe utilizarse para calificar una transacción de mercantil: ¿debe estarse a la *naturaleza* de la misma o por el contrario debe estarse a su *finalidad*? La segunda es la que gira en torno a los requisitos que debe reunir el supuesto para que la excepción comercial a la inmunidad sea operativa: competencia judicial internacional de un Estado que no participa de la transacción y no concurrencia de determinadas circunstancias en el supuesto (*ad. ex.* no existir acuerdo en contrario entre el Estado y su contraparte).

¹ En la doctrina española, con anterioridad a la firma del Convenio, *vid.* A. SORIA JIMÉNEZ, *La excepción por actividades comerciales a las inmunidades estatales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995. Como últimas referencias doctrinales basadas ya en el Convenio, *vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI, *Inmunidades Procesales y Tutela Judicial frente a Estados Extranjeros*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008; M. GÓMEZ JENE, «Inmunidad y contrato de trabajo», *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 147, 2010, pp. 607-638. En la doctrina extranjera, con carácter general, *vid.*: E. DENZA, «The 2005 UN Convention on State Immunity in Perspective», *ICLQ*, Vol. 55, 2006, pp. 395-398; H. FOX, «In defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important», *ICLQ*, Vol. 55, 2006, pp. 399-406; G. HAFNER / U. KÖHLER, «The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property», *NYIL*, Vol. XXXV, 2004, pp. 3-49; D. P. STEWART, «The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property», *AJIL*, Vol. 99, 2005, pp. 194-210; L. WEATHERLY LOWE, «The International Law Commission's Draft Articles on the Jurisdictional Immunities of States and their Property: The Commercial Contract Exception», *Columbia JtransnatL*, Vol. 27, 1989, pp. 657-678.

² RJ 1986\7231.

3. Para responder a las cuestiones así suscitadas, indagaremos, en primer lugar, en el alcance de la expresión *transacción mercantil* (Ep. II). Lo cual conlleva, a su vez, estudiar la relevancia que los dos criterios clásicos a cuya su luz se determina el carácter mercantil de una transacción (*naturaleza y finalidad*) tienen en este instrumento internacional (Eps. III y IV). A partir de ahí, estudiaremos detalladamente el alcance de la regla de *no* inmunidad en las transacciones mercantiles así como las excepciones a la misma (Eps. V, VI y VII). Finalmente, llevaremos a cabo un breve estudio de jurisprudencia comparada en materia de inmunidad –tanto de jurisdicción como de ejecución– en relación con las transacciones mercantiles (Ep. VII).

II. Alcance de la expresión *transacción mercantil*

4. El artículo 2.1 c) del Convenio define lo que –a los efectos de aplicación del mismo– debe entenderse por transacción mercantil. En su virtud:

C) se entiende por «transacción mercantil»:

- i) todo contrato o transacción mercantil de compraventa de bienes o prestación de servicios;*
- ii) todo contrato de préstamo u otra transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o a esa transacción;*
- iii) cualquier otro contrato o transacción de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, con exclusión de los contratos individuales de trabajo.*

5. La expresión que en un principio se incluyó en el tenor del precepto fue la de «contrato mercantil». No obstante, habida cuenta de su restringido alcance, pronto fue sustituida por la de «transacción mercantil». Esta expresión tiene un significado mucho más amplio, de tal modo que sirve mejor a los efectos del precepto.

6. El término «mercantil», por su parte, debe ser objeto de una interpretación autónoma, desvinculada del derecho de los Estados miembros y desvinculada también del significado que pueda tener en el marco de otros instrumentos internacionales (así lo prevé expresamente el párrafo 3 de este artículo 2, a cuyo tenor: *Las disposiciones... relativas a la terminología empleada en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esa terminología o del sentido que se le pueda dar en otros instrumentos internacionales o en el derecho interno de cualquier Estado*). Su significado y alcance debe ceñirse, por tanto, al contexto de las inmunidades jurisdiccionales. Como consecuencia de esta interpretación autónoma, los Estados no podrán imponer la interpretación del término «mercantil» conforme a los criterios previstos en sus respectivos ordenamientos.

A partir de ahí, la expresión «transacción mercantil» debe ser objeto de una interpretación en sentido amplio: debe entenderse que quedan incluidos en su ámbito de aplicación los contratos de suministro de cualquier bien o servicio; de arrendamiento de cualquier bien de obra o servicio; y los contratos de actividades manufactureras. En particular, comprende también los contratos de transporte profesional de pasajeros, el arrendamiento de locales para una actividad mercantil privada, la garantía en la póliza de fletamento de la cesión del buque a una sociedad estatal, la contratación de servicios de asesoramiento de una empresa privada para el desarrollo de las zonas rurales del Estado, así como los contratos de préstamo u otros acuerdos de carácter financiero, tales como empréstitos, créditos u obligaciones mercantiles emitidas en el mercado monetario de otro Estado³.

En palabras de los mismos relatores del Convenio: «A menudo se pide a un Estado no sólo que obtenga un préstamo en nombre propio, sino a veces también que constituya una garantía o fianza a favor

³ Vid. tanto el «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada el 37º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1985, Vol. II, 2ª Parte, p. 38; como el «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 51.º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1999, Vol. II, 2ª Parte, pp. 167-171.

de una de sus empresas nacionales con respecto a la compra, por ejemplo, de aeronaves civiles o comerciales, compra que a su vez está financiada por bancos extranjeros o un consorcio de instituciones financieras. El Estado puede asumir ese compromiso en forma de un contrato de fianza que entrañe una obligación de garantía del reembolso o liquidación del préstamo suscrito por una de sus empresas y de efectuar el pago en caso de incumplimiento del contratante o en forma de una obligación de indemnización pagadera por la pérdida en que haya incurrido una parte en el contrato principal de préstamo u otro acuerdo de carácter financiero. La diferencia entre una obligación de garantía y una obligación de indemnización puede consistir en el carácter más o menos directo de las acciones que puedan ejercerse en caso de incumplimiento o inejecución de las obligaciones contractuales por una de las partes originarias en el contrato principal. Una obligación de indemnización también puede definirse como la voluntad o el propósito de rembolsar a una de las originarias los gastos o pérdida en que haya incurrido como resultado de la falta de incumplimiento por la otra parte de sus compromisos contractuales, con o sin el derecho consiguiente de subrogación»⁴.

7. Por el contrario, se consideró dudoso incluir dentro del ámbito de aplicación de esta expresión los acuerdos de inversión⁵. La duda está –en la actualidad– justificada, pues debe advertirse que esta materia queda regulada, a nivel multilateral, en el *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estado y nacionales de otros Estados*, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 y, a nivel bilateral, por un amplísimo abanico de convenios bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones.

8. Por otro lado, y en coherencia con las excepciones previstas a la regla general de *no* inmunidad de jurisdicción en el ámbito de las transacciones comerciales (*infra* 24 ss), el Comité de Expertos ya avanzó en el marco de las conversaciones sobre este precepto una serie de excepciones al alcance de la expresión *transacción mercantil*. Así, con carácter general, entendió que no debían considerarse actos mercantiles los actos públicos, de soberanía y de gobierno que sólo un Estado puede realizar (todo aquello, en definitiva, que pudiera considerarse como funciones estatales básicas). Con carácter especial, entendió también que determinadas transacciones, a pesar de poder ser calificadas como mercantiles a la luz de los ordenamientos internos, no deberían ser consideradas como tales en el contexto del Convenio.

En concreto: «Resulta difícil para los tribunales pasar totalmente por alto la motivación de un acuerdo o contrato determinados, aunque su naturaleza sea claramente comercial o de derecho privado, especialmente cuando se trata de un contrato de compra o suministro, por ejemplo, de materiales para el establecimiento de una embajada, materiales de construcción para el ejército, la armada o las fuerzas aéreas, suministro para el mantenimiento de un ejército o de una base militar, suministros de alimentos para aliviar el hambre en una zona en que se ha producido un desastre natural o para ayudar a las víctimas de una inundación o terremoto... Hay que hacer pues una advertencia para destacar la necesidad de abordar ciertas materias delicadas con la máxima cautela, para evitar que un acto importante de una autoridad soberana encaminado a garantizar la seguridad de los nacionales de un Estado se interprete erróneamente como una simple transacción comercial desprovista de inmunidad jurisdiccional»⁶.

III. Criterios para determinar el carácter *mercantil* de la transacción

9. Establece el segundo párrafo del artículo 2 del Convenio:

2. Para determinar si un contrato o transacción mercantil es una «transacción mercantil» según lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1, se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se

⁴ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada el 35º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1983, Vol. II, 2ª Parte, pp. 38-39.

⁵ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada el 35º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1983, Vol. II, 2ª Parte, p. 38.

⁶ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada el 35º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1983, Vol. II, 2ª Parte, p. 30.

tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción.

10. En sus orígenes, este párrafo constituía el artículo 3 del Proyecto (Titulado *Disposiciones interpretativas*). En lo esencial su tenor es prácticamente idéntico al finalmente aprobado⁷.

A lo largo de su tramitación se defendió la conveniencia tanto de suprimir este segundo párrafo como toda indicación expresa a los criterios para determinar el carácter mercantil de un contrato o transacción. Así, mientras algunas delegaciones consideraban que estas cuestiones debían dejarse a la interpretación judicial de los Estados; otras, en cambio, consideraban que esa supresión iría en contra de uno de los objetivos del precepto, cual era –y es– el de ofrecer un criterio de orientación a gobiernos, tribunales y juristas⁸.

11. El párrafo en cuestión pretende evitar la aplicación *unilateral* de un criterio que, aún siendo el más útil y relevante, no siempre debe considerarse decisivo (el criterio de la *naturaleza* de la transacción). Desde esta perspectiva, esta disposición tiene como finalidad proporcionar una pauta adicional para determinar si una concreta transacción de venta de bienes o de prestación de servicios es «mercantil» o «no mercantil». Y a estos efectos, dota de cierto –solo cierto– peso específico al criterio de la *finalidad* de la misma.

La delimitación de cada uno de estos criterios es relativamente sencilla, pues ambos responden a un test bien diferenciado. Así, en virtud del criterio de la *naturaleza* se verifica si el acto realizado por el Estado también puede ser llevado a cabo por un particular. Y, en virtud del criterio de la *finalidad*, se verifica si el acto realizado por el Estado tiene o no una finalidad pública.

Como adelantamos más arriba, la inclusión de estos dos criterios en el tenor de la norma no fue en absoluto pacífico. De hecho, algunos Estados consideraron que sólo debía tenerse en cuenta la *naturaleza* de la transacción para determinar si ésta era o no mercantil, tal y como preveían –y prevén– distintas leyes nacionales en la materia. Paradigmática en este sentido sigue siendo la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) estadounidense, cuyo artículo 1603 rechaza expresamente el criterio de la *finalidad* para determinar el carácter mercantil de la transacción.

Otros Estados, por el contrario, estimaron que el criterio de la *naturaleza* por sí solo no siempre permitía llegar a una conclusión definitiva acerca del carácter mercantil o no de la transacción. Desde esta perspectiva, entendían que el recurso al criterio de la *finalidad* podría ser lo suficientemente relevante como para despejar cualquier duda al respecto. Según este criterio, a los efectos de calificar la transacción como mercantil debía considerarse el hecho de que la misma hubiera sido realizada con una finalidad de gobierno o meramente comercial.

Fueron los países en desarrollo los que con mayor interés promovieron la inclusión del criterio de la *finalidad*; pues no en vano eran ellos quienes en mayor medida participaban –y participan– en transacciones contractuales vitales para el desarrollo de su economía (supuestos de prevención de desastres y/o socorro). En este sentido, argumentaban que si se excluía el criterio de la *finalidad* no podrían gozar de inmunidad en muchas de las actividades realizadas en el ejercicio de sus funciones de gobierno⁹.

Las demandas así hechas encontraron eco en el Comité de Expertos. Así lo reconocieron expresamente: «Debe darse a los Estados la posibilidad de probar que, con arreglo a su práctica, un determinado contrato o transacción debe reputarse no mercantil a causa de su finalidad claramente pública y basada en una ‘razón de Estado’, como la compra de armamento para la defensa del Estado, de materiales para la construcción de una base naval, de víveres para abastecer a la población, combatir el hambre o mejorar la situación de las zonas vulnerables, o el suministro de medicamentos para atajar la propaga-

⁷ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada el 37º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1985, Vol. II, 2ª Parte, p. 62.

⁸ *Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Informe del Presidente del Grupo de Trabajo*, Doc. A/C.6/55/L.12, 10.11.2000. Naciones Unidas.

⁹ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 51.º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1999, Vol. II, 2ª Parte, pp. 167-169.

ción de un brote epidémico, a condición de que sea práctica de ese Estado concertar tales contratos o transacciones con fines públicos...

Lo anterior también se aplica a un contrato de venta de bienes o de prestación de servicios o a los otros tipos de transacciones mercantiles definidos en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 2. Por ejemplo, un contrato de préstamo para realizar una compra o un contrato de garantía de ese préstamo pueden tener carácter no mercantil si al final se considera también el fin público para el cual se concertó el contrato de compra. Así, un contrato de garantía de un préstamo para la compra de alimentos para aliviar una situación de hambre sería generalmente no mercantil a causa de su probable finalidad pública»¹⁰.

12. En consecuencia, puede afirmarse que este doble criterio (examen de la *naturaleza* y *finalidad* de la transacción) tiene por objeto proporcionar a los Estados en desarrollo una protección y garantías suficientes, especialmente en sus esfuerzos por fomentar el desarrollo económico nacional. Este dato –compromiso entre Estados desarrollados y Estados en desarrollo– es, a mi juicio, fundamental de cara a la interpretación del precepto. En efecto –como posteriormente se verá– la aplicación del criterio de la *finalidad*, por residual que pueda llegar a ser, deja en manos del Estado (demandado) los argumentos en torno a esa calificación; argumentos que, astutamente planteados, siempre podrán demostrar la finalidad pública de la transacción. Por ello, el hecho de que el Estado demandado sea un Estado en desarrollo en vez de un Estado desarrollado es relevante de cara a la interpretación de este criterio. Si el Estado demandado es un Estado en desarrollo la *finalidad* de la transacción, como criterio de interpretación, podría pesar más –dicho sea con todas las cautelas– que en un supuesto en el que el Estado demandado sea un Estado desarrollado. De hecho, una interpretación teleológica del precepto, invita a considerar que en supuestos entre Estados desarrollados sólo debería estarse al criterio de la *naturaleza* de la transacción. Y para supuestos entre Estados en desarrollo y Estados desarrollados el criterio de la *finalidad* debe aplicarse con las máximas cautelas, verificando que, efectivamente, la transacción controvertida cumple una finalidad de tipo humanitario o similar. Adviértase, además, que la aplicación del criterio de la *finalidad* puede producir en el tráfico económico un efecto contrario al deseado. Y es que, una aplicación generalizada del mismo constituirá, a la larga, un elemento de disuasión para cualquier operador que quiera realizar transacciones en un Estado en desarrollo: la inseguridad que genera un criterio de inmunidad excesivamente amplio constituye un freno para el libre funcionamiento del mercado¹¹.

13. En cualquier caso, la norma asume la prevalencia del criterio de la *naturaleza* sobre el criterio de la *finalidad*. La misma letra del precepto es contundente a este respecto: *se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción*. En consecuencia, el criterio de la *naturaleza* debe ser el criterio preponderante –«casi» determinante– para decidir si un Estado puede o no beneficiarse de inmunidad en supuestos de transacciones mercantiles.

14. En perspectiva teórica, los motivos de la prevalencia del criterio de la *naturaleza* frente al criterio de la *finalidad* son tan diversos como contundentes. Así, desde un punto de vista estrictamente formal, la aplicación del criterio de la *naturaleza* es, sin duda, más sencillo que la aplicación del criterio de la *finalidad*. En efecto, al contrario de lo que ocurre en aplicación de este último criterio, el criterio de la *naturaleza* no exige del juez ninguna investigación sobre el alcance y sentido de la transacción¹². Por otro lado, es incuestionable también que el criterio de la *naturaleza* es el criterio que mejor protege los intereses de los particulares. Repárese, por ejemplo, en la dificultad que éstos tienen en demostrar frente a un Estado la falta de interés público de una transacción (*ad. ex.* por las pruebas a presentar). Lo anterior se entiende todavía mejor si reparamos en que ni siquiera existe consenso (ni a nivel doctrinal, ni a nivel jurisprudencial) sobre lo que debe entenderse por transacción de interés público¹³.

¹⁰ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43.º periodo de sesiones (29 de abril-19 de julio de 1991)», *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª Parte, pp. 20-21.

¹¹ En este sentido, A. SORIA JIMÉNEZ, *cit.*, p. 148.

¹² En este sentido, A. SORIA JIMÉNEZ, *cit.*, pp. 92-95.

¹³ *Ibidem*.

En armonía con la anterior, debe advertirse que la aplicación conjunta de ambos criterios para calificar la transacción como de «mercantil» o «no mercantil» no es automática. Así es, pues como especifica el mismo precepto, sólo deben ser considerados conjuntamente si así lo acuerdan las partes expresamente o si la finalidad del contrato es un factor relevante para determinar el carácter mercantil de la transacción en la práctica del Estado extranjero que se somete a la misma¹⁴. Además, si finalmente es necesario el recurso a ambos criterios, su juego no es alternativo. Antes al contrario, el juego o toma en consideración de ambos criterios es sucesivo –o jerarquizado¹⁵–. De tal modo que, para determinar si una transacción es una «transacción mercantil» a los efectos del Convenio, debe atenderse, en primer lugar, a su *naturaleza*. En el bien entendido en que si se demuestra que no tiene *naturaleza* mercantil –*ad. ex.* porque el contrato controvertido es calificado como contrato administrativo–, no será necesario indagar en la *finalidad* del mismo¹⁶.

Si, por el contrario, de la aplicación del criterio de la *naturaleza* se desprende que la transacción es «aparentemente mercantil», el Estado demandado tiene la posibilidad de impugnar esa calificación atendiendo a la finalidad de la misma. De forma que, en un contexto de transacción «aparentemente mercantil», el Estado demandado puede intentar demostrar que, a la luz de su práctica comercial, la *finalidad* de la transacción es un elemento decisivo de cara a determinar ese carácter mercantil o no mercantil. En el bien entendido que, aún en estos supuestos, la práctica del Estado demandado no constituirá el criterio clave para calificar la transacción, sino más bien un *mecanismo adicional* para complementar al criterio de la naturaleza. En palabras de uno de sus relatores: «*The practice of the defendant state, however, according to this final text is no decisive factor any more*»¹⁷.

15. Por último, debe retenerse que, pese a la facultad que el precepto concede al Estado (de ordinario, demandado) para demostrar la finalidad pública de la transacción (y por ende, para demostrar que es una transacción objeto de inmunidad), será el tribunal competente (del Estado del foro) el que, habida cuenta de la *práctica* del Estado demandado, determine caso por caso el carácter o no mercantil de un contrato o transacción.

16. Son precisamente los aspectos relativos a la *competencia* de los tribunales del Estado que conozcan de la controversia para calificar el carácter mercantil de la controversia y la *práctica* del Estado extranjero los dos aspectos más criticables del precepto. En efecto, en cuanto a la competencia de los tribunales para calificar la controversia, puede afirmarse que al dejar en manos de cada tribunal el juicio sobre la calificación del supuesto, indirectamente se está renunciando a una interpretación uniforme del mismo¹⁸. Y respecto de la *práctica* del Estado extranjero, cabe apuntar que no queda en absoluto claro cuál es el *alcance* del término en este contexto; esto es, no queda claro ni el *tipo* de práctica exigible al Estado demandado, ni la *forma* e intensidad en la que debe manifestarse, ni a quién incumbe la *prueba* de la misma. Tampoco arrojan excesiva luz a este respecto los trabajos preparatorios del Comité de Expertos. Así las cosas, estimamos que la interpretación de lo que debe entenderse por «*práctica del Estado extranjero*» habrá de realizarse con especial cautela; partiendo de un criterio restrictivo y de una interpretación autónoma del término (desvinculado, por tanto, del significado que tenga en el Derecho del Estado donde se enjuicia).

IV. Criterio de la *naturaleza* v. criterio de la *finalidad*: la práctica jurisprudencial comparada

1. El criterio de la *naturaleza* y el criterio de la *finalidad* en la jurisprudencia comparada

17. Un breve recorrido por la jurisprudencia comparada resultará muy ilustrativo a los efectos de determinar el alcance y la relevancia tanto del criterio de la *finalidad* como del criterio de la *naturaleza*.

¹⁴ *Vid.* también, F. GASCÓN INCHAUSTI, *cit.*, p. 109.

¹⁵ Ya en este sentido, G. HAFNER / U. KÖHLER, *cit.*, p. 19.

¹⁶ H. FOX, «In defence...», *cit.*, p. 400; E. DENZA, *cit.*, p. 397.

¹⁷ G. HAFNER / U. KÖHLER, *cit.*, p. 21.

¹⁸ Ya en este sentido, H. FOX, «In defence...», *cit.*, p. 400.

raleza para calificar la transacción de mercantil. El resultado de esta breve incursión demostrará –adelantémoslo ya– que si bien fue el criterio de la *finalidad* el criterio en un principio determinante para calificar la transacción, en la actualidad es el criterio de la *naturaleza* el que de forma clara se impone en la práctica judicial.

A) El criterio de la *finalidad* en la jurisprudencia comparada

18. En la jurisprudencia francesa más antigua, tanto el contrato de compraventa de cigarrillos para uso de un ejército extranjero (1961) como el contrato de servicios relativo a un estudio sobre la distribución de agua en Pakistán (1967) fueron considerados como «*actes de puissance publique*» (actos de poder público), efectuados para un fin de «*service publique*» (servicio público), y, por tanto, afectados de inmunidad¹⁹. En idéntico sentido, el Tribunal Supremo de Canadá en el asunto *Gouvernement de la République Démocratique du Congo v. Venne*²⁰, acogiendo al criterio de la *finalidad*, calificó de público un contrato firmado con un arquitecto para diseñar un pabellón en la Exposición Universal de 1967.

19. La jurisprudencia norteamericana, por su parte, también recurrió en su momento al criterio de la *finalidad*, si bien lo hizo en una serie de supuestos donde el recurso a tal criterio parece –aún hoy– justificado. Así, por ejemplo, en base al criterio de la *finalidad* rechazó expresamente el carácter mercantil tanto de una compraventa de material militar entre una empresa estadounidense y un Estado en desarrollo²¹, como el acuerdo de formación militar de soldados extranjeros en los EEUU²². Lo relevante de este último fallo es que para esquivar el criterio de la *naturaleza* de la transacción –único criterio aplicable en virtud del art. 1603 FSIA– el tribunal calificó el contrato como un «*non-profit agreement between two governments*». Del mismo modo, en el asunto *De Sánchez v. Banco Central de Nicaragua* estimó que la actividad de un banco central –en el supuesto de autos, la venta de dólares americanos para regular el nivel de reservas– es una actividad que tiene un propósito distinto a la venta de divisas que pueda llevar a cabo un banco privado, pues esa operación supone la ejecución de una función de gobierno propia de un banco central²³.

Por fin, el Tribunal Supremo estadounidense –haciéndose eco de la jurisprudencia ya existente²⁴– en su sentencia sobre el asunto *The Republic of Austria, a foreign state and the Austrian Gallery v. Maria V. Altmann*²⁵, negó el carácter comercial a una actividad que tenía por objeto la promoción –en suelo estadounidense– de la obra artística de un museo público extranjero.

20. La jurisprudencia constitucional alemana, en cambio, no sólo se caracteriza por haberse demarcado bien temprano del criterio de la *finalidad* como criterio relevante para calificar una transacción mercantil, sino también por haber puesto ya entonces de relieve el riesgo en el que puede incurrirse de otorgarse a este criterio un papel preponderante: «La distinción entre actividades estatales soberanas y no soberanas no puede fundamentarse en la finalidad de la actividad estatal y en si mantiene una relación perceptible con las funciones soberanas del Estado; porque, en un análisis final, la mayoría, si no todas, las actividades estatales sirven a finalidades y funciones soberanas y siempre mantendrán una relación perceptible con ellas»²⁶.

¹⁹ Sentencias *Gugenheim c. État du Viet Nam* y *Société Transshipping c. Fédération du Pakistan*, respectivamente. Citados en, «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (29 de abril- 19 de junio de 1991)», Doc. A/46/10, *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª parte, p. 36.

²⁰ *ILR*, Vol. 64, 1984, 24-46; <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1971/1971scr0-997/1971scr0-997.html>

²¹ 552 F2d 60, 17.3.1977, *Aerotrade Inc. V. Republic of Haiti*, <http://www.openjurist.org/552/f2d/60/aerotrade-inc-v-republic-of-haiti>.

²² *Castro and Others v. Saudi Arabia*, 12.6.1980, *ILR*, Vol. 63, 1982, pp. 419-422.

²³ 770 F.2d 1385 (5th Cir. 1985); <http://openjurist.org/770/f2d/1385/de-sanchez-v-banco-central-de-nicaragua-a>. Sobre la relación Bancos centrales e Inmunidad de jurisdicción en la jurisprudencia estadounidense, vid. P. L. LEE, *Columbia JtransnatL*, Vol. 41, 2003, pp. 327-396.

²⁴ Básicamente, el asunto *Aschenbrenner v. Conseil Regional de Haute Normandie* (851 F. supp. 580-86 (S.D.N.Y. 1994).

²⁵ *Supreme Court of the United States*; 27.6.2003; <http://www.bslaw.com/altmann/SCT/briefs/cert/certpet.pdf>

²⁶ *Bundesverfassungsgericht* alemán, asunto *X. v. Empire of Iran* (1963), citado en: *Documentation concernant les immuni-*

B) El criterio de la *naturalaleza* en la jurisprudencia comparada

21. El pasado más reciente demuestra, no obstante, que el criterio de la *naturalaleza* es, definitivamente, el criterio que goza de mayor aceptación. Así, pese a la jurisprudencia francesa anteriormente citada, los últimos pronunciamientos de la *Cour de Cassation* se han decantado sin ambages por el criterio de la *naturalaleza* de la transacción. En el asunto *Banque camerounaise de développement c. Société des Établissements Robler* (1986)²⁷ la *Cour* tuvo que indagar en el carácter mercantil o no de un aval prestado por la *Banque camerounaise de développement* (banco público) para garantizar las letras de cambio libradas por el Estado de Camerún para financiar la construcción de un hospital público. Tras una evaluación de la circunstancias, el tribunal falló que el aval prestado por el banco a favor del Estado de Camerún era una operación mercantil realizada en el ejercicio de las actividades bancarias ordinarias y que, desde esta perspectiva, no debía considerarse que la operación estuviese estrechamente relacionada con el ejercicio del poder público.

En el mismo sentido a favor del criterio de la *naturalaleza* para calificar la transacción se ha pronunciado, en fechas recientes, la misma *Cour de Cassation* en el asunto *République démocratique du Congo c. Syndicat des propriétaires de l'immeuble Résidence Anthony Châtenay* (2005)²⁸. En este asunto, la *Cour* entendió que la compra por parte del Estado extranjero de un bien inmueble destinado a alojar a los miembros de la misión diplomática debía calificarse como una operación comercial y, en este sentido, no acogió la pretensión de inmunidad de ejecución alegada por el Estado extranjero.

22. El criterio de la *naturalaleza* también es el criterio que sirve de referencia en la jurisprudencia británica. Paradigmática y de constante referencia es la sentencia de la *Court of Appeal* en el asunto *Trendtex*, en cuya virtud se consideró que, en aplicación del criterio de la *naturalaleza*, un contrato de compraventa de cemento para la construcción de cuarteles militares en Nigeria tenía carácter mercantil y, por consiguiente, no estaba cubierto por la inmunidad del Estado²⁹. En aplicación del precepto objeto de comentario, el sentido del fallo podría haber sido otro, pues –recuérdese– entre las excepciones previstas por el Comité de Expertos podría estar el supuesto enjuiciado (suministro de materiales para el ejército). Sin embargo, bien mirado, puede distinguirse entre el suministro de materiales para el mantenimiento de una base militar ya existente (entre los que cabe retener los materiales destinados al mantenimiento básico de la misma, como son los destinados a infraestructura y a alimentos) y el suministro de materiales para la construcción de una base militar de nueva planta. De hecho, no parece que el cemento pueda considerarse un material de importancia capital para el mantenimiento básico de la misma (entre lo que sí cabe incluir, por ejemplo, los alimentos y combustibles).

23. La jurisprudencia estadounidense más reciente también demuestra una clara inclinación por el criterio de la *naturalaleza*³⁰. En este sentido, en el asunto *Gemini* se consideró que una compraventa de arroz realizada en EEUU entre una compañía estatal siria y el Departamento de Agricultura estadounidense debía calificarse, atendiendo al criterio de la *naturalaleza*, de mercantil³¹. El mismo criterio siguió en el asunto *Texas Trading, Nikkei, East Europe, and Chenax v. Nigeria*³². En este asunto –muy similar

tés juridictionnelles des Etats et de leur biens, Nueva York, Série Législative des Nations Unies, 1982, 288. Tomo la referencia de A. SORIA JIMÉNEZ, *cit.*, p. 94, nota a pie 82.

²⁷ *Cour de Cassation*, 18.11.1986; *JDI*, 1987, pp. 632-635.

²⁸ *Cour de Cassation*, 25.1.2005; *Rev. Crit. DIP*, 2006, pp. 123-125.

²⁹ *Trendtex Trading Corporation Ltd. c. Central Bank of Nigeria*, ILM, Vol. XVI, Núm. 3, mayo 1977, 471-475; <http://www.uniset.ca/other/css/19772WLR356.html>.

³⁰ Además de la jurisprudencia citada a continuación, *vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI, *cit.*, pp. 111-113; L. WEATHERLY LOWE, «The International Law Commission's Draft Articles on the Jurisdictional Immunities of States and their Property: The Commercial Contract Exception», *Columbia JtransnatL*, 1989, pp. 662-665.

³¹ *Gemini Shipping v. Foreign Trade Organization for Chemicals and Foodstuffs*, 647 F.2d 317; 16.4.1981; <http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F2/647/647.F2d.317.80-7851.656.html>

³² *Texas Trading & Milling Corp., Decor by Nikkei International, Inc., East Europe Import-Export, Inc., and Chenax Majesty, Inc. v. Nigeria*. United States Court of Appeals, Second Circuit, 647 F.2d 300; 16.4.1981; <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F2/647/300/237798/>

tanto en los hechos como en el fallo al asunto *Trendtex*— el tribunal también consideró que los contratos de compraventa de cemento para la construcción de cuarteles militares en Nigeria tenían carácter *mercantil*.

Por su parte, el Tribunal Supremo estadounidense (en aparente —que no real— contradicción con la jurisprudencia creada a raíz del asunto *De Sánchez v. Banco Central de Nicaragua*) estimó en el asunto *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.* que en aquellos casos en los que la actividad de un banco central no fuera la propia de su papel de regulador del mercado, sino más bien la propia de un operador económico que actúa en el tráfico privado, el criterio de la *naturaleza* permitía calificar la transacción como mercantil. En el supuesto de autos, la refinanciación de bonos llevada a cabo por las autoridades argentinas —y denunciada por los poseedores de los mismos— fue calificada como una forma de financiación propia del ámbito de las transacciones mercantiles³³.

Y en cuanto a las circunstancias que deben retenerse para calificar la *naturaleza* del contrato, la jurisprudencia estadounidense ha estimado que el carácter mercantil del mismo debe determinarse a partir del carácter esencial del acuerdo; sin reparar en la naturaleza de las cláusulas auxiliares destinadas a facilitar su ejecución³⁴.

2. La interpretación del artículo 2.1 c) y 2.2 del Convenio en la jurisprudencia comparada

24. Aún no estando todavía en vigor, ciertos preceptos del Convenio ya han sido objeto de interpretación jurisprudencial. Nuestro TS, sin ir más lejos, en su sentencia del 1 de diciembre de 1986, citó e incluso justificó parte de su interpretación en los trabajos preparatorios del texto (*supra* 1). También el Tribunal Supremo japonés ha tenido ocasión de citar e interpretar el Convenio en un supuesto en el que dos empresas japonesas demandaron, ante los tribunales de Tokio (el contrato contenía una cláusula de sumisión a estos tribunales), a una empresa paquistaní dependiente del ministerio de defensa por impago de material informático. A la luz del artículo 10 del Convenio (carácter *mercantil* de la transacción) y a la luz también de la cláusula de sumisión expresa a los tribunales de este país, el TS japonés rechazó la inmunidad de jurisdicción alegada por la empresa paquistaní³⁵.

25. Con todo, seguramente hayan sido los tribunales británicos los que más decididamente se han hecho eco de este instrumento internacional, pues tanto la *Court of Appeal* como la *House of Lords* han hecho expresa mención al mismo. En concreto, en el asunto *Svenska Petroleum Exploration c. (1) Government of the Republic of Lithuania (2) Ab Geonafta*³⁶ la *Court of Appeal* reconoció expresamente que pese a que el Convenio no está todavía en vigor, «*has been recognised as reflecting current international thinking on the subject*» (marginal 132). En similares términos se ha pronunciado la *House of Lords* en el asunto *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*³⁷.

La primera sentencia citada (*Court of Appeal* en el asunto *Svenska*) es particularmente relevante en nuestro contexto, pues además de reconocer el papel que ya juega el Convenio en la escena internacional, aplica a su supuesto los artículos 2.1.c) y 2.2 del mismo para determinar si la transacción controvertida puede calificarse o no de mercantil. Y a este respecto, importa destacar que se aferra a la prevalencia del criterio de la *naturaleza* de la transacción como criterio determinante para calificar la misma. No obstante, viene también a reconocer que, a la luz de las múltiples circunstancias que rodeaban al supuesto en cuestión, ni siquiera la aplicación del artículo 2.2. del Convenio —aisladamente considerado— era suficiente para alcanzar una correcta calificación del mismo. El supuesto se planteó en el marco de un procedimiento de exequátur de un laudo arbitral dictado en Copenhague; laudo que, a su vez, resolvió sobre una disputa relativa al cumplimiento de unos compromisos adoptados en el seno de

³³ *Supreme Court of the United States*, 504 U.S. 607 (1992); 12.6.1992; <http://www.law.cornell.edu/supct/html/91-763.ZO.html>

³⁴ *Practical Concepts, Inc. c. Republic of Bolivia*, [811 F. 2d, 1543, United States Court of Appeals, District of Columbia, Cir., 17.2.1987], <http://www.uniset.ca/other/css/613FSupp863.html>

³⁵ *Saiko Saibansho* (Tribunal Supremo de Japón), 21.7.2006, Case N. 1231 [2003]. 1416; *AJIL*, Vol. 100, 2006, pp. 908-910 (con nota de C. JONES).

³⁶ [2006] EWCA 1529 (13.11.2006); <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/1529.html>

³⁷ [2006] UKHL 26 (16.6.2006); <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2006/26.html>

un *Joint Venture Agreement* entre una empresa estatal y dos empresas privadas. Por la relevancia de la cuestión que ahora importa, parece conveniente traer a colación el razonamiento íntegro que utilizó la *Court* para abstenerse de calificar el supuesto:

(a) «*Commercial transaction*»

«132. More difficult is the question whether it falls within subsection (3)(c). The distinction drawn in section 3 of the State Immunity Act between a commercial transaction and a transaction entered into by a state in the exercise of its sovereign authority *is drawn in almost identical terms in Article 2.1(c) of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, which, although not yet in force, has been recognised as reflecting current international thinking on the subject: see Jones v Ministry of the Interior* [2006] UKHL 26 per Lord Bingham at paragraph 8. Article 10 of the Convention provides that a State may not claim immunity in proceedings arising out of commercial transactions. *Article 2.2 provides some assistance in drawing the distinction between commercial transactions and transactions entered into in the exercise of sovereign authority in any given case. It provides that in determining whether a contract or transaction is commercial in nature reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction itself.* This accords with the existing principle of English law that it is the nature of the transaction that determines whether it is to be characterised as one entered into in the exercise of the state's sovereign authority (*jure imperii*) or in the exercise of a commercial function (*jure gestionis*): see *I Congreso del Partido* [1983] 1 A.C. 244, 262-265 per Lord Wilberforce and *Holland v Lampen-Wolfe* [2000] 1 WLR 1573. The distinction suggested by Lord Wilberforce in *I Congreso del Partido* between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis* is between acts of a public law character and acts of a private law character or between a governmental act and an act that any private person can perform.

133. We do not find the characterisation of the present transaction an easy matter. As the judge pointed out, *the Agreement contains many of the hallmarks of a commercial transaction, but the fact that it relates to the exploitation of oil reserves within the territory of the state suggests that it involved an exercise by the state of its sovereign authority in relation to its natural resources and so falls outside the realm of activities which a private person might enter into.* The position is further complicated by the fact that under the Agreement both Geonafta and the Government undertook obligations towards Svenska on behalf of the State. At the time the Agreement was entered into Geonafta (EPG), although a state body, had separate legal personality from the Government and was put forward by the Government for the express purpose of entering into the Agreement with Svenska. It seems odd to say that the agreement between Svenska and Geonafta is anything other than a commercial transaction (especially in the light of the fact that Geonafta is a private company), or that the Agreement can be characterised as a commercial transaction as far as Geonafta is concerned but as an exercise of sovereign authority as far as the Government is concerned. The reality is that at the time the parties entered into the Agreement (which is the point at which we think the transaction falls to be characterised) both Geonafta and the Government were playing their respective parts on behalf of the state in a transaction entered into for the purpose of exploiting the country's natural resources. However, this aspect of the matter was not explored very fully in argument and it is unnecessary to reach a final view about the characterisation of the Agreement in order to dispose of the appeal. In the circumstances we prefer to express no concluded opinion on the question.»

V. El alcance de la inmunidad en las transacciones mercantiles: el artículo 10 del Convenio

26. Vista la forma en que en aplicación del Convenio se determina el carácter mercantil de una transacción, procede ahora estudiar el alcance restringido con que la inmunidad opera en el concreto ám-

bito de las transacciones mercantiles. O lo que es lo mismo, procede ahora analizar en toda su extensión el artículo 10 del Convenio.

El artículo 10 del Convenio regula el alcance de la inmunidad cuando un Estado extranjero participa en una transacción mercantil con una persona natural o jurídica extranjera. En su virtud:

1. Si un Estado realiza una transacción mercantil con una persona natural o jurídica extranjera, y si en virtud de las normas aplicables del derecho internacional privado los litigios relativos a esa transacción mercantil corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, el Estado no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante ese tribunal en ningún proceso basado en dicha transacción mercantil.
2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica:
 - a) en el caso de una transacción mercantil entre Estados; o
 - b) si las partes en la transacción mercantil han pactado expresamente otra cosa.
3. Cuando una empresa estatal u otra entidad creada por un Estado que esté dotada de personalidad jurídica propia y tenga capacidad:
 - a) para demandar o ser demandada; y
 - b) para adquirir bienes, tener su propiedad o posesión y disponer de ellos, incluidos bienes que ese Estado le haya autorizado a explotar o a administrar, intervenga en un proceso relativo a una transacción mercantil en la cual sea parte dicha entidad, la inmunidad de jurisdicción de que goce ese Estado no resultará afectada.

27. Para entender correctamente el sentido y alcance de esta regulación, procede, con carácter previo, abundar siquiera sea de forma somera en los antecedentes y en el proceso de gestación de este precepto.

1. Antecedentes y proceso de redacción del precepto

28. El antecedente más inmediato de esta norma lo constituye el artículo 7 de la Convención europea sobre inmunidad de Estados de 1972, si bien se tuvieron en cuenta también tanto el artículo 3 de *State Immunity Act* de 1978 (SIA) británica como el artículo 1603 de la *Foreign Sovereign Immunities Act* estadounidense de 1976 (FSIA)³⁸.

El texto inicial propuesto por la Comisión de redacción y discutido en el 35º y ss. periodo de sesiones llevaba por título *Contratos mercantiles* (art. 12) y era del siguiente tenor:

«1. Si un Estado celebra con una persona física o jurídica extranjera un contrato mercantil, y si en virtud de las normas de derecho internacional privado los litigios relativos a ese contrato mercantil corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, se considerará que el Estado ha consentido en que se ejerza tal jurisdicción en un procedimiento basado en ese contrato mercantil y, por consiguiente, no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en este procedimiento. 2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplicará: a) en el caso de un contrato mercantil concertado entre Estados o entre gobiernos; b) si las partes en contrato mercantil han pactado otra cosa».

29. Como de los artículos que constituyen la *Parte II* del Convenio puede deducirse, en principio sólo se reconoce la inmunidad respecto de aquellas actividades del Estado que son de carácter oficial o soberano, tienen una finalidad pública o se consideran de naturaleza gubernamental. Este criterio constituye, además, la práctica general de los Estados³⁹.

La distinción así hecha entre *acta iure imperii*, en contraposición a los *acta iure gestionis* se aplica también a los bienes del Estado, tanto en relación con su inmunidad de *jurisdicción* como en relación con la inmunidad de *ejecución*⁴⁰.

³⁸ Un análisis comparado de los tres preceptos citados así como del precepto en cuestión puede verse en A. SORIA JIMÉNEZ, *cit.*, pp. 97-157.

³⁹ Una amplia recopilación de jurisprudencia comparada sobre este particular puede verse en los sucesivos informes sobre este instrumento publicados en distintos números del *Anuario CDI*. En concreto, *vid.* las notas «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (29 de abril- 19 de junio de 1991)», Doc. A/46/10, *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª parte, pp. 36-37.

⁴⁰ A este último respecto, el artículo 21 del Convenio enumera una serie de bienes que sólo pueden considerarse destinados a servicios públicos no comerciales. Estos son: bienes utilizados por las misiones diplomáticas (incluidas las cuentas bancarias); bienes de carácter militar; bienes del banco central; bienes que forman parte del patrimonio cultural del Estado; y, bienes que forman parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico.

Para determinar los límites precisos de esta doctrina de la inmunidad de los Estados –*iure imperii* v. *iuris gestionis*– pueden utilizarse varios criterios: así, puede recurrirse a (i) la enumeración de los tipos de actividades afectadas de inmunidad; a (ii) la enumeración de los tipos de actividades asumidas por el Estado pero que pueden quedar sometidas a la jurisdicción territorial de otro Estado; o, (iii) a la aplicación simultánea de los criterios anteriores⁴¹.

Ninguna de estas tres fórmulas es, sin embargo, la aplicada en el Convenio. En efecto, a propuesta de su primer Relator Especial, se optó por enunciar la norma general de la inmunidad de los Estados –arts. 5 ss. del texto– para, seguidamente, plantear las posibles excepciones a esa inmunidad –éste y los siguientes artículos del Convenio–⁴².

30. Desde esta perspectiva, la excepción más importante –por frecuente– es la que gira en torno a la actividad *comercial o mercantil*. Sólidamente asentada en el Derecho y jurisprudencia comparada, con ella se hace referencia a la actividad comercial que un Estado extranjero despliega en el país del foro.

En efecto, desde muy antiguo, y partiendo siempre de la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*⁴³ la inmunidad de jurisdicción ha venido siendo denegada en aquellos supuestos en los que entre el Estado y la contraparte mediaba un contrato mercantil. Hasta tal punto ha sido así que la doctrina ha constatado un mayor grado de uniformidad en la jurisprudencia relativa al específico ámbito de la inmunidad de jurisdicción en las relaciones comerciales, que en el ámbito general de la inmunidad de jurisdicción⁴⁴. De hecho, un primer acercamiento a la jurisprudencia comparada de los años veinte demuestra que la concepción estricta de la inmunidad en supuestos de transacciones mercantiles se aceptaba de forma mayoritaria. Así, por ejemplo, se rechazó expresamente la inmunidad de jurisdicción –entre otros muchos– en un supuesto relativo a la venta de suministros a un Gobierno (1910); en un supuesto relativo a la vigencia de un contrato de remolque de buques (1925); en un supuesto relativo al cumplimiento de un contrato de adquisición de bienes por parte de un Gobierno para revenderlos en las líneas comerciales a sus nacionales (1927); en un supuesto relativo al alquiler de una casa amueblada para uso privado (1927); en un supuesto relativo a la gestión de una empresa de ferrocarriles del Estado (1942); así como en un supuesto relativo a la interpretación de un contrato para la reparación del sistema de calefacción de una Embajada (1963)⁴⁵. Y desde un punto de vista legal, seguramente sea el artículo 1605 de la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) estadounidense la norma de referencia en esta materia.

2. La *ratio* del precepto

31. La norma enunciada en el primer párrafo de este precepto regula aquellos supuestos en los que para conocer de las divergencias que surjan en el cumplimiento de una transacción mercantil celebrada entre un Estado y una persona física o jurídica extranjera son competentes los tribunales de un tercer Estado; es decir, son competentes los tribunales de un Estado que *no* participa de la transacción⁴⁶.

32. Desde el concreto ámbito de la inmunidad, el precepto en cuestión pretende que todo Estado que realice una transacción mercantil con una persona física o jurídica extranjera *no* pueda alegar inmunidad de jurisdicción ante la autoridad judicial de otro Estado. Supone, en este sentido, una de las manifestaciones más claras a favor de la teoría restringida de la inmunidad.

⁴¹ A. SORIA JIMÉNEZ, *cit.*, pp. 35-55.

⁴² *Vid.* Informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Kompong Sucharitkul, Relator Especial. Doc. A/CN.4/323, *Anuario CDI*, 1979, Vol. II, 1ª parte, 247.

⁴³ Sobre esta distinción, en general, A. SORIA JIMÉNEZ, *cit.*, pp. 35-55; H. FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2004, pp. 275-303.

⁴⁴ *Vid.* A. SORIA JIMÉNEZ, *cit.*, pp. 83-86.

⁴⁵ Pueden verse todas las referencias en «Cuarto Informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial», Doc. A/CN.4/357, *Anuario CDI*, 1982, Vol. I, 1ª parte, pp. 261-275.

⁴⁶ Con carácter general, *vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI, *cit.*, pp. 107-113.

33. Para que esta excepción a la inmunidad de jurisdicción pueda efectivamente prosperar, el precepto exige expresamente que los tribunales del Estado ante el que se plantea la controversia –incumplimiento de la transacción mercantil– sean competentes para conocer del fondo del asunto en virtud de sus normas de competencia judicial internacional. Es decir, el precepto exige –indirectamente, si se quiere– cierto grado de relación entre la transacción controvertida y el Estado del foro⁴⁷.

Desde esta perspectiva, la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado que no participa de la transacción se erige en una premisa *necesaria* para la toma en consideración de la inmunidad. Lo cual es de todo punto lógico, pues difícilmente podrá estudiarse el alcance de la inmunidad de jurisdicción si los tribunales del Estado ante el que se plantea la cuestión no tienen competencia judicial internacional para conocer de ella. Pero además, del hecho de que la jurisdicción o competencia judicial internacional de los tribunales del Estado del foro (el Estado cuyos tribunales tienen competencia para conocer del asunto) sea concebida como presupuesto de aplicación de la excepción a la inmunidad se deriva otra consecuencia, cual es la restricción de los supuestos en los que puede plantearse el alcance de la inmunidad.

En efecto, bien mirado, al exigirse la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado del foro conforme a sus normas procesales, indirectamente se está limitando el alcance de la inmunidad de jurisdicción, pues es lo cierto que para la mayoría de las actividades *iure imperii* de los Estados extranjeros (actos, por definición, inmunes), los Estados no suelen prever la competencia judicial internacional de sus tribunales. Y por ello mismo, precisamente, no han acabado de prosperar las propuestas en torno a la delimitación de las actividades consideradas *iure imperii* (actos inmunes).

34. Por otro lado, y aunque el precepto no lo imponga expresamente, es evidente que a los efectos de su aplicación lo que realmente importa es la naturaleza de la actividad relacionada con el objeto de la demanda, y no la naturaleza de las demás actividades realizadas por el Estado o la persona jurídica extranjera que participe de la transacción. Esto es, a los efectos de la aplicación de este precepto, la persona jurídica de que se trate debe participar en alguna forma en la actividad mercantil que guarde relación con la demanda. Entre la actividad mercantil y el fundamento de la demanda debe existir, por tanto, un nexo de cierta relevancia. O dicho de otro modo, el fundamento de la demanda tiene que derivarse de la transacción mercantil de una manera congruente⁴⁸.

35. Por fin, la excepción a la inmunidad que como regla general regula este precepto es aplicable aun cuando la transacción controvertida sólo deba ejecutarse parcialmente en el Estado del foro⁴⁹.

VI. Alcance de la expresión «normas aplicables del derecho internacional privado»: competencia judicial internacional

1. Significado de la expresión «normas aplicables del Derecho internacional privado»

36. La expresión «normas aplicables del Derecho internacional privado» viene referida exclusivamente a las normas de *competencia judicial internacional*. Los redactores del Convenio vieron en esta expresión una fórmula lo suficientemente neutra como para permitir que el Estado del foro determinara, con arreglo a sus propias normas de competencia judicial internacional, el tipo de vínculo que la transacción comercial controvertida debería tener con el foro. De hecho, desde un primer momento se evitó incluir en el tenor del precepto una norma de competencia judicial *ad hoc* para acotar el alcance de ese vínculo entre la transacción y el foro. Y es que –como explican los redactores–, esta

⁴⁷ Del mismo modo, por ejemplo, que el artículo 1605 FSIA exige también una conexión suficiente del supuesto con los Estados Unidos.

⁴⁸ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 51.º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1999, Vol. II, 2ª Parte, pp. 167-171

⁴⁹ «Informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Kompong Sucharitkul, Relator Especial», *Anuario CDI*, 1979, Vol. II, 1ª Parte, pp. 247-248.

última opción podría haber supuesto tanto como un obstáculo innecesario para la aceptación del mismo instrumento⁵⁰.

Con todo, el Comité de Expertos quiso dejar constancia de que cualquier conexión que presentara un vínculo razonable con el foro podría servir a los efectos de determinar la *competencia judicial internacional* de los tribunales de ese Estado. Así, criterios como el lugar de la firma o celebración del contrato; el lugar de cumplimiento o ejecución de las obligaciones; la nacionalidad de las partes o el domicilio mercantil de una o varias de las partes contratantes; o, el mismo establecimiento comercial de una de las partes contratantes, podrían servir a los efectos de determinar la competencia de los tribunales. Lo anterior, además, sin descartar la posibilidad de que el Estado del foro pudiese justificar su competencia en base a puntos de conexión menos relevantes⁵¹.

En este contexto –y a los meros efectos informativos– cabe citar la Resolución del Instituto de Derecho Internacional (IDI) sobre *Los aspectos recientes de la inmunidad de jurisdicción y ejecución de Estados* de 1991⁵². A partir de un particular sistema de doble lista, en esta Resolución se enumeran, por un lado, una serie de criterios indicativos de la *competencia* de los tribunales del Estado del foro no obstante «una eventual reivindicación» de inmunidad de jurisdicción formulada por un Estado extranjero (párrafo 2 del art. 2); y, por otro, una serie de criterios indicativos de la *incompetencia* de esos tribunales cuando la inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero esté cuestionada (párrafo 3 del art. 3). Criterios indicativos de la *competencia* serían, entre otros, litigios relativos a contratos comerciales, contratos de prestación de servicios, cuestiones relativas a la propiedad, posesión y usufructo, etc. Criterios indicativos de la *incompetencia* serían, entre otros, litigios relativos a cuestiones que deban resolverse en aplicación del Derecho internacional público, litigios relativos a la implementación de ciertas políticas (seguridad pública, defensa nacional o relaciones exteriores) del Estado extranjero, o, litigios relativos a la validez, interpretación o aplicación de un acuerdo intergubernamental. Como a continuación se verá, los efectos de esta Resolución desde la perspectiva española son prácticamente nulos, pues el sistema español de competencia judicial internacional está –con mayor o menor fortuna– regulado.

2. Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de transacción mercantil

37. Visto entonces el significado y alcance de la expresión «normas de derecho internacional privado», corresponde ahora estudiar las *normas de competencia judicial internacional* previstas en el ordenamiento jurídico español en materia de transacciones mercantiles. Transacciones mercantiles que a los efectos de nuestro ordenamiento procesal civil internacional deben calificarse como *materia contractual*.

En efecto, las normas de competencia judicial internacional no utilizan la expresión transacciones mercantiles para determinar cuándo los tribunales españoles son competentes en estos supuestos. Es decir, las normas en cuestión no dicen algo así como: «*En materia de transacciones mercantiles serán competentes los tribunales españoles cuando...*». Ello no quiere decir –evidentemente– que por esta circunstancia no vayan a tener competencia internacional para conocer de este tipo de litigios. Lo único que ocurre es que para determinar su competencia en este ámbito habrá de buscarse en el tenor de la norma una expresión equivalente –a los efectos procesales– a la expresión *transacción mercantil*. Y esa expresión es *materia contractual*.

38. Dos son las normas que en nuestro ordenamiento jurídico regulan esta cuestión: el artículo 22 de la LOPJ y el *Reglamento (CE) núm. 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* (en adelante R. 44)⁵³. En concreto, las normas de competencia judicial internacional en

⁵⁰ «Tercer Informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, por el Sr. Motoo Ogiso, Relator Especial», Doc. A/CN.4/431, *Anuario CDI*, 1990, Vol. II, 1ª parte, p. 13.

⁵¹ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (29 de abril- 19 de junio de 1991)», Doc. A/46/10, *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª parte, pp. 36-37.

⁵² La Resolución en cuestión puede consultarse en: www.idi-iil.org

⁵³ También llamado *Reglamento Bruselas I*.

materia de *transacciones mercantiles* (léase, en materia contractual) están recogidas en el párrafo 3 del artículo 22 LOPJ y en los artículos 2 y 5.1 del R. 44⁵⁴.

39. Sin ánimo de abordar en profundidad el estudio de las citadas normas⁵⁵, baste ahora con reparar brevemente en: (i) su orden de aplicación; y, (ii) las distintas regulaciones que cada una de ellas contemplan.

40. Respecto del primer punto –orden de aplicación (i)–, es sabido que las normas de competencia judicial internacional previstas en el R. 44 son de obligada aplicación cuando el *demandado* tenga su *domicilio* en el territorio de la Unión Europea (art. 2). Si se da este requisito de aplicación *personal* (además del requisito de aplicación *material* previsto en el artículo 1), las normas del R. 44 desplazan la aplicación del artículo 22 LOPJ. En consecuencia, desde la perspectiva del ámbito de las *transacciones mercantiles* la regla general es que sólo en el supuesto de que el *demandado* *no* tenga su domicilio en el territorio de la UE, el juez español determinará su competencia en virtud de lo previsto en el artículo 22 LOPJ (*infra*).

Las normas de competencia judicial previstas en el Reglamento son aplicables para todos los Estados de la Unión Europea (incluido Dinamarca), lo que permite conocer cuál de los posibles Estados controvertidos es el finalmente competente. Posibles supuestos de *litispendencia intracomunitaria* quedan resueltos a partir de un criterio temporal establecidos en el mismo texto (art. 27): el tribunal ante el que se interpone en segundo lugar la demanda, debe inhibirse a favor del primero.

41. En cuanto a la misma regulación de la competencia judicial internacional prevista en el Reglamento (ii) cabe apuntar lo siguiente. Dos son los artículos del Reglamento aplicables en esta materia (artículos 2 y 5.1, respectivamente). Ambos artículos representan dos tipos de foros de competencia de distinto alcance (general *v.* especial). Así, en virtud del artículo 2 del Reglamento, si el *demandado* tiene su domicilio en España, los jueces españoles serán competentes para conocer –con carácter general– de todo tipo de controversia incluida en el ámbito de aplicación material del texto. En nuestro supuesto, en la medida en que las transacciones mercantiles están incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento, si la parte *demandada* en la transacción tiene su domicilio en España, los jueces españoles serán competentes, con carácter general, para conocer de cualquier controversia que dimanase de esa transacción.

Ahora bien, el hecho de que el *demandado* *no* tenga su domicilio en España no supone necesariamente que los tribunales españoles *no* puedan ser competentes para conocer de las controversias que dimanen de dichas transacciones. De hecho, para aquellos supuestos en los que la transacción presente un vínculo razonable con España, el Reglamento prevé un foro de competencia judicial *especial* a favor de los tribunales españoles. Se presume que la transacción presenta un vínculo razonable con España cuando la obligación que derive de la transacción y sirva de base a la demanda *deba cumplirse en España* (art. 5.1 a) R. 44). A estos efectos, y salvo pacto en contrario, se entenderá que el *lugar de cumplimiento* será: en una *compraventa de mercaderías*, el lugar donde, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías; y en una *prestación de servicios*, el lugar donde, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios (art. 5.1 b) R. 44).

42. Los acuerdos atributivos de competencia entre las partes (en nuestro supuesto entre Estado y particular) son posibles siempre y cuando se cumplan los requisitos de aplicación previstos en el artículo 23 (*Prórroga de competencia*) del R. 44: domicilio de una de las partes (ya sea *demandado* o *demandante*) en un Estado miembro de la UE y sumisión a un tribunal de un Estado miembro de la UE.

⁵⁴ Sin perjuicio de la posible aplicación a supuestos particulares de los artículos 5.4, 5.5 y 5.7 del mismo R. 44.

⁵⁵ Vid. M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª Ed., Madrid, Civitas, 2007; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 11ª Ed. Granada, Comares, 2010, pp. 102-224.

43. Por fin, en el supuesto de que el demandado *no* tenga su domicilio en algún Estado miembro de la UE será de aplicación el artículo 22.3 LOPJ⁵⁶. En este caso, los tribunales españoles son competentes para conocer de las controversias que dimanen de la transacción comercial cuando ésta *haya nacido o deba cumplirse* en España.

Como puede observarse, el volumen de competencia que adquieren los tribunales españoles en aplicación de esta norma es mayor que la que adquieren en aplicación del artículo 5 del R. 44. Pues mientras que este último precepto únicamente prevé la competencia de los tribunales españoles cuando la obligación *deba cumplirse* en España, el artículo 22 LOPJ prevé la competencia de los tribunales españoles cuando la obligación *deba cumplirse* en España y –cumulativamente– cuando la obligación *haya nacido* (léase, el contrato se haya celebrado) en España.

A diferencia de lo que ocurre en aplicación del R. 44, en aplicación del artículo 22 LOPJ sí pueden darse supuestos de *litispendencia* tanto *internacional* como *intracomunitaria*, pues la LOPJ no regula expresamente esta cuestión. En consecuencia, si los jueces españoles son competentes en virtud del artículo 22 LOPJ para conocer de un litigio que tiene su origen en una transacción mercantil (por no ser aplicable el R. 44 al supuesto), puede ocurrir que una parte presente demanda en España y la otra parte presente demanda –sobre la misma cuestión– en otro Estado cuyos tribunales se declaren competentes en virtud de sus propias normas de competencia. De este modo, son imaginables –al menos teóricamente– supuestos en los que los tribunales de dos Estados distintos conozcan de la misma controversia.

Tanto en aplicación del R. 44 como en aplicación del artículo 22 LOPJ la sumisión tácita de un Estado extranjero a los tribunales españoles es posible.

VII. Excepciones a la regla de *no* inmunidad

44. Pese a que las transacciones mercantiles son la excepción más relevante a la regla de la inmunidad, el mismo precepto recoge tres importantes limitaciones a su misma aplicación (lista negativa). De tal modo que si el supuesto controvertido puede enmarcarse en uno de los supuestos que conforman estas tres excepciones, la inmunidad de jurisdicción prevalece. Nótese que, pese a que los tribunales del foro carecerán de competencia judicial internacional en la mayoría de los supuestos en los que puede plantearse una cuestión de inmunidad (*supra* I), en otros supuestos previstos en las normas de competencia judicial internacional del Estado del foro sí puede llegar a plantearse una cuestión de este tipo. Por ello, tiene sentido limitar el alcance de la *no inmunidad* mediante la lista de excepciones previstas en este precepto⁵⁷.

En perspectiva de técnica legislativa, la inclusión de esta *lista negativa* en el tenor del precepto presenta varias ventajas: flexibiliza la aplicación de la regla general (*no inmunidad* en supuestos de transacciones mercantiles), al tiempo que delimita y precisa con mayor exactitud su alcance.

45. Los supuestos previstos en los párrafos 2 y 3 de este artículo son, en concreto, los siguientes:

- Supuestos en los que la transacción mercantil se lleve a cabo exclusivamente *entre Estados*.
- Supuestos en los que las partes hayan *pactado* un límite de inmunidad distinto al previsto en este precepto.
- Supuestos en los que una Empresa estatal dotada de personalidad jurídica intervenga en *nombre propio* en la transacción mercantil.

⁵⁶ Repárese en que el artículo 22 LOPJ también contempla un foro general de competencia judicial internacional: con *carácter general* en materia civil y mercantil son competentes los tribunales españoles cuando el demandado tenga su domicilio en España. Sin embargo, en la medida en que la transacción mercantil está incluida en el ámbito de aplicación del R. 44 (art. 1) y en la medida también en que domicilio en España equivale a domicilio en la UE, el foro general de aplicación será el artículo 2 R. 44.

⁵⁷ Recuérdese que el Comité de Expertos ya insistió en esta limitación al abordar el significado y alcance de la expresión transacción mercantil. *Vid. supra* Ep. III.

En palabras del Comité de Expertos, estas excepciones tienen por objeto proporcionar, en interés de todos los Estados, la protección y las salvaguardias necesarias (sin ulteriores matizaciones)⁵⁸.

1. Transacción mercantil entre Estados

46. Aunque del tenor del párrafo 1 del precepto -que se refiere a una transacción mercantil entre un Estado y una persona física o jurídica extranjera- pueda deducirse que las *transacciones entre Estados* quedan fuera de su ámbito de aplicación, los redactores del texto se ampararon en dos motivos de distinta naturaleza para introducir esta excepción en el tenor del párrafo 2.

Así, desde una perspectiva estrictamente técnica, estimaron que la expresión «persona física o jurídica extranjera» incluida en el primer párrafo del precepto podría interpretarse –erróneamente– de forma extensiva; es decir, incluyendo en su ámbito de aplicación tanto las personas jurídicas de carácter *privado* como las de carácter *público*⁵⁹. La función que desde esta perspectiva cumple este inciso es la de evitar este tipo de interpretación.

Desde una perspectiva política, la inclusión de esta excepción responde a una demanda tanto de los Estados emergentes como de los Estados socialistas (por ser este tipo de contratación muy común entre ellos).

47. En virtud de este apartado, la aplicación de la norma enunciada en el primer párrafo –no inmunidad de jurisdicción en supuestos de transacciones mercantiles– quiebra en supuestos de transacciones mercantiles concertadas directamente entre Estados.

48. El ámbito de aplicación de esta excepción es relativamente amplio, pues incluye todas aquellas transacciones *triangulares* que tengan por objeto la administración de programas de ayuda alimentaria. Con independencia de que dicha transacción se haya llevado a cabo directamente entre Estados o por conducto de una organización internacional o un organismo especializado de Naciones Unidas. Hay que entender, por tanto, que la expresión «transacción mercantil entre Estados» significa una transacción en la que participan cualesquiera organismos e instituciones del Estado, incluidos los órganos de gobierno previstos en el apartado b) del artículo 2.1⁶⁰.

2. Autonomía de la voluntad

49. En virtud de lo dispuesto en el apartado b) de este precepto, se brinda tanto al Estado -en su calidad de parte- como a la respectiva contraparte la oportunidad de apartarse, por mutuo acuerdo, de lo establecido en el primer párrafo del precepto. El alcance de la autonomía de la voluntad en este ámbito es muy amplio, pues abarca tanto a las cuestiones relativas al alcance de la misma inmunidad como a las cuestiones procesales (resolución de conflictos).

Con todo, la excepción así prevista no aporta nada nuevo a la práctica comercial internacional. En efecto, las cláusulas en cuya virtud los Estados parte en la transacción renuncian a cualquier derecho que pudiera derivarse de su inmunidad, son una constante en la contratación internacional⁶¹.

50. Y lo mismo ocurre en el específico ámbito de la resolución de conflictos, pues es común que las partes, ya sea de forma expresa en el mismo contrato, o por medio de negociaciones ulteriores,

⁵⁸ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (29 de abril- 19 de junio de 1991)», Doc. A/46/10, *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª parte, p. 37.

⁵⁹ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (29 de abril- 19 de junio de 1991)», Doc. A/46/10, *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª parte, p. 37.

⁶⁰ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (29 de abril- 19 de junio de 1991)», Doc. A/46/10, *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª parte, p. 37.

⁶¹ El tenor de estas cláusulas está muy estandarizado. Así, es frecuente encontrar en cualquier contrato con Estados la siguiente cláusula: «*GOVERNING LAW AND SOVEREIGN IMMUNITY: 1 GOVERNMENT and.... hereby irrevocably waives all rights to sovereign immunity. 2 This Agreement shall be governed by the laws of supplemented, where required, by rules of international business activities generally accepted in the petroleum industry if they do not contradict the laws of the Republic of*».

acuerden voluntariamente someterse a arbitraje o a otros métodos de solución de controversias como, por ejemplo, la conciliación o la mediación. De hecho, la vía del arbitraje es –y será– la vía más frecuente para resolver este tipo de controversias.

En este contexto, debe recordarse que si la transacción en cuestión es calificable como *inversión* –y para ello debe tenerse especialmente en cuenta la «jurisprudencia» arbitral CIADI⁶²–, el Convenio no será de aplicación⁶³.

3. Empresa estatal dotada de personalidad jurídica propia

51. El apartado 3 del precepto establece una distinción jurídica entre el Estado y algunas de sus entidades en aras a delimitar la inmunidad de jurisdicción ante una autoridad judicial extranjera. Ello es debido a que en el sistema económico de algunos Estados, las transacciones mercantiles definidas en el artículo 2 son ejecutadas por empresas estatales u otras entidades análogas dotadas de personalidad jurídica propia. Por regla general, estas empresas estatales realizan transacciones comerciales en nombre propio, como entidades independientes que son del Estado que las ha creado. Siendo esto así, lo que este apartado 3 pretende es salvaguardar la inmunidad del Estado de aquellas consecuencias que se deriven de los litigios que nazcan de la transacción mercantil ejecutada por una entidad estatal. O dicho de otro modo, en aquellos supuestos en los que una entidad estatal con personalidad jurídica propia resulte condenada, la inmunidad del Estado que la creó no debe resultar afectada. Básicamente, por considerarse que el Estado no es parte en la transacción.

Algunos Estados sugirieron en su momento que en el tenor de la norma se incluyera alguna disposición con respecto a los «bienes separados» de los Estados, ampliamente reconocidos en los países socialistas. En virtud de estos «bienes separados», una empresa estatal, en su calidad de persona jurídica, poseía una parte separada de los bienes nacionales. En vista del interés primordial del Estado en esas empresas se adujo que la falta de inmunidad con respecto de ellas podía afectar a la inmunidad del Estado de que se tratase. A fin de proteger al Estado se consideraba necesaria esa disposición. En cambio, se adujo que, por la estrecha vinculación entre la empresa y el Estado, debía permitirse el levantamiento del velo de la personalidad jurídica de forma que el Estado no pudiera utilizar a esas empresas para eludir su responsabilidad⁶⁴.

52. Si bien no se reflejó en el texto del precepto el alcance del principio en virtud del cual el Estado no es responsable de las transacciones mercantiles que realicen determinadas empresas estatales, sí que se contempló expresamente la quiebra de este principio en supuestos de fraude o supuestos injustos⁶⁵. En este sentido, en los Anexos que incorpora el Convenio, se hace una mención expresa al alcance de este párrafo tercero, a cuyo tenor: «El párrafo 3 del artículo 10 no prejuzga la cuestión del ‘levantamiento del velo de la persona jurídica’, las cuestiones relativas a una situación en que una entidad estatal haya hecho deliberadamente una exposición falsa de su situación financiera o haya ulteriormente reducido su activo para evitar el pago de una deuda, ni otras cuestiones conexas».

53. La aplicación de la excepción prevista en este apartado está sujeta a dos condiciones. En primer lugar, el proceso debe versar sobre una transacción mercantil *ejecutada* por una empresa estatal u entidad equivalente. En segundo lugar, esa empresa estatal u entidad equivalente debe estar dotada de *personalidad jurídica* propia. Por su parte, se entiende que la personalidad jurídica propia de la que

⁶² Como última referencia sobre esta cuestión puede verse, *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine* (ICSID Case No ARB/09 /11). En este asunto los árbitros consideraron que la relación entre las partes era estrictamente comercial (compraventa de bienes realizada en los términos previstos en unas Condiciones Generales de la Contratación típica de un sector comercial determinado). *Vid.* además todas las referencias de laudos CIADI allí citados. Los laudos pueden consultarse en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/>

⁶³ Nos referimos a los laudos dictados en aplicación del *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estado y nacionales de otros Estados*, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965.

⁶⁴ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 51.º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1999, Vol. II, 2ª Parte, pp. 170-174.

⁶⁵ En este sentido, G. HAFNER / U. KÖHLER, «The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property», *NYIL*, 2004, p. 28.

esa empresa estatal goza implica, cumulativamente: a) capacidad para demandar y ser demandada; y, b) capacidad para adquirir por cualquier título la propiedad de bienes, así como la posibilidad de disponer de ellos. Entre los bienes cuya propiedad puede adquirirse, se incluyen tanto aquellos que el Estado haya autorizado a explotar o administrar, como aquellos otros que hayan sido adquiridos como consecuencia de sus actividades propias.

En palabras del Comité de Expertos: «Para poder considerar los actos de una entidad como actos de institución del Estado debe existir una relación jurídica entre el Estado y la entidad de que se trate. Si no es posible demostrar esa relación, tampoco será posible levantar el velo para tener acceso a los bienes de la institución»⁶⁶.

54. En principio, a partir de una lectura a *sensu contrario* del artículo 21 del Convenio, puede afirmarse que no pueden considerarse personas jurídicas a los efectos de este precepto las empresas públicas que realicen bienes o servicios destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares, los bancos centrales y las empresas públicas que gestionen el patrimonio cultural del Estado y sus archivos⁶⁷.

55. La expresión «y para disponer de ellos» que recoge el apartado b) del tercer párrafo no es gratuita. Con ella se quiso hacer expresa referencia a la posibilidad de que los bienes de esas entidades -incluidos los bienes que el Estado les haya autorizado a explotar o administrar- sean objeto de medidas coercitivas (*ad. ex. embargo*) destinadas a satisfacer la pretensión del demandante⁶⁸.

56. Por fin, a lo largo del proceso de gestación de la norma se determinó que un Estado no podrá alegar inmunidad en aquel supuesto concreto en el que ese Estado, con infracción del Derecho internacional, adquiera derechos sobre unos bienes y los bienes así apropiados sean explotados por un organismo o institución de dicho Estado dedicado a actividades mercantiles en otro Estado⁶⁹.

VIII. La jurisprudencia en materia de inmunidad en relación con las transacciones mercantiles

1. Inmunidad de jurisdicción (remisión)

57. En la práctica totalidad de los supuestos en los que se ha planteado una posible inmunidad de jurisdicción en el ámbito de las transacciones mercantiles, se ha planteado –con carácter previo– la cuestión relativa al carácter mercantil de la controversia. Resultando que, si la cuestión fue calificada por el tribunal competente como mercantil, la inmunidad de jurisdicción fue denegada.

Siendo esto así, y en la medida en que en el epígrafe correspondiente al concepto de transacción mercantil (*supra* Ep. III) hemos hecho una amplia referencia a la jurisprudencia comparada en este ámbito, nos remitimos a lo allí dicho.

58. En la jurisprudencia española, aún sin ser muy abundante, cabe destacar el Auto de la AP de Madrid de 19.9.2007, en cuya virtud, se acepta la inmunidad de jurisdicción de Argentina en una acción relativa al pago de intereses de unos bonos emitidos por aquel país. En concreto, dice la AP:

⁶⁶ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 51.º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1999, Vol. II, 2ª Parte, pp. 170-174.

⁶⁷ El artículo 14.2 de la SIA británica también prevé una excepción similar a ésta para determinadas entidades estatales; es decir, prevé una excepción para que determinadas entidades estatales no puedan alegar inmunidad alegando estar bajo el amparo del Estado. En su interpretación, la *High Court (Queen's Bench Division)* determinó que los bancos centrales son entidades vinculadas al Estado y, en este sentido, no son personas jurídicas dotadas de personalidad jurídica propia a los efectos de aplicar este inciso (asunto *Grovit v. De Nederlandsche Bank and others*, 20.12.2005, [2006], *I. L. Pr.* 22, pp. 468-489).

⁶⁸ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (29 de abril-19 de junio de 1991)», Doc. A/46/10, *Anuario CDI*, 1991, Vol. II, 2ª parte, pp. 37-38.

⁶⁹ «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 51º periodo de sesiones», *Anuario CDI*, 1999, Vol. II, 2ª Parte, pp. 170-174.

«...se invoca en primer lugar como motivo de recurso el que el Juez de instancia no ha tenido en cuenta la irrevocabilidad de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción realizada por la República Argentina en el folleto de emisión de los bonos que son objeto de este proceso, parece sostenerse que habiéndose renunciado al privilegio de inmunidad de jurisdicción por la demandada, no puede mantenerse y revivirse dicha renuncia al ser la misma de carácter irrevocable, hemos de tener en cuenta sin embargo que la citada renuncia a la inmunidad de jurisdicción puede producirse en aquellos actos que no corresponden a la soberanía de estado que renuncia sino que son actos de mera gestión o tramitación económica, pero no a supuestos en que lo que se manifiesta es un poder claro de la soberanía del estado, como es la promulgación de legislación excepcional como consecuencia de una situación de crisis económica en el citado estado que obliga a la suspensión del abono de los intereses y a la transformación de los bonos emitidos por otros de mayor vencimiento y menor retribución por vía de intereses, por tanto sí sería válida la renuncia, a criterio de esta Sala, a la inmunidad de jurisdicción en cuanto a la vida y desarrollo normal de los bonos emitidos, esto es toda cuestión relativa al cálculo de los intereses que se generan a la fecha de vencimiento de los bonos ordinaria fijada en el contrato de emisión, y a todas las vicisitudes normales de la vida de estos bonos, estarían sometidos a la jurisdicción de los tribunales españoles en virtud de la renuncia hecha a la inmunidad de jurisdicción y al sometimiento expreso a los Juzgados y Tribunales de Madrid, pero lo que ha ocurrido en el presente caso no es algo relativo a la vida normal de la citada emisión de bonos, sino a la interferencia en dicha vida normal de una legislación excepcional promulgada por la República Argentina como consecuencia de esa situación económica excepcional a que antes hicimos referencia, y ello por tanto es un acto claro de soberanía del estado que no puede ser juzgado ni enjuiciado por tribunales extranjeros, debiendo plantear cuantas cuestiones crea convenientes ante la jurisdicción de los Tribunales de la República Argentina, por ello y en consecuencia necesariamente ha de decaer el motivo de recurso»⁷⁰.

2. Inmunidad de ejecución

59. Desde la perspectiva judicial española, el punto de partida en este contexto es el siguiente: «el art. 21.1 LOPJ y las normas de Derecho Internacional público a la que tal precepto remite, *no imponen una regla de inmunidad absoluta de ejecución* de los Estados extranjeros, sino que *permiten afirmar la relatividad de dicha inmunidad*, conclusión que se ve reforzada por la propia exigencia de la efectividad de los derechos que contienen el art. 24 CE y por la *ratio* de la inmunidad, que no es la de otorgar a los Estados una protección indiscriminada, sino la de salvaguardar su igualdad e independencia. Por consiguiente, la delimitación del alcance de tal inmunidad debe partir de la premisa de que, con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el ordenamiento interno, *desautorizan que se inejecute una Sentencia*; en consecuencia, una decisión de inejecución supondría en tales casos una vulneración del art. 24 CE»⁷¹. O dicho de forma más matizada: «una decisión de *no ejecución* de una sentencia habrá de apoyarse en la concurrencia de una causa prevista por una norma legal, *pero interpretada a su vez en el sentido más favorable a tal ejecución*»⁷².

60. Además, la *inmunidad de ejecución* se asienta sobre dos premisas:

(1) Son inmunes a la ejecución los bienes de las misiones diplomáticas y consulares⁷³. Y en su virtud, son inembargables las cuentas corrientes de titularidad del Estado extranjero en bancos situados en el territorio nacional afectados al desenvolvimiento de la actividad ordinaria de las misiones diplomáticas y consulares, «incluso si las cantidades depositadas en Entidades bancarias puedan servir también para la realización de actos en los que no está empeñada la soberanía del Estado extranjero, esto es, a la realización de actividades *iure gestionis* a las que puede no alcanzar la *ratio* de la inmunidad de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares»⁷⁴.

(2) Son inmunes a la ejecución los bienes de los Estados extranjeros que estén destinados a actividades *iure imperii*, pero no los destinados a actividades *iure gestionis*. Esta distinción es una cues-

⁷⁰ Auto AP de Madrid (Sección 18ª) núm. 192/2007 de 8 de noviembre (JUR 2007\325577).

⁷¹ STC 107/1992, de 1 de julio; STC 292/1994, de 27 de octubre; STC 18/1997, de 10 de febrero; STC 176/2001, de 17 de septiembre; ATC 112/2002, de 1 de julio.

⁷² STC 18/1997, de 10 de febrero.

⁷³ STC 107/1992, de 1 de julio; STC 292/1994, de 27 de octubre; STC 18/1997, de 10 de febrero; STC 176/2001, de 17 de septiembre.

⁷⁴ STC 107/1992, de 1 de julio.

ción de legalidad ordinaria, por lo que una posible recalificación de la naturaleza jurídica de los bienes embargables corresponde a la jurisdicción ordinaria⁷⁵.

En este último sentido, para llevar a cabo la efectiva ejecución de la sentencia, el juez debe adoptar todas las medidas legalmente posibles con la intensidad necesaria para remover la obstaculización que pueda producirse⁷⁶: no queda vinculado, ni mucho menos, por la calificación (de *iure imperii* o *iure gestionis*) que el Estado o la embajada pertinente hagan de sus bienes.

61. Sentado lo anterior, la jurisprudencia *constitucional* arroja una serie de supuestos ciertamente ilustrativos del alcance *restringido* de la inmunidad de *ejecución*. Así, por ejemplo, ha estimado correcta -en clave constitucional- la decisión de embargar las cantidades correspondientes a la devolución del IVA. Considerar razonadamente que las mismas provenían tanto de actuaciones *iure imperii* como de actividades privadas (operaciones comerciales o de cooperación) y considerar -también razonadamente- que, a diferencia de las primeras, las actividades privadas no gozan del privilegio de inmunidad de ejecución por no estar en ellas empeñada la soberanía de un Estado extranjero, constituye un razonamiento que no es susceptible de reproche alguno desde el prisma constitucional⁷⁷.

Del mismo modo, el TC ha aceptado -al menos implícitamente- el embargo de ayudas y subvenciones que el Estado del foro haya otorgado al Estado de la embajada afectada⁷⁸.

62. En interpretación de la jurisprudencia constitucional, el Tribunal Supremo ha sido especialmente estricto, pues ha negado expresamente la posibilidad de la embargar las cuentas corrientes de titularidad del Estado extranjero en bancos situados en el territorio nacional.

En palabras del TS: «Por ello es preciso decir, en principio que la ejecución de resoluciones judiciales forma parte del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna.

Pero, además, también cabe que un Tribunal adopte una decisión de inejecución de una resolución judicial, siempre que se haga motivadamente y con fundamento en una causa obstativa de la ejecución prevista por el ordenamiento.

En conclusión, hay que afirmar que la denegación de la ejecución no puede, pues, ser arbitraria no irrazonable, ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental.

Sobre el tema, y ya centrando la cuestión, hay que tener en cuenta el artículo 22.3 de la Convención de Viena de 1961 -de relaciones diplomáticas- y el artículo 31.4 de la Convención de Viena de 1963 -de relaciones consulares-, que establecen que la relatividad de la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros se asienta en la distinción entre bienes destinados a actividades «*iure imperii*» y bienes destinados a actividades «*iure gestionis*»; mas, con independencia de este criterio, los bienes de las misiones diplomáticas y consulares son absolutamente inmunes a la ejecución, en virtud de los Convenios de Viena de 1961 y 1963.

Y ya en concreto, por ello hay que proclamar la inembargabilidad de las cuentas corrientes de titularidad del Estado extranjero en bancos situados en el territorio nacional afectados al desenvolvimiento de la actividad ordinaria de las misiones diplomáticas y consulares, constituye la práctica internacional generalizada, de la que se deriva que la inmunidad de los Estados y de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares en materia de ejecución impide que la ejecución forzosa pueda dirigirse, dentro de los bienes que las misiones diplomáticas y consulares puedan tener en el Estado del foro, contra aquellas cuentas corrientes. Y ello incluso si las cantidades depositadas en Entidades bancarias puedan servir también para la realización de actos en lo que no está empeñada la soberanía del Estado extranjero, esto es, a la realización de actividades *iure gestionis* a las que puede no alcanzar la ratio de la inmunidad de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares. Esta eventualidad de que una cuenta corriente destinada a asegurar el funcionamiento de la misión diplomática, y consular del Estado extranjero pueda ser utilizada también para fines comerciales no justifica la exclusión de esa inmunidad de ejecución, y consecuente inembargabilidad, tanto por el carácter único e indivisible del saldo de la cuenta corriente, como por la imposibilidad de una investigación de las operaciones y de los fondos y destinos de los mismos en una cuenta corriente adscrita a una misión diplomática, lo que supondría una interferencia en la actividad de la misión diplomática, contraria a las reglas del Derecho internacional público»⁷⁹.

⁷⁵ STC 176/2001, de 17 de septiembre.

⁷⁶ STC 292/1994, de 27 de octubre; más explícitamente, STC 18/1997, de 10 de febrero.

⁷⁷ ATC 112/2002, de 1 de julio.

⁷⁸ STC 18/1997, de 10 de febrero. Con nota crítica al respecto de J. GONZÁLEZ VEGA, *REDI*, 1998/1, pp. 214-217.

⁷⁹ Auto TS (Sala de lo Civil) de 13.6.2005 (RJ 2005\7041).

63. En la jurisprudencia menor, y ciñéndonos al estricto ámbito de la jurisdicción civil, es ilustrativo traer a colación dos autos de la AP de Cádiz (anteriores en el tiempo al Auto del TS arriba citado, pero compatible con el mismo)⁸⁰. En ellos, y en virtud de esa diferenciación entre bienes susceptibles de ser o no embargados que corresponde a la jurisdicción ordinaria, se determina, por un lado, el carácter *inembargable* de una cuenta corriente donde se ingresa el dinero obtenido por el economato de la Base Naval de Rota –básicamente, por entender que el citado economato forma parte del Departamento de la Marina de los EEUU (órgano de los EEUU sin personalidad jurídica propia)– y, de otro, el carácter *embargable* de las cuentas de proveedores de los establecimientos del Sistema de reventas de la Marina⁸¹.

La AP de Madrid, por su parte, se acogió en su momento a una interpretación estricta de la inmunidad de ejecución, pues en el marco de una ejecución forzosa de un documento público extranjero –firmado entre una sociedad holandesa y el Banco Nacional de Cuba– declarado ejecutable vía Convenio de Bruselas de 1968⁸², la AP afirmó que: «al firmar el reconocimiento de deuda el Banco Nacional de Cuba actúa en el ámbito privado absolutamente desprovisto de cualquier condición o privilegio que la normativa administrativa pueda otorgarle, sometiéndose implícitamente a las disposiciones que rigen comúnmente esta clase de relaciones entre particulares, por lo que en este ámbito en modo alguno puede prevalerse de la inmunidad que pudieran derivar de los beneficios de inejecutabilidad o inembargabilidad que impetra»⁸³.

64. En la jurisprudencia francesa, la *Cour de cassation* ha determinado que unos bienes inmuebles utilizados –según el Estado demandado– para alojar a los miembros de su misión diplomática no constituyen bienes afectados de inmunidad de ejecución⁸⁴. Y es que, en la medida en que *no* son imprescindibles para el desarrollo de los servicios de la embajada, no pueden verse afectados de tal inmunidad. Para la Corte, la compra de bienes inmuebles para el alojamiento de personal de la embajada constituye una operación «*habituelle de gestion relevant du droit privé*».

65. La jurisprudencia suiza, por su parte, es conocida en el ámbito de la *inmunidad de ejecución* por exigir, para que ésta *no* sea tenida en cuenta, un nexo muy relevante entre la controversia y el país helvético (*intensive Binnenbeziehung*). De tal modo que si la controversia no presenta una vinculación intensa con el país, la inmunidad de ejecución debe interpretarse en sentido amplio. Como la misma jurisprudencia reconoce, el motivo para exigir esta estrecha vinculación no es otro que el de evitar cualquier tipo de dificultades, especialmente las de tipo político. Paradigmática en este sentido es la célebre sentencia del Tribunal Supremo suizo en el asunto *Libia v. Libyan American Oil Company (LIAMCO)*⁸⁵.

66. Por fin, la jurisprudencia británica en el estricto ámbito de la inmunidad de ejecución es digna de ser considerada. Contrasta con el Auto del TS Supremo anteriormente citado, pues, al contrario de lo que allí estableció nuestro Alto Tribunal respecto de la embargabilidad de las cuentas corrientes (*supra* 62), la sentencia de la *House of Lords* en el asunto *Alcom Ltd. c. Republic of Colombia*⁸⁶ vino a estimar que la inmunidad de ejecución opera únicamente como presunción; presunción que puede decaer en el caso de que la parte interesada demuestre que el Estado titular hubiera señalado que determinadas cantidades de esa cuenta están destinadas a la garantía de operaciones comerciales.

⁸⁰ Auto AP de Cádiz núm. 43/2004 de 8 de noviembre (JUR 2005\78179) y Auto AP de Cádiz núm. 42/2004 del mismo día (JUR 2005\78178). Sobre ambos autos *vid.* J. M. SÁNCHEZ PATRÓN, «La inmunidad de ejecución de los bienes del Estado extranjero: el caso Montasa / EE. UU.», *REDI*, 2005/1, pp. 171-185.

⁸¹ Esta última resolución sería, a mi juicio, compatible con el tenor del artículo 21 del Convenio.

⁸² Hoy Reglamento 44/2001 (R. 44 o Reglamento *Bruselas I*).

⁸³ Auto AP de Madrid núm. 483/2000 (Sección 12ª), de 19 de junio (AC 2000\2544). Una cuestión muy similar –aun sin abordar el tema de la inmunidad de ejecución– puede verse en el Auto AP de Madrid núm. 111/2005 (Sección 9ª), de 16 de mayo (JUR 2005\156261). En este supuesto se pretendía la ejecución forzosa de un auto dictado por un tribunal inglés ya reconocido en España.

⁸⁴ *Cour de cassation*, 25.1.2005, *Rev. Crit. DIP*, 2006, pp. 123-127.

⁸⁵ *Bundesgericht*, 19.7.1980, 106 IA 142 (www.bger.ch).

⁸⁶ *House of Lords*, 12.4.1984, *All ER*, 1984, Vol. 2, pp. 6-16.

Aunque se trata de una interpretación ciertamente aislada, la sentencia en cuestión llega a una conclusión más que aceptable; incluso en aplicación del artículo 21 del Convenio⁸⁷. Se trata, a mi juicio, de la postura más coherente en el marco de una interpretación restringida de inmunidad de *jurisdicción*.

IX. A modo de conclusión

67. La regla de *no* inmunidad para los procesos relativos a las transacciones comerciales que con carácter general proclama el artículo 10 del *Convenio de NU sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* tiene tres excepciones lógicas (transacción mercantil entre Estados, autonomía de la voluntad e implicación de una empresa estatal dotada de personalidad jurídica propia). Ninguna de ellas plantea mayores problemas en su aplicación.

El carácter siempre restrictivo que informa tales excepciones debe considerarse como el cauce adecuado de interpretación. Así lo ha entendido expresamente la jurisprudencia más reciente. Es por ello que la entrada en vigor del Convenio no debería suponer un cambio en la interpretación que dicha jurisprudencia ha venido manteniendo; al menos en lo que atañe al específico ámbito de la *inmunidad de jurisdicción*.

68. Cuestión distinta es la que respecta a la *inmunidad de ejecución*. Aunque ajena a la misma letra del artículo que regula el alcance de la inmunidad en las transacciones mercantiles –su regulación se encuentra en el artículo 21 del Convenio–, es lo cierto que su aplicación condiciona la eficacia misma del artículo 10. En este sentido, una interpretación estricta de aquel precepto puede llevar a considerar que cualquier cuenta bancaria utilizada por las misiones diplomáticas (con independencia de que en ella se señalen las cuantías destinadas a transacciones mercantiles) se considere como bien destinado a servicios públicos no comerciales.

69. Para relativizar el impacto de la futura entrada en vigor del Convenio en este ámbito pueden invocarse dos vías: la primera, consiste en alcanzar un acuerdo previo en virtud del cual se renunciaría a la inmunidad de ejecución –posibilidad implícitamente prevista en el párrafo 2 del artículo 21 del Convenio–. La segunda, aceptar y promover por coherente la jurisprudencia asentada por la *House of Lords* en su sentencia sobre el asunto *Alcom Ltd*.

⁸⁷ *Vid. supra* nota a pie 40.