
ESTUDIOS	Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del regolamento (Ce) n. 44/2001 FRANCESCO SALERNO	5
	The Rotterdam rules. Prelude or premonition? JOSÉ M ^a ALCÁNTARA GONZÁLEZ	25
	Bottom-up lawmaking and the regulation of private military and security companies STEPHANIE BROWN	44
	Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	73
	La <i>Kafala</i> islámica en España M ^a DEL PILAR DIAGO DIAGO	140
	Las reglas de Rotterdam (I) CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA	165
	El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT	186
	La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA	203
	Algunas cuestiones que plantea en DIPr la tutela de los trabajadores afectados por reestructuraciones de empresas MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ	233
	The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on Private International Law HANS VAN LOON	261
	La transformación de los mercados de servicios en Europa: el alcance de su impacto sobre el ordenamiento jurídico JOSÉ VIDA FERNÁNDEZ	268
	The 2003 revisions to the Commentary to the CECD Model on Tax Treaties and Gaars: a mistaken starting point JUAN JOSÉ ZORNOZA Y ANDRÉS BÁEZ	288

VARIA	La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa HILDA AGUILAR GRIEDER	308
	Propuestas de inclusión del arbitraje en el Reglamento 44/2001 MIGUEL GÓMEZ JENE	339
	Notas de urgencia sobre el principio de justicia universal y la reforma del art. 23.4 de la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre FRANCISCO MARTÍNEZ RIVAS	359
	Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho internacio- nal privado MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL	376
	Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel Diritto internazio- nale privato nazionale e dell'Unione Europea GIULIA ROSSOLILLO	403
	A incompatibilidade das anti-suit injunctions com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 – anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça de 10/2/2009 (c-185/07, Allianz e Generali v. West Tankers) – MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA	419

SOBRE <i>CDT</i>	Normas de publicación en la revista Cuadernos de Derecho Transnacional (<i>CDT</i>)	428
------------------	---	-----

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt

Directores

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
(Univ. Carlos III de Madrid)

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
(Univ. Murcia)

Secretaría de Redacción

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
(Univ. Extremadura)

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

MARÍA DEL PILAR DIAGO DIAGO
(Univ. Zaragoza)

DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO
(Univ. Complutense de Madrid)

FEDERICO F. GARAU SOBRINO
(Univ. Islas Baleares)

PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO
(Univ. Nacional de Educación a Distancia)

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
(Univ. Pablo de Olavide)

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
(Univ. Carlos III de Madrid)

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA
(Univ. Complutense de Madrid)

TITO BALLARINO
(Univ. Padova)

STEFANIA BARIATTI
(Univ. Milano)

JÜRGEN BASEDOW
(Max Planck Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht, Hamburg)

CRISTINA CAMPLIGIO
(Univ. Pavia)

JEAN-YVES CARLIER
(Univ. Louvain / Univ. Liège)

PIETRO FRANZINA
(Univ. Ferrara)

HELÈNE GAUDEMET-TALLON
(Univ. Paris II - Panthéon-Assas)

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
(Letrado DGRN)

STEFAN LEIBLE
(Univ. Bayreuth)

LUÍS DE LIMA PINHEIRO
(Univ. Lisboa)

ULRICH MAGNUS
(Univ. Hamburg)

PETER MANKOWSKI
(Univ. Hamburg)

HEINZ PETER MANSEL
(Univ. Köln)

DIETER MARTINY
(Univ. Frankfurt a.O.-Viadrina)

JESÚS R. MERCADER UGUINA
(Univ. Carlos III de Madrid)

RUI MANUEL MOURA RAMOS
(Univ. Coimbra)

HORATIA MUIR-WATT
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

DÁRIO MOURA VICENTE
(Univ. Lisboa)

JORGE OVIEDO ALBÁN
(Univ. La Sabana)

LUCIANO PAREJO ALFONSO
(Univ. Carlos III de Madrid)

CATHERINE PRIETO
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

JUANA PULGAR EZQUERRA
(Univ. Complutense de Madrid)

MARCOS SACRISTÁN REPRESA
(Univ. Valladolid)

FRANCESCO SALERNO
(Univ. Ferrara)

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO
(Univ. Carlos III de Madrid)

LUIS A. VELASCO SAN PEDRO
(Univ. Valladolid)

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.01

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 89 35

Correo electrónico: celiamaria.caamina@uc3m.es

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

Composición: Ulzama Digital - Universidad Carlos III de Madrid

ESTUDIOS

COORDINAMENTO E PRIMATO TRA GIURISDIZIONI CIVILI NELLA PROSPETTIVA DELLA REVISIONE DEL REGOLAMENTO (CE) N. 44/2001

FRANCESCO SALERNO

*Professore ordinario di Diritto internazionale
nell'Università di Ferrara*

Recibido: 03.01.2010 / Aceptado: 18.01.2010

Riassunto: Lo scritto esamina alcuni profili problematici del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 (“Bruxelles I”), quali emergono dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea e, in generale, dalla esperienza applicativa di tale strumento negli Stati membri dell’Unione. Un rilievo particolare viene riservato, nell’analisi, alle norme che presiedono al coordinamento dei procedimenti giudiziari pendenti in più Stati; delle norme, queste, che la dottrina tende poco opportunamente a porre in secondo piano rispetto ai “pilastri” della disciplina in discorso, rappresentati dalle regole sulla competenza giurisdizionale e sulla efficacia delle decisioni straniere. Nell’ottica della revisione del regolamento, avviata con la pubblicazione il 21 aprile 2009 del Libro verde della Commissione, vengono in particolare affrontate le difficoltà concernenti la regola sulla litispendenza (anche alla luce della pratica delle c.d. azioni “torpedo”), la disciplina della proroga espressa della competenza giurisdizionale e i rapporti del regolamento con l’arbitrato, il trattamento delle questioni preliminari, la valorizzazione della connessione fra cause come ragione idonea a privare il giudice della cognizione della domanda proposta avanti a lui e, infine, la regolamentazione della giurisdizione cautelare (specie in relazione al rapporto fra i provvedimenti provvisori emessi dal giudice della cautela e le decisioni del diverso giudice investito del merito della lite). Muovendo dall’esame di tali difficoltà, lo scritto si sofferma, con valutazioni e proposte, sulle soluzioni sin qui prospettate in relazione alla prevista riforma del regolamento.

Parole chiave: competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere, procedimenti giudiziari parallelamente pendenti in più Stati, proroga della competenza, arbitrato, provvedimenti provvisori e cautelari, unificazione e armonizzazione delle norme processuali.

Abstract: The paper deals with some of the critical features of the (EC) regulation no. 44/2001 of 22 December 2000 (“Brussels I”), as they emerge from the case law of the Court of Justice of the European Union and, more generally, from the practical operation of the regulation within the member States of the European Union. A special attention is paid, in the analysis, to the rules aimed at assuring the coordination of legal proceedings initiated in different States. The importance of these rules, although traditionally regarded as lesser if compared with the “pillars” of the regulation (i.e. the rules regarding jurisdiction and the recognition and enforcement of foreign judgments), should in fact be reassessed. Having in mind the revision of the “Brussels I” regulation, started with the publication of the Commission’s Green paper of 21 April 2009, the essay focuses in particular on the difficulties relating to the rule on *lis alibi pendens* (and the interplay between such rule and the so called “torpedo” actions), the legal regime of forum selection clauses, the relationship between the regulation and arbitration, the treatment of preliminary questions and related actions, and the rules regarding provisional and protective measures (especially in connection with the need of coordinating such measures with the decisions that another court, entitled to hear the merits of the dispute, has rendered or is likely to render on the matter). Based on the critical examination of these difficulties, the article provides a reasoned analysis of the solutions envisaged so far by authors and institutions within the framework of the debate surrounding the reform of the regulation, adding remarks and proposals.

Key words: jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments, parallel proceedings pending in different States, forum selection clauses, arbitration, provisional and protective measures, unification and harmonization of procedural rules.

Sommario: I. La “pari dignità” giurisdizionale degli Stati membri nell’attuale disciplina sul coordinamento delle azioni civili nello spazio. II. L’esigenza di una maggiore certezza del diritto con riguardo alla disciplina concernente: la litispendenza; la proroga della competenza e i rapporti con l’arbitrato; le questioni preliminari; la declinatoria di competenza per connessione privativa; la giurisdizione cautelare esorbitante. III. Le soluzioni formulate in vista della revisione del regolamento (CE) n. 44/2001. IV. Integrazione processuale in seno all’Unione europea e coordinamento della giurisdizione civile con Stati terzi. V. Conclusioni: il carattere tuttora “parziale” dello spazio giudiziario europeo.

I. La “pari dignità” giurisdizionale degli Stati membri nell’attuale disciplina sul coordinamento delle azioni civili nello spazio

1. L’attuale disciplina dell’Unione europea concernente il riparto della giurisdizione ed il riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale risale nella sostanza alla Convenzione di Bruxelles del 1968. La sua comunitarizzazione mediante il regolamento n. 44/2001 (adottato originariamente in base all’art. 65 del Trattato CE, ora art. 81 del Trattato sul funzionamento dell’UE, di seguito: TFUE)¹ non ne ha modificato l’architettura complessiva. Nel contempo, lo sviluppo della giurisprudenza della Corte di giustizia ma anche i limiti che essa incontra nel prospettare soluzioni uniformi spingono verso innovazioni radicali del modello originario. Il “Libro verde” sulla revisione del regolamento n. 44 pubblicato dalla Commissione il 21 aprile 2009² individua alcuni punti di criticità dell’attuale disciplina, offrendo delle ipotesi di riforma normativa che – se introdotte – segnerebbero un punto di svolta nella disciplina vigente.

Come è noto, questa regolamentazione uniforme si regge su tre cardini: titoli di giurisdizione, coordinamento delle azioni civili nello spazio e circolazione automatica delle decisioni. Per vero la dottrina ha posto l’accento sul primo e terzo cardine, come bene attesta la frequente qualificazione “doppia” della Convenzione, a sottolineare l’innovativa formulazione di regole uniformi sui titoli di giurisdizione tese a facilitare il riconoscimento automatico delle decisioni. Restava pur sempre in secondo piano la disciplina sul coordinamento delle azioni civili nello spazio, ritenuta quasi ancillare agli altri due. L’assunto di base restava ancorato al modello tradizionale delle regole internazionali – e quindi dell’Unione – uniformi in materia di criteri di giurisdizione: l’oggetto dell’obbligo resta la “delimitazione” (dall’alto) dello spazio di giurisdizione, senza mettere concettualmente in discussione la condizione di “pari” sovranità processuale di ciascuno Stato nella definizione delle forme e dei contenuti dell’azione civile esercitabile all’interno di quello spazio. Questo criterio non è stato incrinato dal regolamento n. 44, quanto invece da questo rinvigorito nell’ottica della “reciproca fiducia” nei riguardi della giustizia amministrata negli Stati membri (16° considerando). Difatti, se si esclude la procedura (relativamente) uniforme di efficacia delle decisioni, il regolamento contiene limitatissimi interventi di armonizzazione materiale del diritto processuale nazionale benché questi fossero consentiti in base all’art. 65, lett. c), del Trattato CE (ora art. 81, par. 2, lett. f) del Trattato UE).

Si deve peraltro tener presente che una perdurante condizione di sovranità nazionale in materia processuale resta pienamente funzionale allo spirito di “concorrenzialità” tra sistemi giuridici nazionali in forza del quale il soggetto privato è messo nella condizione di poter “scegliere” l’ordinamento nel qua-

¹ Si fa riferimento alla “versione consolidata” quale modificata per effetto del Trattato di Lisbona e pubblicata in *GUUE*, 9 maggio 2008, n. C 115, p. 47 ss.

² *Green Paper on the review of Council regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments and commercial matters*, doc. COM(2009) 175 final del 21 aprile 2009. Il documento era stato preceduto dalla pubblicazione nel settembre 2007 del rapporto che la stessa Commissione aveva commissionato al riguardo: B. HESS, TH. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, reperibile sul sito “Justice and Home Affairs” della Commissione europea, http://europa.eu/index_en.htm.

le (tentare di) avviare la propria azione civile per ragioni di convenienza fondate unicamente sull'assetto normativo di quel foro³. Tale fenomeno è viepiù accentuato dalla circostanza che, diversamente da alcuni atti delle istituzioni sulla cooperazione giudiziaria in materia civile⁴, il regolamento n. 44 non fa distinzioni circa la natura dell'azione civile intentata, ponendo così sullo stesso piano l'azione di condanna e l'azione di mero accertamento. Il risultato che ne discende è una esasperata concorrenzialità tra sistemi giuridici rispetto alla "stessa causa"⁵, col risultato di moltiplicare i fori non solo astrattamente competenti ma anche concretamente attivabili in ragione delle diverse opportunità offerte da ciascuno di essi. Proprio rispetto a questo fenomeno dovrebbe sovvenire il meccanismo del coordinamento delle azioni civili nello spazio costituito principalmente dagli istituti della litispendenza e connessione quali attualmente disciplinati dal regolamento n. 44. Ma come già osservato proprio l'asserzione di una "pari dignità" delle (diverse) azioni civili in concorrenza tra loro finisce col comporre la loro concorrenzialità (e conflittualità) in termini non sempre soddisfacenti.

La soluzione possa essere ricercata mirando principalmente alla semplificazione della procedura di efficacia delle decisioni straniere ed attingere loro la qualifica automatica di titolo esecutivo nel foro richiesto. A questo risultato si sono invero avvicinati alcuni regolamenti settoriali, ma a due condizioni: 1) stabilendo una serie di norme processuali minime "equivalenti" il cui rispetto è attestato dal giudice dell'ordinamento di origine del provvedimento; 2) spostando sul processo di esecuzione le eccezioni sollevabili nei confronti del titolo esecutivo straniero. In altri termini, i "vantaggi" inerenti alla rapidità di circolazione dei provvedimenti nazionali all'interno dell'Unione è fondata sulla armonizzazione "verso il basso" dei sistemi processuali nazionali e sul clima di reciproca fiducia che informa i rapporti tra gli Stati membri e gli operatori dei medesimi. Anche un approccio così apparentemente integrato lascia nella sostanza intatta la sovranità nazionale in materia processuale. Infatti, dovendo rispettare gli obblighi comunitari di delimitazione della giurisdizione e di circolazione automatica dei titoli esecutivi, lo Stato membro resta libero di definire la propria disciplina materiale in tema di processo civile e di misurarsi su tali basi in posizione di pari dignità con altri Stati. La composizione delle eventuali tensioni tra il nucleo essenziale della sovranità processuale di uno Stato membro e l'esecuzione di provvedimenti stranieri viene "spostata" nella fase del processo propriamente esecutivo, in specie per controllare se il titolo esecutivo straniero sia incompatibile con un'altra decisione presa nel foro richiesto.

2. Dunque, neppure i più avanzati regolamenti settoriali realizzano compiutamente quella "armonia dei giudizi" che dovrebbe caratterizzare lo "spazio giudiziario europeo". La maggiore difficoltà risiede nella persistente resistenza degli Stati a "cedere" la propria sovranità nella disciplina processuale e quindi anche a superare l'idea della "pari dignità" dei singoli sistemi nazionali nello spazio giudiziario europeo.

Al contrario, sia pure con difficoltà e cautele, si fa progressivamente strada il convincimento che proprio l'emergere nell'ambito dell'Unione europea di un autonomo sistema di diritto processuale civile internazionale impone che esso stesso persegua la certezza del diritto privilegiando una logica sempre più integrata e funzionale agli stessi obiettivi che quel sistema persegue. A tale logica deve flettersi il principio di territorialità della legge processuale, nel senso che un paese membro non può proteggersi con lo "scudo" del diritto nazionale, ma deve "cedere" la propria sovranità "giurisdizionale" a favore di un altro paese membro se il diritto internazionale o dell'Unione ne riconosce il "primato".

Questo tipo di valutazioni era già presente nelle tecniche di riparto della giurisdizione a proposito dei titoli di competenza esclusiva sanciti nell'originario art. 16 della Convenzione di Bruxelles e poi riproposti nell'art. 22 del regolamento (CE) n. 44/2001. Ma la loro rilevanza restava limitata, vuoi per una concordata valutazione degli Stati sullo stringente legame di prossimità che si esprime in tali fori esclusivi, vuoi perché in ogni caso il principio della pari dignità non veniva meno ogniqualvolta si delineavano più legami rispetto alla stessa circostanza di collegamento indicata come "esclusiva". In tale circostanza la concorrenza di procedimenti poteva essere composta solo attraverso il ricorso alla

³ Si tenga presente che l'art. 24 del regolamento n. 44 considera l'eventualità della c.d. "proroga tacita", vale a dire che l'azione sia stata intentata davanti al giudice dello Stato che non è munito di alcuna competenza e tuttavia la si afferma se il convenuto si costituisce in giudizio senza eccepire la carenza di giurisdizione.

⁴ Il riferimento attiene in particolare ai regolamenti (CE) n. 2201/2003 e n. 805/2004.

⁵ Circa la purificazione delle due azioni nell'applicazione della regola della litispendenza, v. *infra*.

regola generale in tema di litispendenza. Appare allora chiaro che il punto sensibile di questa tensione tra spazio giudiziario europeo e sovranità giurisdizionale degli Stati sia la disciplina sul coordinamento delle azioni civili nello spazio, appunto quel cardine che finora si era ritenuto meramente ancillare alla struttura “doppia” della disciplina prima convenzionale e poi comunitaria.

3. Proprio in relazione al meccanismo della prevenienza (rilevante tanto per la litispendenza che per la connessione), il regolamento (CE) n. 44/2001 ha introdotto una norma – l’art. 30 – che meglio evidenzia il modo in cui far valere soluzioni “autonome” che, pur rispettose del diritto nazionale, lo flettono alle esigenze proprie di certezza del diritto nello spazio giudiziario europeo. Superando il rinvio al diritto nazionale sancito dalla Convenzione di Bruxelles per stabilire il momento determinante per individuare la pendenza di un giudizio, l’art. 30 – riprendendo la soluzione inizialmente elaborata per l’art. 11, par. 4, del regolamento (CE) n. 1347/2000 e ribadita nell’art. 16 del regolamento (CE) n. 2201/2003 – impone al giudice prevenuto di fare riferimento alla “data” in cui si è verificato il primo contatto ufficiale tra lo Stato e l’attore nello spazio giudiziario europeo. In base alla regola uniforme, ciò che conta nel raffronto comparativo dei modelli processuali in giuoco ai fini dell’inizio del giudizio è la data del primo elemento di contatto tra l’attore e l’autorità giudiziaria, a prescindere dal modo in cui essa sia qualificata nei singoli ordinamenti processuali nazionali, vale a dire se già di per sé costitutiva dell’inizio del processo o solo prodromica ad essa.

II. L’esigenza di una maggiore certezza del diritto con riguardo alla disciplina concernente: la litispendenza; la proroga della competenza e i rapporti con l’arbitrato; le questioni preliminari; la declinatoria di competenza per connessione privata; la giurisdizione cautelare esorbitante

4. Si tratta di espandere una simile logica alle questioni più rilevanti in tema di coordinamento delle azioni civili nello spazio nelle quali la disciplina dell’Unione europea di armonizzazione della giurisdizione trovi ostacoli nella debolezza “strutturale” delle proprie soluzioni normative. Vediamo anzitutto quali sono i maggiori punti critici.

5. La litispendenza. – La disciplina della litispendenza nel regolamento n. 44 facilita abusi e inficia l’effettività della tutela giurisdizionale. È eclatante la c.d. pratica “torpedo” di “anticipare” il ricorso al giudice di uno Stato membro per chiedere l’accertamento negativo sulla validità dell’obbligo di cui invece la controparte è invece intenzionata a chiedere l’adempimento dinanzi ad altro giudice nazionale: quando si tratta dello stesso titolo⁶, la Corte riconosce la priorità del giudice nazionale preveniente quale che sia il *petitum* fatto valere. Con questa strategia “giurisdizionale”, la parte che esercita l’azione di accertamento negativo preclude l’instaurazione o la prosecuzione del giudizio di condanna in un altro Stato membro, data l’ampia nozione autonoma di litispendenza sviluppata dalla Corte di giustizia⁷. In tali condizioni viene quindi danneggiata la effettività della tutela del presunto avente diritto, tanto più perché – oltre a subire la *translatio iudicii* – finisce con l’essere succube dei tempi talora troppo lunghi della giustizia processuale del giudice preveniente. L’applicazione uniforme della attuale regola sulla litispendenza non consente eccezioni al giudice prevenuto, in specie con riguardo alla pur prevedibile durata “irragionevole” del giudizio preveniente⁸. Come è facile comprendere, questo elemento di valutazione si è affacciato più volte nella prassi con riferimento a controversie previamente pendenti in Italia, ma i giudici degli altri Stati membri e la stessa Corte di giustizia hanno ritenuto comunque ineludibile il rispetto della regola comunitaria sulla litispendenza estera, limitandosi a concedere provvedimenti cautelari⁹ oppure a suggerire un ricorso alla Corte europea dei diritti dell’uomo per violazione della regola

⁶ Non soccorre questa identità nella sentenza 14 ottobre 2004, causa C-39/02, *Maersk*, punto 35, in relazione ad un’azione di risarcimento del danno presentata dinanzi ad un giudice diverso da quello che in precedenza era stato adito per una domanda di limitazione della responsabilità: per la Corte la causa preveniente non implicava il riconoscimento della responsabilità oggetto della causa prevenuta.

⁷ Cfr. sentenza 8 dicembre 1987, causa 144/86, *Gubisch*, punto 16; sentenza 19 maggio 1998, causa C-351/96, *Drouot Assurances*, punti 19-25.

⁸ Sentenza 9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Gasser*, punti 71 e 72.

⁹ Landgericht Düsseldorf, 27 gennaio 1998, in *International Litigation Procedure*, 1999, p. 69.

sulla durata ragionevole del processo sancita dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito, CEDU)¹⁰.

6. La proroga della competenza e i rapporti con l'arbitrato. – Una problematica per certi versi affine si pone tra il foro prorogato e la competenza del giudice di un altro Stato, adito perché accerti proprio la validità dell'accordo di proroga. Per vero, la giurisprudenza della Corte di giustizia riconosce che “l'interpretazione della clausola attributiva di competenza, al fine di determinare le controversie che rientrano nel suo campo di applicazione, spetta al giudice nazionale dinanzi al quale essa è invocata”¹¹. Perciò il giudice designato nella proroga è anche quello competente in via esclusiva “nel caso in cui con l'azione venga richiesta in particolare la declaratoria di nullità del contratto che contiene la detta clausola”¹². Per coerenza con tale affermazione lo stesso giudice prorogato dovrebbe essere il solo competente a conoscere di una domanda di mero accertamento¹³ ovvero dell'azione di annullamento di un contratto e relative conseguenze¹⁴. Ed invece accade sovente il contrario, con conseguente aggiramento del foro esclusivo.

Questo profilo si coniuga in parte con l'altra, ben più rilevante, questione relativa ai rapporti tra giudice nazionale ed arbitrato. Benché la materia dell'arbitrato sia esclusa dalla disciplina dell'Unione europea, la Corte di giustizia non ha potuto evitare di prenderne in esame le connessioni con il processo civile in uno Stato membro, sia pure manifestando diversità di posizioni al riguardo. Nella sentenza 25 luglio 1991, causa C-190/89, *Marc Rich*, ragionando dunque sulla Convenzione di Bruxelles e riprendendo i termini della relazione Schlosser alla Convenzione di adesione del 1979¹⁵, la Corte aveva precisato che la disciplina convenzionale non comprendeva la materia dell'arbitrato “nel suo complesso” e dunque escludeva che la questione preliminare sulla esistenza e validità della clausola compromissoria a favore dell'arbitro (estero) rientrasse nel campo di applicazione della Convenzione¹⁶. La Corte argomentava che, in caso contrario, si sarebbe pregiudicato il fine della certezza del diritto, perché il limite in questione avrebbe operato in modo differente “a seconda dell'esistenza o meno di una questione preliminare, che può essere sollevata in qualsiasi momento dalle parti”¹⁷. Con tale pronuncia la Corte ha voluto assicurare il carattere uniforme della Convenzione, escludendo che attraverso l'esame della questione pregiudiziale quale “oggetto” autonomo del processo civile si potesse sconfinare oltre il campo di applicazione della Convenzione. L'indicazione della Corte, per quanto pregiudicasse il ricorso al quadro normativo dell'Unione, trovava conforto nelle perduranti divergenze tra gli ordinamenti nazionali circa il modo di intendere la funzione arbitrale¹⁸ e permetteva nel contempo all'arbitrato di preservare la propria piena autonomia.

Questa impostazione è stata tuttavia oggetto di ripensamento da parte della stessa Corte di giustizia.

In primo luogo, la “indifferenza” del regolamento n. 44 verso l'arbitrato non preclude una decisione pronunciata in uno Stato membro in violazione di una clausola compromissoria: la mancata attuazione della Convenzione di New York (cui aderiscono tutti gli attuali Stati membri dell'Unione europea) può in tali circostanze giustificarsi ai sensi della stessa disciplina convenzionale se l'eccezione non è stata fatta valere nel procedimento di merito dinanzi al giudice che ha pronunciato la sentenza¹⁹. Lo

¹⁰ Oberlandesgericht München, 2 giugno 1998, in *International Litigation Procedure*, 1999, p. 291 ss.

¹¹ Sentenza 3 luglio 1997, in causa C-269/95, *Benincasa*, punto 31; già prima sentenza 10 marzo 1992, causa C-214/89, *Duffryn plc.*, punto 37; sentenza 9 novembre 2000, causa C-387/98, *Coreck Maritime GmbH*, punto 30.

¹² Sentenza 3 luglio 1997, cit., punto 32.

¹³ Gerechtshof Amsterdam, 6 ottobre 1994, in *European Case Law on the Judgments Convention*, a cura di P. KAYE, Chichester, 1998, n. 701.

¹⁴ *Contra*: Cour de cassation, 25 gennaio 1983, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1983, p. 516 ss.

¹⁵ P. SCHLOSSER, “Relazione sulla Convenzione di adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nonché al Protocollo relativo alla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia”, in *GUCE*, 5 marzo 1979, n. C 59, p. 71 ss., punto 62.

¹⁶ Sentenza 25 luglio 1991, cit., punto 18.

¹⁷ *Ivi*, punto 27.

¹⁸ Circa la giurisprudenza italiana che nega la funzione giurisdizionale dell'arbitrato: Cassazione, 10 luglio 2003, n. 10896, in *Foro italiano*, 2004, I, c. 1192.

¹⁹ Cfr. Cour de cassation, 14 novembre 2000, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2001, p. 174 ss.

Stato richiesto per l'esecuzione della decisione non si renderebbe in tal modo complice della violazione della Convenzione di New York e sarebbe nel contempo obbligato ad applicare il regolamento n. 44, che così indirettamente estende la propria disciplina alla circolazione di decisioni su questioni inerenti all'oggetto del procedimento arbitrale o a questo connesse. Ciò vale ovviamente nei limiti in cui il procedimento arbitrale non sia incompatibile con altre norme sovranazionali come in particolare avviene in materia di contratti dei consumatori²⁰.

Inoltre, con la sentenza *Van Uden*²¹, la Corte di giustizia ha insinuato deliberatamente la disciplina convenzionale e quindi comunitaria nella fattispecie arbitrale, asserendo che il giudice statale ha senz'altro competenza nell'adozione di provvedimenti cautelari ora ai sensi dell'art. 31 del regolamento n. 44, atteso che "la loro appartenenza al campo di applicazione [del regolamento] è ... determinata non già dalla loro natura, bensì dalla natura dei diritti che essi devono tutelare"²².

Ancora più intrusiva – infine – l'indicazione giurisprudenziale che emerge dalla recente sentenza *Allianz*²³, in cui la Corte di giustizia era chiamata a valutare se fosse conforme al diritto dell'Unione la prassi processuale britannica di adottare la *anti-suit injunction* che intima alla parte di un procedimento arbitrale con sede nel Regno Unito di desistere dal ricorso al giudice di un altro Stato membro per contestare la validità della clausola compromissoria. La Corte, volendo ribadire la sentenza *Turner*²⁴ contraria in linea di principio alla *anti-suit injunction* perché, pur rivolta alla parte, costituisce una ingerenza sulla competenza del giudice straniero lesiva della reciproca fiducia che deve caratterizzare i rapporti tra autorità giudiziarie nazionali²⁵, ha asserito che il giudice nazionale di uno Stato membro diverso da quello di sede dell'arbitrato è comunque competente a conoscere sulla validità della clausola compromissoria²⁶, perché in ogni caso l'oggetto è inerente alla natura dei diritti controversi rispetto ai quali si applica il regolamento n. 44.

Sono note le molte reazioni critiche espresse da più parti in direzione della sentenza *Allianz*. Francamente non si comprende questo atteggiamento, se comparato all'assenza di analoghe reazioni dopo la sentenza *Van Uden* di cui la sentenza *Allianz* non è altro che un logico corollario. Vero è che l'oggetto della sentenza *Van Uden* riguardava un tema – quello dei provvedimenti cautelari – su cui gli arbitri non hanno notoriamente competenza. Così non turbava che la Corte di giustizia asserisse quanto fosse di pertinenza del giudice statale. Ma, a prescindere dal fatto che il contenuto del provvedimento cautelare può anche non essere funzionale all'arbitrato, sfuggiva soprattutto la sovrapposizione che la Corte configurava rispetto alla materia oggetto dell'arbitrato e da cui poi è scaturita la competenza del giudice nazionale a conoscere anche della controversia sulla validità della clausola compromissoria.

Nella sentenza *Allianz*, la Corte porta alle logiche conseguenze l'indirizzo assunto nella sentenza *Van Uden*, rovesciando sostanzialmente la giurisprudenza *Marc Rich* perché allarga la giurisdizione nazionale anche all'accertamento della questione preliminare del patto compromissorio. Ne consegue una diversa posizione della disciplina dell'Unione europea sul fenomeno dell'arbitrato, di modo che dall'originario atteggiamento di indifferenza si perviene ad ammettere una vera e propria concorrenzialità della giurisdizione nazionale rispetto all'arbitrato, senza peraltro che il regolamento disciplini in alcun modo il coordinamento dei relativi procedimenti.

7. Le questioni preliminari. – Manca nel regolamento (CE) n. 44/2001 una disciplina autonoma della giurisdizione sulla questione preliminare, nonostante l'implicito richiamo contenuto nell'art. 25. In alcuni ordinamenti nazionali, essa può ricevere un differente trattamento processuale, secondo che emerga come valutazione meramente incidentale rispetto all'oggetto della lite o pregiudiziale ad essa. In entrambi i casi è ben presente il rischio di una interferenza sui criteri sovranazionali di giurisdizione ed il loro coordinamento, avendo il giudice adito bisogno di svolgere una valutazione di natura (*lato sensu*) preliminare su una questione che non rientra nella portata applicativa del titolo su cui si fonda la

²⁰ Corte di giustizia, 26 ottobre 2006, causa C- 168/05, *Mostaza Claro*, punto 30.

²¹ 17 novembre 1998, causa C-391/95.

²² Ivi, punto 33.

²³ 10 febbraio 2009, causa C-185/07.

²⁴ 27 aprile 2004, causa C-159/02.

²⁵ Ivi, punti 27 s.

²⁶ Sentenza 10 febbraio 2009, cit., punto 27.

domanda principale. La rilevanza pratica della questione è oltretutto evidenziata dall'esito della sentenza *Allianz*, in cui la Corte ha ammesso che il giudice adito possa conoscere della questione preliminare rispetto ad una materia – l'arbitrato – esclusa dal campo di applicazione materiale del regolamento.

All'interno del sistema di riparto sovranazionale della giurisdizione la Corte ha fatto valere nel caso *GAT* i titoli di competenza esclusiva rispetto all'oggetto della questione preliminare, se evocata con eccezione di parte²⁷. Un motivo plausibile di questo orientamento è la mancanza di una regola uniforme circa gli effetti della cognizione *incidenter tantum*, non potendosi escludere che nello Stato del foro essa assurga a valore di giudicato "implicito", col rischio di aggirare la regola uniforme sulla competenza esclusiva. La soluzione prefigurata dalla Corte nel caso *GAT* ha trovato riscontro nella nuova Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007, con l'introduzione di un apposito capoverso nell'art. 22, n. 4, che ribadisce la competenza esclusiva del giudice del brevetto a stabilirne la validità, a prescindere dal fatto che la questione sia sollevata in via di azione o di eccezione. Benché non prescritto formalmente, lo stesso criterio dovrebbe valere per le altre controversie rientranti nell'art. 22, col risultato di moltiplicare i fori competenti con relativi problemi di coordinamento e di armonia dei giudizi.

8. La declinatoria di competenza per connessione privativa. – Un parziale rimedio ai problemi richiamati potrebbe sovvenire dall'art. 28 del regolamento n. 44 che disciplina la connessione privativa in relazione alla eventualità che cause distinte possano dar luogo a decisioni incompatibili per il modo in cui si sovrappongono le relative determinazioni. Il suo funzionamento ha fatto però emergere vari limiti.

In primo luogo, sull'operatività della regola generale (art. 28, par. 1), che configura la facoltà del giudice prevenuto di sospendere la propria causa in attesa che il giudice preveniente su pronunci sulla domanda che pende dinanzi a lui. La sospensione è testualmente facoltativa, in modo da lasciare al giudice prevenuto un certo margine di discrezionalità per escluderla, ma motivatamente²⁸. Negli ultimi tempi, i giudici nazionali manifestano una certa cautela ad applicare questa regola, quando invece in passato la si osservava quasi automaticamente²⁹ per ridurre il grado di imprevedibilità dell'effetto privativo³⁰, tanto che nell'ordinamento italiano veniva richiamata – come per la litispendenza – la sospensione "necessaria" ex art. 295 cod. proc. civ. L'ampliamento dell'Unione che pone a contatto diretta realtà nazionali assai diverse e lontane tra loro può aver influito sull'atteggiamento attuale di maggior cautela.

Ancora più critico è il coordinamento sul piano processuale dell'art. 28, par. 2, che configura la declinazione della competenza da parte del giudice prevenuto qualora entrambi i giudizi siano in primo grado e sempre che – a parere del giudice medesimo – sia possibile la riunificazione delle cause dinanzi al giudice preveniente. Questa disposizione presenta due limiti.

Anzitutto la *translatio iudicii* non opera nel presupposto di norme uniformi in tema di connessione attributiva. All'infuori di alcune ipotesi specifiche (come l'art. 6, n. 2, n. 3 e n. 4), il regolamento stabilisce all'art. 6, n. 1 la regola generale sul titolo di connessione facendo riferimento non a legami sostanziali astrattamente precostituiti tra classi di fattispecie in considerazione del tipo di interessi in giuoco nelle rispettive domande, ma al legame esistente tra gli "effetti" delle potenziali decisioni tra le cause connesse. Perciò la Corte di giustizia ha operato una interpretazione autonoma dell'art. 6, n. 1³¹, formulando una duplice puntualizzazione di segno però opposto. Da un lato, nella sentenza *Freeport* ha opportunamente esteso l'art. 6, n. 1, anche alla connessione tra domande aventi un titolo giuridico differente, in specie contrattuale ed extra-contrattuale³². Dall'altro, nella sentenza *Roche* ha sostenuto l'impossibilità di invocare l'art. 6, n. 1, in cause che presentavano una obiettiva comunanza di questioni di diritto relativamente alla tutela del brevetto europeo senza però che le relative decisioni presentassero – a suo dire – potenziali effetti incompatibili, dato che, in base al criterio del *locus damni*, i danni

²⁷ Sent. 13 luglio 2006, causa C-4/03, punto 25.

²⁸ Cfr. Cour de cassation, 27 aprile 2004, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2004, p. 810.

²⁹ Cfr. High Court, 31 gennaio 1990, *Virginia Aviation Services Ltd. v. CAD Aviation Services*, in *Repertorio della giurisprudenza di diritto comunitario*, Serie D, Convenzione 27 settembre 1968, pubblicato a cura della Corte di giustizia delle Comunità europee, I-22 - B 10; Cour de cassation, 27 ottobre 1992, in *Clunet*, 1994, p. 172.

³⁰ Cfr. House of Lords, 13 novembre 1997, *Sarrjo SA c. Kuwait Investment Authority*, in *All ER*, 1997, 4, p. 934.

³¹ Sentenza 13 luglio 2006, causa C-103/05, *Reisch Montage*, punti 27 e 31.

³² Sentenza 11 ottobre 2007, causa C-98/06, punti 38 ss.

paventati dalla sua violazione erano riconducibili a più ordinamenti³³. Non convincono le ragioni di economia processuale che la Corte ha evocato, ritenendo svantaggioso per l'attore concentrare le cause dinanzi al medesimo giudice³⁴. È invece maggiormente plausibile che l'indirizzo restrittivo dipenda dalla preoccupazione della Corte di non distogliere il convenuto dal suo giudice "naturale"³⁵. Invero questa preoccupazione è presente puntualmente – ed eccezionalmente – nel solo art. 6, n. 2, oltre che sottraendo i fori esaustivi alla *vis attractiva* dell'art. 6, n. 1. Negli altri casi il principio di ponderazione dei valori deve essere coerente con lo scopo primario del regolamento n. 44 che è la certezza del diritto mediante l'armonia dei giudizi. Invece, la prudenza giudiziaria riduce le opportunità di concentrazione dei giudizi in base a criteri uniformi e dunque riassume in buona parte il fenomeno della connessione nel diritto processuale nazionale col risultato di determinare soluzioni divergenti tra giudici nazionali.

Vero è che questa concentrazione attraverso l'art. 6, n. 1, non è molto favorita dalla disciplina dell'Unione europea sulla connessione privativa regolata dall'art. 28, in specie dal par. 2 che configura la *translatio iudicii* a favore del giudice preveniente se richiesta da una delle parti. Vi si può ricorrere nel presupposto degli effetti "incompatibili" che il giudice prevenuto prognostica quali possibili rispetto a quelli che deriveranno dalla futura decisione del giudice preveniente. A favorire tale prognosi sovviene certamente la progressiva armonizzazione delle norme di conflitto a livello dell'Unione. Ad ostacolarla, è la mancata armonizzazione delle regole processuali nazionali con riguardo vuoi alla "sfera" di efficacia oggettiva della decisione³⁶ cui ricondurre gli effetti incompatibili, vuoi all'opportunità di esercitare la *vis attractiva* del giudice preveniente³⁷. Per affrontare il secondo genere di difficoltà sarebbe stato pertanto opportuno un meccanismo processuale che condizionasse la declinazione della competenza alla previa determinazione favorevole del giudice preveniente circa la coincidenza della valutazione prognostica e l'opportunità che il proprio diritto nazionale consenta la riunificazione delle cause.

Entro certi limiti può essere utile evocare la disciplina dell'Unione europea sulla litispendenza. L'art. 27 prevede che il giudice prevenuto, accertata d'ufficio la condizione di litispendenza, deve semplicemente "sospendere" il proprio procedimento per attendere l'esito dell'accertamento della competenza da parte del giudice preveniente: il trattamento processuale della litispendenza offre così la certezza che alla declinazione della causa prevenuta sia già corrisposta la determinazione favorevole da parte del giudice preveniente. L'art. 19, par. 1, del regolamento (CE) n. 2201/2003 riconduce la connessione alla medesima disciplina della litispendenza in considerazione della stretta afferenza dell'oggetto delle domande connesse alla sola materia matrimoniale. Ne consegue che sia per la litispendenza che per la connessione ha luogo la sospensione della causa ad opera del giudice prevenuto. La parte attrice della causa prevenuta "può promuovere" l'azione connessa dinanzi all'autorità preventivamente adita solo dopo che detta autorità abbia accertato la competenza. In questa disciplina, la *translatio iudicii* è rispettosa del diritto di accesso alla giustizia perché il giudice preveniente dichiara preventivamente la propria competenza che si estende anche sull'oggetto della causa connessa.

Nel regolamento n. 44 la declinazione di competenza opera, ex art. 28, par. 2, su istanza di una delle parti, ma la devoluzione al giudice preveniente può avvenire solo se la parte istante o l'altra parte si attivi per proporre apposita domanda. Ove si manifesti una simile iniziativa, nulla assicura che il giudice preveniente la accolga, in considerazione della propria autonoma valutazione prognostica e sulla possibilità di una riunificazione dei procedimenti. Va da sé che il diniego di accoglimento della domanda connessa si tradurrebbe in un diniego di giustizia attribuibile all'ordinamento dell'Unione europea in considerazione del meccanismo processuale da quello imposto al giudice nazionale.

9. La giurisdizione cautelare esorbitante. – L'ultimo profilo di criticità da considerare è il coordinamento tra il giudizio di merito in un paese membro e la c.d. giurisdizione cautelare "esorbitante", così definita perché prevista dal diritto nazionale di un altro paese membro. L'attuale art. 31 del regolamento n. 44 ricalca alla lettera l'art. 24 della Convenzione di Bruxelles; perdura dunque il rinvio al diritto nazionale.

³³ Sentenza 13 luglio 2006, causa C-539/03, punti 29 ss.

³⁴ Ivi, punti 36 ss.

³⁵ Cfr. E. D'ALESSANDRO, *La connessione tra controversie transnazionali. Profili sistematici*, Torino, 2008, p. 62 s.

³⁶ Su cui v. anche *infra*.

³⁷ E. D'ALESSANDRO, op. cit., p. 46 ss.

La Corte di giustizia si è finora impegnata principalmente a delimitare la nozione di provvedimento cautelare ed a offrire alcune indicazioni restrittive circa il legame territoriale necessario per l'impiego di questo foro esorbitante. Per quanto la prassi giudiziaria nazionale mostri di aver colto almeno in parte le indicazioni della Corte, l'esercizio di questo foro esorbitante occupa tuttora dei confini molto più ampi di quelli prefigurati nell'art. 20 del regolamento (CE) n. 2201/2003, aggravando sotto diversi profili le difficoltà di coordinamento con l'esercizio della giurisdizione di merito e soprattutto con la relativa decisione.

La stessa Corte di giustizia ha consentito la "circolazione" dei provvedimenti cautelari "esorbitanti" nello spazio giudiziario europeo se rispettosi dei diritti di difesa, senza porsi però il problema del coordinamento con la circolazione della decisione di merito afferente alla stessa causa. La posizione del foro cautelare "esorbitante" risulta altresì rafforzato dalla sentenza *Italian Leather*, in cui la Corte ha ritenuto che la decisione assunta in tale foro di rigettare la domanda di un provvedimento cautelare ostava all'esecuzione del provvedimento cautelare rilasciato dal giudice di merito straniero³⁸. Tale affermazione – se non circoscritta alla richiesta di esecuzione del provvedimento cautelare straniero – potrebbe dunque giustificare che l'esercizio della giurisdizione cautelare esorbitante in uno Stato membro – come anche l'efficacia in quel foro di un provvedimento cautelare straniero diverso da quello dello Stato competente per il merito – osti all'efficacia della sentenza di merito di diverso tenore in ragione della sua incompatibilità. Ciò costituisce un *vulnus* radicale alla circolazione delle decisioni secondo il sistema di riparto della giurisdizione tra gli Stati membri, compresi pure i c.d. fori esclusivi o esaustivi.

III. Le soluzioni formulate in vista della revisione del regolamento n. 44/2001

10. La natura dei problemi emersi in relazione all'attuale disciplina sul coordinamento delle azioni civili nello spazio investe vari profili di certezza del diritto. Per quanto diverse tra loro, le problematiche evidenziate presentano un comune difetto strutturale: l'assenza di un adeguato coordinamento normativo e processuale tra i sistemi processuali e le autorità giudiziarie dei paesi membri.

La Corte di giustizia è divenuta negli ultimi tempi molto più consapevole di queste difficoltà, ma elude soluzioni pretorie destinate ad incidere sul diritto processuale nazionale. Essa, così, preferisce incoraggiare la cooperazione "orizzontale" tra i giudici nazionali³⁹, se del caso rafforzando l'impiego degli strumenti elettronici⁴⁰. Indubbiamente va favorito il dialogo tra le autorità giudiziarie a vario titolo competenti a definire "empiricamente" soluzioni armonizzate, sfruttando nei limiti del possibile le opportunità offerte dal diritto processuale dei singoli Stati. Il potenziamento della "rete" di cooperazione giudiziaria in materia civile⁴¹ specie in questa prospettiva va senz'altro perseguito. Tuttavia, pur non trascurando l'obiettivo importanza ed utilità di questo sistema di comunicazione tra giudici nazionali, restano seri dubbi che esso sia sufficiente a risolvere in modo uniforme e soprattutto "prevedibile" tutte le questioni prospettate.

11. Insorgono in proposito due tipi di ostacoli. Anzitutto la flessibilità applicativa che potrebbe essere posta in atto dal giudice nazionale è pur sempre condizionata dal rispetto dovuto alla propria legge processuale. Nel coordinamento "orizzontale" tra legislazioni nazionali non vi sono quei supporti ermeneutici "gerarchici" che invece si configurano nel coordinamento "verticale" tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale. Si pensi alla c.d. presunzione di conformità, alla dottrina dell'effetto utile e infine al criterio della "disapplicazione" della norma interna configgente. È quindi in ogni caso risolutivo il vincolo posto dalla *lex fori*. Si faccia il caso del giudice italiano adito con domanda di accertamento negativo preventivo sulla validità del contratto presentata prima della domanda di condanna dinanzi al giudice di altro Stato membro: egli sarà in ogni caso tenuto ad esaminarla.

³⁸ Sentenza 6 giugno 2002, causa C-80/00, *Italian Leather SpA*, punto 50.

³⁹ Cfr. sentenza 2 aprile 2009, causa C-523/07, *A*, punti 62 ss.

⁴⁰ Aspetto richiamato in modo particolare dal Civil Justice Council, "Response to Commission Green Paper: On the Review of Council Regulation (EC) No 44/2001 On Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial matters", nel sito "Justice and Home Affairs" della Commissione europea, http://europa.eu/index_en.htm, p. 15.

⁴¹ Decisione n. 2001/470/CE del 28 maggio 2001, in *GUUE*, 27 giugno 2001, n. L 174, p. 25 ss., di recente riformata per effetto della decisione n. 568/2009/CE del 18 giugno 2009, ivi, 30 giugno 2009, n. L 168, p. 35 ss.

Nei termini in cui esiste una certa flessibilità applicativa *infra o praeter legem*, il coordinamento diretto tra autorità giudiziarie nazionali non può che essere empirico e causale. Ciò ne rende scarsamente prevedibile l'esito, tanto più nel contesto di un'Unione europea che si allarga progressivamente chiamando le autorità giudiziarie nazionali a confrontarsi con sistemi processuali assai diversi tra loro. Ne consegue che il coordinamento "empirico", se può essere in grado di risolvere alcune difficoltà, senz'altro non assicura la "prevedibilità" delle soluzioni e quindi la certezza del diritto che in tema di diritto d'azione persegue il regolamento n. 44 e più in generale l'attuale art. 81 del TFUE.

12. Occorrono quindi modifiche del regolamento n. 44 che lo rendano idoneo a coordinare l'esercizio della giurisdizione in modo unitario ed uniforme, comprimendo – sia pure nei limiti consentiti dai criteri di proporzionalità e di sussidiarietà⁴² – la sovranità processuale degli Stati membri.

Le alternative possono essere due. La prima, radicale, è quella di introdurre norme processuali "materiali" armonizzate a livello dell'Unione europea, grazie alle quali i singoli sistemi nazionali ritrovino meglio le condizioni "orizzontali" di coordinamento. Si tratta però di una soluzione troppo ambiziosa e – al limite – neppure sempre giustificabile alla luce dei criteri di proporzionalità e sussidiarietà. Una seconda soluzione lascerebbe sostanzialmente intatto il diritto processuale nazionale dei singoli Stati, ma ne fletterebbe l'applicazione con norme sovranazionali di diritto processuale civile internazionale nelle circostanze rispetto alle quali si profilano questioni di coordinamento interne all'Unione. L'impatto di questa disciplina uniforme sulle fattispecie che presentano legami con Stati estranei all'Unione dipenderà dalle scelte che l'Unione stessa farà al riguardo⁴³. In assenza di tale determinazione, resterebbe una questione del tutto interna allo Stato decidere se apprestare (ove già non lo fosse) il proprio sistema "comune" di diritto processuale civile internazionale in termini paralleli alla disciplina operante nell'ambito dell'Unione.

Per le ragioni inizialmente richiamate, i relativi accorgimenti vanno trovati in una modifica della disciplina dell'Unione europea sul coordinamento delle azioni civili nello spazio che consenta di "orientarne" l'esito in relazione a finalità ben precise.

13. La litispendenza. – I correttivi proposti all'attuale disciplina della litispendenza sono di varia natura. Alcuni mirano ad assicurare maggiori condizioni di certezza sull'applicazione concreta dell'attuale meccanismo. Il libro verde della Commissione prospetta l'esigenza di una puntualizzazione, peraltro insita nella attuale *ratio* normativa, nel senso che il criterio della provenienza opera a favore dello Stato nel quale si è verificato il primo contatto con l'autorità investita della domanda⁴⁴. Significativa importanza pratica assumerebbe altresì l'ipotesi di annotare il momento esatto in cui avviene tale notificazione o deposito, in modo da evitare l'attuale litispendenza tra cause iniziate lo stesso giorno⁴⁵. Un'ulteriore razionalizzazione *interna* all'attuale disciplina sarebbe l'obbligo per il giudice preveniente di "comprimere" i tempi di accertamento della propria competenza. Già l'art. 15, par. 5, del regolamento (CE) n. 2201/2003 impone un termine di sei settimane per l'ipotesi in cui il giudice competente ad esaminare questioni relative al minore devolva la propria competenza ad altra autorità più adatta a trattare il caso nell'interesse del minore. Senza pervenire ad una tale regola materiale uniforme, il regolamento n. 44 potrebbe imporre all'autorità giurisdizionale preveniente di decidere sulla propria competenza "senza indugio" vale a dire con un rito celere. Riproponendo la formula già prevista dall'art. 45, par. 1, dello stesso regolamento n. 44 a proposito del giudizio di accertamento sui requisiti di efficacia della decisione straniera, il diritto dell'Unione europea farebbe proprio il principio relativo alla durata ragionevole del processo di cui all'art. 6 della CEDU. Questo valore è stato acquisito dalla Corte di giustizia nell'ambito del processo innanzi alle istanze giudiziarie dell'Unione, in specie con riferimento alla durata del processo dinanzi al Tribunale di primo grado⁴⁶. Una regola europea uniforme che imponga al giudice nazionale di pronunciarsi "senza indugio" sulle questioni di litispendenza, ridurrebbe il rischio

⁴² Cfr. l'art. 5 del Trattato di Unione europea come modificato dal Trattato di Lisbona.

⁴³ V. *infra*.

⁴⁴ *Green Paper on the review of Council regulation (EC) No 44/2001*, cit., par. 5.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Cfr. sentenza 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, *Baustahlgewebe*, in *Raccolta*, 1998, p. I-8496, punti 20 e 21; sentenza 15 ottobre 2002, causa C-238/99 P e altre, *Limburgse Vinyl Maatschappij Nv*, ivi, 2002, p. I-8583 ss.

che la disciplina dell'Unione sul coordinamento delle azioni civili contribuisca alla durata "irragionevole" del processo.

Altre proposte di modifica del regolamento n. 44 si muovono nel senso di ridurre l'impiego "abusivo" della regola sulla litispendenza, introducendo una serie di correttivi al criterio "puro" della provenienza temporale. Si è proposto di avvalorare la competenza del giudice in base al comportamento processuale del convenuto se questi si sia costituito in giudizio senza naturalmente eccepire la giurisdizione⁴⁷. Si configurerebbe in altri termini una sorta di proroga surrettizia, col risultato – poco condivisibile – di far dipendere dall'atteggiamento della parte convenuta l'applicazione di una regola di rilevanza pubblicistica come la litispendenza.

Sembra invece avere più credito l'eventuale formulazione della c.d. "priority rule", nel senso di privilegiare per considerazioni di politica legislativa uno dei fori aditi sulla stessa causa per ridurre il fenomeno patologico delle domande "torpedo" finalizzate a radicare previamente la causa nel foro preposto ad esaminare la domanda di accertamento preventivo negativo a scapito di un'altra successiva di condanna. Si verrebbe così a "correggere" l'atteggiamento della Corte di giustizia di riconoscere pari dignità alle due domande. La formula della "priority rule" è stata in particolare sviluppata - come si vedrà - per asserire il primato del foro della proroga o della sede dell'arbitrato, consentendo di rimuovere in ogni caso la previa pendenza della stessa causa dinanzi al giudice nazionale di un paese membro⁴⁸.

Il "Libro verde" propone per l'appunto la revisione dell'attuale art. 27 del regolamento n. 44 per escludere in generale l'equivalenza tra una causa di accertamento preventivo negativo ed un'altra successiva di condanna. Nel corso del dibattito sulla revisione del regolamento, il governo italiano e il Civil Justice Council britannico hanno manifestato una netta opposizione riguardo il possibile "declassamento" delle domande di mero accertamento nel "giuoco" della litispendenza⁴⁹. Se venisse modificato il regolamento nel senso auspicato dalla Commissione, si consoliderebbe la tendenza di privilegiare nel regime di circolazione delle decisioni quelle che accolgono la pretesa "sostanziale" della parte attrice. È quanto già avviene con il regolamento (CE) n. 2201/2003, che delimita il regime dell'Unione europea di circolazione delle decisioni in materia matrimoniale alle sole sentenze "costitutive" di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio escludendo quelle di mero accertamento negativo⁵⁰. Lo stesso ha luogo con il regolamento (CE) n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo che afferisce all'accertamento del credito⁵¹.

14. La proroga della competenza e i rapporti con l'arbitrato. – Per risolvere i conflitti di giurisdizione in tema di proroga della giurisdizione anche a favore dell'arbitro, si profila la soluzione di stabilire un titolo autonomo ed esclusivo di competenza sulla "validità" del patto di proroga o della clausola compromissoria. Più specificamente per la proroga a favore del giudice nazionale di uno Stato membro, andrebbe riconosciuta in ogni caso la sua competenza esclusiva a conoscere della validità del patto o della clausola, con esclusione di ogni altro giudice. Non si tratterebbe quindi di aggiungere una competenza che l'interpretazione dell'art. 23 già attribuisce al giudice prorogato, quanto di precludere ad altri giudici l'esercizio di questa competenza. In questo modo il giudice prorogato verrebbe a godere del trattamento privilegiato proprio dei titoli di competenza esclusiva *ex art 22*, ma a due condizioni. Anzitutto andrebbe opportunamente modificato l'art. 35 estendendo anche a questa ipotesi l'accertamento del giudice dello Stato richiesto sul titolo di giurisdizione del giudice straniero che ha pronunciato la decisione che andrebbe resa efficace. In secondo luogo, va precisato in che modo si preservi la priorità

⁴⁷ Così invece U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, "Joint Response to the Green Paper on the Review of the Brussels Regulation", nel sito "Justice and Home Affairs" della Commissione europea, http://europa.eu/index_en.htm, p. 12.

⁴⁸ V. *infra*. Diverso è stato invece l'orientamento della Corte di giustizia asserendo nella sentenza 9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Gasser*, punto 51, che "spetta al giudice preventivamente adito pronunciarsi sulla sua competenza, eventualmente in relazione ad una clausola attributiva di competenza che verrebbe fatta valere dinanzi ad esso".

⁴⁹ Cfr. Ministero della Giustizia, nel sito "Justice and Home Affairs" della Commissione europea, http://europa.eu/index_en.htm, p. 4 s.; Civil Justice Council, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁰ Cfr. F. MARONGI BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, 2008, p. 175.

⁵¹ Cfr. F. SEATZU, "Le garanzie del diritto alla difesa del debitore nel regolamento n. 805/2004 istitutivo del titolo esecutivo europeo per crediti non contestati", in *Verso un "ordine comunitario" del processo civile*, a cura di N. Boschiero e P. Bertoli, Napoli, 2008, p. 52.

del foro prorogato nella cognizione della validità del patto (o clausola) di proroga rispetto alla eventuale determinazione soggettiva delle parti dello stesso patto di concordare in un secondo momento un diverso giudice prorogato rispetto a quello inizialmente designato. Pare evidente che la prevedibilità di un simile foro esclusivo vada raccordata alla volontà delle parti di determinarlo espressamente (così che non vale una eventuale proroga tacita successiva) e quindi si debba fare riferimento al “patto” vigente nel momento in cui si presenta la domanda di invalidità del patto.

La soluzione che si prospetta sulla priorità del foro prorogato allineerebbe il regolamento n. 44 alla soluzione emersa nell’art. 5 della Convenzione de L’Aja del 2005 sulla scelta del giudice competente, che l’Unione europea ha firmato. Per completare tale allineamento, verrebbe introdotta anche nel regolamento n. 44 la soluzione già enunciata nella Convenzione del 2005 (art. 5, par. 2, e art. 6, par. 1), che sancisce la c.d. “priority rule”, obbligando il giudice di un altro Stato membro a sospendere - se non a declinare - la giurisdizione a favore del giudice prorogato ancorché questi sia stato successivamente adito sulla stessa causa⁵². Il principio della Convenzione del 2005 è che il foro prorogato mantiene la totale *emprise* sulla fattispecie prorogata nella misura in cui l’accordo di proroga non sia “null and void under the law of that State”. L’analogo criterio trasposto nel regolamento n. 44 darebbe maggiori garanzie di certezza del diritto se venissero formulate opportune regole di conflitto uniformi che - come è noto - mancano nel regolamento “Roma I” sul diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali. Ciò permetterebbe di rafforzare il valore esclusivo del foro prorogato anche in relazione alle liti nelle quali sia controverso l’ambito applicativo del patto di proroga o il diritto ad esso applicabile.

Più complessa è la definizione della competenza “esclusiva” a conoscere della validità del patto o della clausola compromissoria a favore dell’arbitro. Dopo la sentenza *Allianz* della Corte di giustizia che ha voluto preservare l’integrità del regolamento n. 44 a scapito indirettamente dell’arbitrato, si è manifestata da più parti l’esigenza di esplicitare nel regolamento n. 44 un atteggiamento di “favor” verso l’arbitrato, di cui il “Libro verde” della Commissione si rende interprete⁵³. Si vorrebbe quindi superare l’originaria indifferenza quale attestata dall’art. 1, par. 2, lett. d), del regolamento n. 44, che esclude dal proprio campo di applicazione *ratione materiae* l’arbitrato. Tale orientamento è stato ormai in parte superato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per la quale i diritti controversi in una fattispecie “arbitrabile” rientrano pur sempre nella materia civile e commerciale del regolamento n. 44. Quindi il regolamento disciplina anche la circolazione delle decisioni assunte al riguardo, siano essi provvedimenti provvisori o sentenze accertative della invalidità dell’accordo arbitrale.

Non è però del tutto chiaro come, una volta rimossa l’attuale esclusione, il regolamento n. 44 dovrebbe rapportarsi al fenomeno arbitrale.

Una prima opzione è di “assorbire” l’arbitrato nell’ordinamento dell’Unione in quanto tale⁵⁴. L’ipotesi lascia piuttosto scettici sulla sua praticabilità. Il diritto dell’Unione può sì condizionare l’attività arbitrale vincolandola a rispettare una serie di norme di applicazione necessaria in specie nel settore della concorrenza, ma non è nella condizione di offrire tutta la congerie normativa e strumentale di cui gli arbitri hanno bisogno sul piano materiale e processuale per “assorbire” la loro attività, tanto che ad essi non si attaglia la qualifica di “giurisdizione” abilitata a rivolgere una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia⁵⁵.

Diversamente dalla proroga a favore del giudice nazionale di un paese membro, il regolamento n. 44 non può stabilire alcuna competenza esclusiva a favore degli arbitri a conoscere della propria competenza ovvero delle eccezioni sulla validità della clausola compromissoria⁵⁶. Perciò si propone più semplicemente di armonizzare il diritto processuale nazionale introducendo regole uniformi sulla giurisdizione idonee a favorire la funzione arbitrale, ovvero limitando quelle che potrebbero pregiudicarla. Il “Libro verde” prospetta di introdurre anche in questo caso una “priority rule”, per stabilire la validità del

⁵² “A court of a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies”.

⁵³ *Green Paper*, cit., p. 8.

⁵⁴ Cfr. M. BENEDETTELLI, “Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale: favor, ostilità o indifferenza?”, in *Verso un “ordine comunitario” del processo civile*, cit., p. 125 s.

⁵⁵ Cfr. sentenza 23 marzo 1982, causa C-102/81, *Nordsee*, punti 10 ss.

⁵⁶ V. invece l’art. 817 del codice italiano di procedura civile: “Se la validità, il contenuto o l’ampiezza della convenzione d’arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell’arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza”.

compromesso o della clausola compromissoria⁵⁷. Si configurerebbe in altri termini il “primato” di questo foro, flettendo a suo favore ogni sorta di provvedimento adottato da altre giurisdizioni.

L’orientamento più diffuso è di prefigurare tale competenza a favore del giudice del paese membro in cui ha sede l’arbitrato⁵⁸, facendo cioè riferimento al paese in cui il tribunale arbitrale si insedia o si dovrebbe insediare⁵⁹. Nel rapporto del “Gruppo di Heidelberg” si propone l’introduzione nell’art. 22 di un apposito titolo di competenza esclusiva per questo tipo di controversie⁶⁰. Vi sono però alcune difficoltà applicative nel funzionamento di questa circostanza di collegamento.

In primo luogo, la scelta di una competenza esclusiva funzionale all’accertamento “uniforme” della validità dell’accordo o della clausola arbitrale ha senso solo se – come si è già detto e del resto riconosce pure il “Libro verde” – lo strumento adottato dalle istituzioni dell’Unione configura in proposito anche una norma uniforme di diritto internazionale privato sulla validità della clausola compromissoria⁶¹. In secondo luogo, è da verificare la disponibilità del “mondo arbitrale” di accettare lo “scambio” tra l’impegno a “radicarsi” nell’Unione e i vantaggi che ne seguirebbero in termini di certezza del diritto con l’indicazione della propria sede in un paese membro dell’Unione. Se l’arbitrato ha la sua “sede” in un paese terzo, pur riguardando una controversia tra soggetti domiciliati nel territorio dell’Unione, il foro esclusivo è inoperante. In tale circostanza, la controversia sulla validità della clausola compromissoria potrebbe radicarsi o nel foro generale costituito dal domicilio del convenuto, oppure – se possibile – dinanzi ad un giudice scelto dalle parti. Questa seconda opportunità non può invece essere configurabile se sussiste il prospettato titolo esclusivo di competenza del giudice di un paese membro; altrimenti si contraddice la stessa natura “imperativa” ed indisponibile del giudice preposto all’accertamento della validità della proroga. La terza difficoltà è che l’affermazione di giurisdizione esclusiva non coglie adeguatamente le connessioni processuali che un arbitrato transnazionale può avere con più ordinamenti nazionali di Stati membri, così che – stando i criteri enunciati dalla Corte di giustizia nella sentenza *GAT*⁶² – vi è il rischio che - se non vengono adottati opportuni temperamenti⁶³ - si precluda ogni decisione giudiziaria in un paese diverso da quello di sede dell’arbitrato per “supportarne” l’attività⁶⁴. Infine, la quarta e più rilevante difficoltà attiene alla prevedibilità della sede dell’arbitrato rispetto al quale fare operare il titolo di competenza esclusiva. Nella pratica, accordi o clausole compromissorie non sempre indicano la sede dell’arbitrato, venendo questa decisa dall’arbitro o dal collegio designato ed a prescindere se stabilita dalla stessa legge applicabile all’arbitrato⁶⁵. Perciò non convince la proposta britannica di far dipendere tale competenza dalla *lex causae* applicabile all’arbitrato⁶⁶. In ogni caso bisogna preliminarmente individuare il giudice competente a conoscere della domanda e quindi ad applicare tale *lex*.

Potrebbe immaginarsi di far operare questo titolo una volta che l’arbitrato si sia effettivamente insediato⁶⁷. Ma è poco razionale che il titolo di competenza esclusiva possa operare in relazione ad una simile determinazione, non solo per obiettive difficoltà di comunicazione tra arbitro e giudice nazionale ma soprattutto perché la lite sulla validità dell’accordo di proroga si può profilare prima ancora della designazione dell’arbitro e dunque della scelta che questo farà a proposito della propria sede. In tali condizioni, il giudice competente a conoscere della clausola o dell’accordo di compromesso deve essere,

⁵⁷ *Green Paper*, cit., p. 9.

⁵⁸ *Green paper*, cit., p. 8.

⁵⁹ Cfr. B. HESS, TH. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, op. cit., par. 135; U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, op. cit., p. 14.

⁶⁰ Cfr. B. HESS, TH. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, op. cit., par. 132.

⁶¹ V. però i dubbi di U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, op. cit., par. 7.4, sulla compatibilità di una simile soluzione con la Convenzione di New York.

⁶² Sent. 13 luglio 2006, cit.

⁶³ Cfr. U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, op. cit., p. 15.

⁶⁴ V. in tal senso M. ILLMER, B. STEINBRÜCK, “Submission to the European Commission by Martin Illmer and Ben Steinbrück regarding the Green Paper COM(2009) 175 final”, nel sito “Justice and Home Affairs” della Commissione europea, http://europa.eu/index_en.htm, par. 15.

⁶⁵ Art. 818 del codice italiano di procedura civile: “Le parti determinano la sede dell’arbitrato nel territorio della Repubblica; altrimenti provvedono gli arbitri. Se le parti e gli arbitri non hanno determinato la sede dell’arbitrato, questa è nel luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato. Se tale luogo non si trova nel territorio nazionale, la sede è a Roma. Se la convenzione d’arbitrato non dispone diversamente, gli arbitri possono tenere udienza, compiere atti istruttori, deliberare ed apporre le loro sottoscrizioni al lodo anche in luoghi diversi dalla sede dell’arbitrato ed anche all’estero”.

⁶⁶ *Civil Justice Council*, op. cit., par. 43.

⁶⁷ *Green Paper*, cit., p. 9.

alla stregua di ogni titolo di giurisdizione, preconstituito e dunque ricondotto *a fortiori* al foro generale costituito dal domicilio. Tuttavia, pur introducendo il titolo di competenza esclusiva per l'accertamento della validità della clausola compromissoria, permangono varie questioni di coordinamento tra arbitro e giudici nazionali che il regolamento n. 44 non affronta. Rimuovendo l'esclusione della materia arbitrale, si potrebbe formalizzare l'ammissibilità di provvedimenti cautelari che risultino funzionali alla funzione arbitrale. Questo non significa legittimare la *anti-suit injunction* che la Corte di giustizia ritiene lesiva della reciproca fiducia che deve esistere tra le giurisdizioni degli Stati membri. Potrebbe però essere limitato l'esercizio della giurisdizione cautelare "esorbitante" rispetto a quella del giudice di merito competente per l'esame della validità della clausola compromissoria. Questo criterio sarebbe viepiù giustificato se coordinato con una riformulazione dell'attuale art. 31 che – come si vedrà più avanti – finalmente sancisca il "primato" del giudice di merito rispetto a misure cautelari adottate *ex art.* 31 del regolamento n. 44⁶⁸.

Nel caso di connessione tra arbitrato e giudice nazionale⁶⁹, quest'ultimo dovrebbe poter valutare l'opportunità di "sospendere" il proprio procedimento in attesa che, a prescindere da criteri di anteriorità temporale, l'arbitro definisca la propria lite. Con una norma puntuale, il diritto dell'Unione potrebbe anche imporre all'autorità giudiziaria nazionale di non interferire sul procedimento arbitrale, ancorché sussistano condizioni di litispendenza o di connessione⁷⁰. La seconda soluzione sembra più in armonia con la *ratio* del regolamento, atteso che questo garantisce in modo "imperativo" l'esercizio del diritto d'azione. Non si precluderebbe in particolare al terzo parte di una causa connessa a quella compromessa in arbitrato di agire dinanzi al giudice competente. La declinazione andrebbe consentita qualora il terzo accetti volontariamente la chiamata in causa nel procedimento arbitrale. Con un'ulteriore regola di "favor" per l'arbitrato, si potrebbe inglobare nella disciplina dell'Unione europea la "circolazione" della decisione nazionale che riconosce il lodo, così che nello Stato membro in cui viene eseguita diventa parametro di raffronto per escludere l'efficacia di altre decisioni con essa incompatibili.

15. Le questioni preliminari. – Una soluzione regolata della questione pregiudiziale si rende necessaria in relazione alla differente disciplina degli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione europea. Vi si riscontra l'assenza di una nozione condivisa di giudicato e della sua portata, tanto che fin dalla sentenza *Hoffmann* la Corte di giustizia aveva fatto dipendere l'efficacia della decisione straniera direttamente riferibile alla sfera di effetti che vi si attagliano nell'ordinamento d'origine⁷¹. Pertanto la questione pregiudiziale è "coperta" dal giudicato solo se lo dispone quell'ordinamento. Da ciò discendevano serie conseguenze di difformità in relazione al modo in cui la stessa questione fosse trattata in ordinamenti diversi. Tanto più tale divergenza risaltava in relazione al medesimo tipo di dinamica processuale: la questione pregiudiziale emersa con eccezione del convenuto era oggetto di diverso trattamento processuale nei singoli ordinamenti nazionali, penalizzando la certezza del diritto nello spazio.

Questi limiti della sentenza *Hoffmann* erano inerenti alla perdurante sovranità statale in materia processuale. Per superarli occorrerebbe una nozione autonoma, unitaria ed uniforme di giudicato nell'ordinamento dell'Unione, rilevante anche ai fini di comprenderne l'accertamento della questione pregiudiziale. Vi sono però elementi della giurisprudenza da cui è possibile trarre alcuni spunti ricostruttivi di tale nozione.

La Corte di giustizia ha asserito che l'autorità di giudicato (dell'Unione) vale in relazione a tutti i "punti di fatto e di diritto che sono stati effettivamente o necessariamente decisi dalla pronuncia giudiziale di cui trattasi"⁷². Inoltre, l'ampia nozione autonoma elaborata dalla Corte a proposito della litispendenza permette di tracciare una parallela nozione autonoma di "giudicato". La correlazione uniforme tra il "centro" della controversia cui si raccorda la regola sulla litispendenza, da un lato, e la "sfera" –

⁶⁸ V. *infra*.

⁶⁹ Resterebbe di pertinenza del diritto nazionale la disciplina della connessione tra arbitrati: cfr. in argomento Cassazione, 25 maggio 2007, n. 12321, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 1155 ss.

⁷⁰ Art. 819-ter del codice italiano di procedura civile: "La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice".

⁷¹ Sentenza 4 febbraio 1988, causa 145/86, *Hoffmann*, punto 11.

⁷² Sentenza 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P e altre, *Limburgse Vinyl Maatschappij Nv*, punto 44.

oggettiva e soggettiva – delle statuizioni “effettive” o “necessarie” contenute nella decisione, dall’altro, è ben espressa nel caso *Gubisch*, talché la regola della litispendenza impedisce allo Stato richiesto, a proposito dell’efficacia di una decisione di condanna all’esecuzione del contratto, di invocare la diversa decisione locale emanata in un giudizio prevenuto volto ad annullare lo stesso contratto in ragione della sua pretesa invalidità. La circostanza che le due decisioni si escludono reciprocamente implica la preminenza della prima sull’altra per effetto sì del giuoco della litispendenza, ma anche per la idoneità della stessa decisione preveniente a “comprendere” questioni solo implicite ancorché di carattere pregiudiziale. Per usare *mutatis mutandis* le parole impiegate dalla Corte nel caso *Gubisch* con riferimento alla Convenzione di Bruxelles, un diverso risultato, “che implicherebbe la limitazione degli effetti di ogni decisione giudiziaria al territorio nazionale, sarebbe in contrasto con le finalità [del regolamento il] quale intende potenziare in tutto lo spazio giuridico della Comunità la tutela giuridica delle persone residenti sul territorio di questa e facilitare il riconoscimento, in ogni Stato contraente, delle decisioni giudiziarie rese in qualunque altro Stato contraente”⁷³.

La sentenza *GAT*⁷⁴ e quindi la modifica della Convenzione di Lugano hanno stabilito la competenza esclusiva “oggettivamente preconstituita” dall’art. 22, n. 4 per stabilire in via pregiudiziale la validità del brevetto anche se la questione sia sorta sotto forma di eccezione in altra causa. In questo modo – a prescindere dal modo d’essere del diritto processuale del foro in cui sia stata presentata la domanda principale o del foro esclusivo dinanzi al quale proporre la questione pregiudiziale - si impone il valore di “giudicato” per tale questione ad opera del solo giudice competente a pronunciarsi. Il trattamento processuale autonomo ed uniforme richiesto dall’art. 22 per la questione pregiudiziale si imporrebbe solo in relazione al modo in cui la parte convenuta esercita le proprie difese nella causa principale, obbligando il giudice adito sulla questione principale a spogliarsi d’ufficio (art. 25) della competenza sulla questione pregiudiziale solo in presenza di eccezione (oltre che - ovviamente - di domanda riconvenzionale).

La Corte di giustizia ha però circoscritto la *translatio iudicii* solo ad una questione pregiudiziale oggetto di eccezione e rientrante *ratione materiae* nell’art. 22, per rispettare il limite “imperativo” derivante dai titoli di competenza esclusiva⁷⁵. Negli altri casi, l’eccezione sulla questione pregiudiziale non determina tale conseguenza, facendo ritenere che la relativa decisione è assorbita nella competenza del giudice adito sulla questione principale. Tale *vis attractiva* può essere spiegata in parte come inerente al titolo per cui opera la competenza a titolo principale (ad esempio, se avvenuta in base al criterio domiciliare o in materia contrattuale), in parte come una surrettizia proroga tacita.

Nei casi in cui la questione pregiudiziale non sia oggetto di una puntuale eccezione di parte nella causa connessa principale, la relativa decisione copre le questioni pregiudiziali implicite su cui non c’è stata lite, ancorché vertenti su un oggetto che rientra nell’art. 22. In altri termini, questa disposizione imporrebbe il “giudicato” sulla questione pregiudiziale solo se oggetto di eccezione in una causa vertente a titolo principale su altro oggetto. Se tale eccezione manca, il giudice adito a tale titolo si pronuncia implicitamente anche sulla questione pregiudiziale ma si tratterebbe di una “decisione” con rilevanza *incidenter tantum*, vale a dire senza assumere rilevanza di giudicato. È noto infatti che in alcuni ordinamenti nazionali le questioni di natura pregiudiziale sono conoscibili dal giudice adito *incidenter tantum* vale a dire con effetti limitati alle parti della lite. Rispetto a questo tipo di effetti non si frappone il problema del coordinamento di giudizi. Perciò, in una condizione del genere non sarebbe richiesto al giudice della causa principale di “spogliarsi” della sua competenza sulla questione pregiudiziale per devolverla al giudice competente a titolo esclusivo. Lo sarebbe solo in presenza della necessità di un contraddittorio evocato dalla parte.

16. La declinatoria di competenza per connessione privativa. – La disciplina della questione pregiudiziale che sia idonea a costituire giudicato senza dover essere “attratta” in uno dei fori esclusivi dell’art. 22 si intreccia con il fenomeno generale della connessione quale risultante dal combinato disposto degli articoli 6, n. 1 e 28. Come si è già osservato, l’aspetto centrale di questa reciproca interazione è costituito dal fatto che, per effetto della disciplina dell’Unione europea, l’attribuzione o la privazione della competenza per connessione non è “preconstituita”, ma strettamente dipendente dal modo in cui gli

⁷³ Sentenza 8 dicembre 1987, causa 144/86, *Gubisch*, punto 18.

⁷⁴ Sentenza 13 luglio 2006, cit.

⁷⁵ Sentenza 13 luglio 2006, cit., par. 24.

effetti delle decisioni dei procedimenti connessi possano essere in concreto incompatibili. Un criterio quindi di flessibilità del titolo di competenza strettamente funzionale ad esigenze di armonia delle decisioni.

Ma un simile approccio deve confrontarsi con le difficoltà applicative dell'attuale art. 28, in specie nella forma della declinatoria di competenza ad opera del giudice prevenuto: la mancanza di una disciplina parallela nell'art. 6 con condizioni uniformi di connessione attributiva rimette la declinazione a valutazioni unilaterali del giudice prevenuto circa i termini in cui il diritto processuale del foro preveniente consenta la concentrazione delle cause col rischio – già ricordato - di diniego di giustizia nel momento in cui viene proposta in quella sede la domanda connessa prevenuta.

Il “Libro verde” prevede una “limitata estensione” dell'art. 6, n. 1⁷⁶. La portata di questa indicazione deve però confrontarsi con i limiti oggettivi di questa disposizione. Secondo la sentenza *GAT*, l'art. 6, n. 1, non può assorbire nella domanda principale questioni inerenti alla competenza di un foro esclusivo. Lo stesso va detto, in ossequio alla sentenza *Glaxosmithkline* dei limiti applicativi della connessione attributiva nei c.d. fori esaustivi, in particolare per le controversie di lavoro⁷⁷.

All'interno dei confini tracciati dal regolamento n. 44 il giudice preveniente deve poter conoscere della questione che gli sia stata devoluta dal giudice prevenuto sulla domanda connessa. Andrebbe quindi rovesciata l'originaria ottica “speciale” di questo titolo di giurisdizione così da ritenerlo un foro di natura virtualmente generale, senza limiti *ratione materiae* che non siano quelli reperibili nello stesso regolamento. In questa prospettiva diventa pure irrilevante l'eventualità che l'estensione della connessione attributiva investa un convenuto senza significativi legami con il foro della connessione, atteso che la garanzia del giudice naturale è espressamente salvaguardata dal solo art. 6, n. 2. Nella misura in cui il giudice prevenuto ha ritenuto che sussistono le condizioni di connessione in ragione delle esigenze di armonia dei giudizi proprie del regolamento, è su quella valutazione che il giudice preveniente deve misurarsi senza che a tal fine rilevi la diversa disposizione della *lex fori*. Pertanto alla modifica dell'art. 6, n. 1, occorrerebbe accompagnare una modifica dell'art. 28, par. 2, rimuovendo il rinvio al modo in cui il diritto nazionale del foro preveniente condiziona la riunione dei procedimenti per stabilire – quale parametro assorbente – le esigenze di armonia delle decisioni nell'ambito dell'Unione. L'obiezione che un simile titolo non sarebbe “precostituito” e quindi astrattamente prevedibile secondo il diritto nazionale del giudice preveniente non impedisce di giustificarlo per coerenza con il quadro di integrazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea, focalizzando in un determinato foro il coordinamento delle azioni civili nello spazio sempre che vi sussista un collegamento sufficiente. Del resto, il diritto dell'Unione europea si familiarizza in modo crescente verso questa formula flessibile coniugando su basi di effettività diritto d'azione e bisogni di certezza del diritto, come prova l'introduzione del c.d. “foro di necessità” ai sensi dell'art. 7 del regolamento (CE) n. 4/2009⁷⁸.

Riformulando in questi termini la disciplina regolamentare, si riducono i rischi di diniego di giustizia da parte del giudice preveniente senza però annullarli del tutto in quanto alla decisione della declinatoria del giudice prevenuto potrebbe sempre non seguire una conferma del giudice preveniente. Né si può pensare – come invece suggerisce Weller⁷⁹ – che il giudice prevenuto “imponga” al giudice preveniente la propria interpretazione del diritto processuale del foro preveniente. Seguendo tale suggerimento verrebbe violata non solo la reciproca fiducia tra i giudici degli Stati membri ma la stessa sovranità processuale nazionale che resta concettualmente intatta nei loro rapporti “orizzontali”.

Si può rimediare al rischio di diniego di giustizia introducendo due correttivi. In primo luogo, incentivando attraverso la rete giudiziaria europea i contatti diretti tra i giudici nazionali interessati di modo che il giudice prevenuto sia “edotto” sui termini della potenziale connessione attributiva nel foro preveniente dallo stesso giudice preveniente. Inoltre, andrebbe osservata anche per la declinazione della giurisdizione per connessione il criterio seguito per la litispendenza vale a dire la preventiva sospensione della causa da parte del giudice prevenuto, fintanto che il giudice preveniente non abbia confermato la propria competenza sulla domanda connessa. Allo stesso modo di quanto indicato per la litispendenza,

⁷⁶ *Green Paper*, cit., par. 5.

⁷⁷ Sentenza 22 maggio 2008, causa C-462/06, *Glaxosmithkline*, punti 30 e 34.

⁷⁸ Cfr. P. FRANZINA, “Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 1121 ss.

⁷⁹ M. WELLER, in B. HESS, TH. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, op. cit., par. 470.

il diritto dell'Unione dovrebbe imporre al giudice della causa principale di pronunciarsi subito sulle questioni di giurisdizione.

17. La giurisdizione cautelare esorbitante. – Per rimediare allo scarso coordinamento delle azioni civili derivanti dall'impiego eccessivo del c.d. “foro cautelare esorbitante” occorre anzitutto che il provvedimento cautelare adottabile ai sensi dell'art. 31 del regolamento n. 44 abbia natura assolutamente strumentale⁸⁰ e sia pertanto circoscritto negli effetti e nella durata. Questo non dovrebbe impedire al giudice competente per il merito di adottare, prima della decisione, ogni decisione anticipatoria di condanna⁸¹. Sembra soprattutto molto condivisa la necessità che lo stesso giudice del merito sia nella condizione di “rimuovere” o “modificare” il provvedimento cautelare adottato dal giudice del foro esorbitante. Una simile opportunità, già emersa nella prassi⁸², sarebbe in linea con il “primato” da riconoscere alla giurisdizione di merito, senza che vi si possa opporre la sovranità degli Stati membri in materia processuale⁸³. L'attività cautelare potrebbe infatti legittimamente restringersi in quanto la sua natura “esorbitante” non deve pregiudicare il quadro sovranazionale di riparto della giurisdizione nel merito.

Alcuni documenti nazionali presentati a seguito della pubblicazione del “Libro verde” non tengono sufficientemente conto di questo aspetto, perché tuttora condizionati dal proprio modello giuridico nazionale. Così il Civil Justice Council britannico è contrario ad ammettere il primato del giudice di merito sui provvedimenti cautelari esorbitanti, pur “rilanciando” l'opportunità e quindi la validità – della *anti-suit injunction* a sostegno dell'arbitrato. Il rapporto preparatorio del Gruppo di Heidelberg (al quale – come si è detto – ampiamente si ispira il “Libro verde”) ammette il primato della giurisdizione di merito sui provvedimenti cautelari esorbitanti, ma non si spinge a rimuovere gli effetti nefasti della sentenza *Italian Leather*, vale a dire ad asserire l'irrelevanza nel foro esorbitante di simili provvedimenti come “incompatibili” ai fini del rilascio della formula esecutiva a favore di una decisione straniera assunta dal giudice di merito.

Se si dovessero superare queste resistenze evidentemente dovute al permanere di una certa cultura “nazionalistica” in materia processuale, la modifica prospettata andrebbe comunque corredata da altre norme del regolamento che definiscano meglio i termini propriamente “processuali” del primato del giudice competente per il merito. In primo luogo, il divieto di riesame del merito sancito a proposito del riconoscimento automatico delle decisioni straniere (art. 36) non è opponibile al giudice competente a conoscere della causa che si trovi a valutare la pertinenza della misura cautelare “esorbitante” rispetto alle risultanze del proprio procedimento. In secondo luogo, il provvedimento cautelare straniero “esorbitante” deve in ogni caso estinguere i suoi effetti nel momento in cui viene adottata la decisione di merito. Qui possono sovvenire due diverse soluzioni. O rimettere la relativa disciplina al legislatore nazionale che non l'avesse già predisposta⁸⁴, oppure enunciare una formula apposita. L'art. 20, par. 2, del regolamento (CE) n. 2201/2003, in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale stabilisce che i provvedimenti provvisori e cautelari adottati nel foro esorbitante “cessano di essere applicabili quando si siano pronunciati i giudici dello Stato membro competenti a conoscere del merito”.

IV. Integrazione processuale in seno all'Unione europea e coordinamento della giurisdizione civile con Stati terzi

18. Il passaggio della disciplina europea di diritto processuale civile internazionale dalla “fonte” convenzionale a quella del regolamento ha reso maggiormente evidenti le esigenze di integrazione dello spazio giudiziario europeo. Lo ha sottolineato la Corte di giustizia, evidenziando il diverso contesto “ordinamentale” dei regolamenti adottati *ex art.* 65 del Trattato CE⁸⁵. In ragione di questa diversa configurazione, si circoscrive progressivamente il rinvio al diritto nazionale per privilegiare formule

⁸⁰ In tal senso “Answers of Spain to the Green Paper on the Review of Council Regulation Brussels I (regulation 44/2001)”, nel sito “Justice and Home Affairs” della Commissione europea, http://europa.eu/index_en.htm, *sub* Question 6.

⁸¹ Cfr. U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 13.

⁸² Cfr. Tribunale Venezia, 19 agosto 2003, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 1180 ss.

⁸³ V. invece *Civil Justice Council, Response*, *cit.*, p. 18, par. 37.

⁸⁴ Cfr. art. 669-novies, 4° comma, n. 2, del codice italiano di procedura civile.

⁸⁵ Sentenza 8 novembre 2005, causa C-443/03, *Leffler*, punti 45 ss.

autonome che permettono di razionalizzare in chiave unitaria il sistema di riparto della giurisdizione civile e relativo coordinamento nello spazio giudiziario europeo. Si tratta di soluzioni che comprimono oltremodo la sovranità processuale nazionale perché si stabilisce il “primato” di una determinata giurisdizione civile sulle altre. Le tecniche sono di due tipi: o ampliando la tipologia dei titoli di giurisdizione esclusiva oppure flettendo in sede di coordinamento il principio di “equivalenza” tra giurisdizioni civili.

Il carattere integrato che assume la disciplina dell’Unione europea di diritto processuale civile internazionale ne rende difficile la trasposizione a livello universale⁸⁶. Dopo l’adesione della CE alla Conferenza de L’Aja di diritto internazionale privato (2008) è più facile che accada il contrario, vale a dire che il regolamento rinvii al modello normativo universale. È quanto avvenuto in materia di obblighi alimentari: le regole sulla giurisdizione contenute nell’art. 8 del regolamento (CE) n. 4/2009 sono coordinate con le norme sul diritto applicabile contenute nella Convenzione de L’Aja del 2007. Una soluzione assolutamente parallela si prospetta per la proroga della giurisdizione con riguardo alla già ricordata Convenzione de L’Aja del 2005. È invece remoto il coordinamento processuale con un modello convenzionale universale di portata generale dopo che è naufragato il progetto di una Convenzione “globale” de L’Aja che ricalcasse lo schema della Convenzione di Bruxelles del 1968. Tuttavia, il documento presentato in risposta al “Libro verde” dal Segretariato della Conferenza de L’Aja esplicitamente tuttora rivendica a questo organismo la promozione di una convenzione multilaterale di respiro universale per disciplinare le questioni di litispendenza⁸⁷.

19. Vi è comunque da tener presente che l’Unione europea intende estendere il campo di applicazione del regolamento n. 44 includendovi sia la disciplina inerente al riconoscimento delle decisioni di paesi estranei all’Unione, sia regole sulla giurisdizione riferite a controversie in cui il convenuto sia domiciliato in uno Stato terzo.

Anche se il legame dell’ordinamento dell’Unione con simili fattispecie o decisioni non risulta sempre particolarmente intenso, si tratta di competenze che l’Unione può esercitare ai sensi dell’art. 81 del Trattato sul funzione dell’UE, come in base all’art. 65 del TCE. Tuttavia una simile strategia normativa comporta nuovi problemi.

Anzitutto è doveroso differenziare dalle regole afferenti alla circolazione all’interno dell’Unione le condizioni sulla efficacia delle decisioni provenienti dall’esterno dello spazio europeo, in specie se provenienti da un paese non aderente alla CEDU: lo richiede il rispetto del diritto al contraddittorio secondo quanto asserito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza *Pellegrini*⁸⁸.

A tali condizioni dovrebbe anche essere subordinata l’eventuale efficacia di provvedimenti cautelari emessi in Stati terzi. Anche in questo caso vanno considerate le esigenze di coordinamento con la causa di merito avviata in uno Stato membro. Dovrebbe in ogni caso valere il primato della giurisdizione di merito sancita dal diritto dell’Unione e plausibilmente rafforzata a seguito della prospettata revisione del regolamento n. 44.

20. L’espansione *ratione personae* del regolamento n. 44 rispetto ai titoli di giurisdizione (già avviata con il regolamento (CE) n. 4/2009)⁸⁹ configura una più frequente concorrenzialità degli ordinamenti nazionali, appartenenti o meno a Stati membri dell’Unione europea.

La litispendenza tra uno Stato membro ed uno Stato terzo va valutata alla luce del regolamento n. 44 e delle sue prospettive di riforma.

È possibile argomentare una soluzione autonoma “nel chiuso” dell’ordinamento dell’Unione che escluda qualunque declinazione di competenza a favore del giudice di un paese terzo preventivamente

⁸⁶ V. tuttavia la formula ampia – ma condizionata – contenuta nella nuova Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007, quale risulta dal combinato disposto dell’art. 70, par. 2, lett. c), e dall’art. 72.

⁸⁷ Reperibile nel sito “Justice and Home Affairs” della Commissione europea, http://europa.eu/index_en.htm.

⁸⁸ Sentenza 20 luglio 2001, *Pellegrini*, ricorso n. 30882/96; vedi anche decisione 6 dicembre 2005, *Eskinazi*, ric. n. 14600/05. È riduttiva la proposta che emerge dalla 18ª sessione del Groupe européen de droit international privé (Bergen 19-21 settembre 2008), di subordinare la sospensione della causa “comunitaria” prevenuta solo alla presunta durata ragionevole del processo extra-comunitario preveniente, oltre che alla plausibile efficacia della decisione straniera secondo il diritto interno dello Stato membro: *Compte rendu des seances de travail, L’élargissement du règlement Bruxelles I aus situations externes*, par. 12, in <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-18-fr.htm>.

⁸⁹ Cfr. gli articoli 3-7.

adito. Tale ipotesi andrebbe comunque considerata del tutto eccezionale e strettamente coordinata con la priorità da riconoscere all'istituendo "foro di necessità" del regolamento n. 44. Ove questo dovesse essere formulato in termini tali da ritenere irrilevante l'avvenuto o il possibile avvio della causa all'estero⁹⁰, sarebbe conseguente ignorarla ai fini della litispendenza.

Sarebbe però auspicabile che, per fini di certezza del diritto, la norma generale da inserire considerasse il fenomeno della litispendenza "extra-comunitaria". Del resto, indirettamente il fenomeno è già apprezzato dall'attuale art. 34, n. 4, del regolamento. Questa disposizione prende in considerazione la questione a proposito della priorità temporale da riconoscere alla decisione proveniente da uno Stato terzo eseguita in uno Stato membro prima della richiesta di esecuzione di una decisione di un altro paese membro. La certezza delle situazioni giuridiche viene preservata dall'art. 34, n. 4 in termini più ristretti di quanto riscontrato nell'art. 34, n. 3 a favore di decisioni assunte precedentemente nello Stato richiesto. Infatti, mentre quest'ultima norma richiama una nozione di incompatibilità tra decisioni suscettibile anche di comprendere casi di connessione, l'art. 34, n. 4 è esclusivamente finalizzato ad assicurare il rispetto del principio del *ne bis in idem*, poiché prevede gli stessi requisiti che l'art. 27 del regolamento pone in relazione alla regola sulla litispendenza. Dato il legame tra le due espressioni, si deve riproporre nell'art. 34, n. 4, la nozione autonoma del *ne bis in idem* che nel sistema della Convenzione prima, e del regolamento dopo, è venuta elaborandosi. Nel contempo è a questa stessa indicazione autonoma che si deve agganciare un'eventuale regolamentazione dell'Unione europea che intenda coordinare la causa incardinata in un paese membro con la stessa causa iniziata in un paese estraneo all'Unione. Il parallelismo sul punto è richiesto, oltre che dalla coerenza "interna" al sistema, dall'attuale art. 34, n. 4, che indica in che misura l'ordinamento comunitario sia disposto a "sacrificare" l'azione civile dinanzi al giudice nazionale di un paese membro a vantaggio di quella svolta dinanzi al giudice di uno Stato terzo con cui manca un regime convenzionale. Perciò l'azione civile "comunitaria" si può flettere solo in relazione ad una causa straniera "extra-comunitaria" idonea a determinare una decisione suscettibile di essere resa efficace nello spazio giudiziario europeo. Quand'anche il regolamento comunitario non dovesse introdurre alcuna disposizione in proposito, la disciplina resterebbe quella definita dal diritto interno purché rispettosa del parametro indicato dall'art. 34, n. 4. Un modello pertinente è quello indicato nell'art. 7 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato⁹¹.

V. Conclusioni: il carattere tuttora "parziale" dello spazio giudiziario europeo

21. In considerazione delle riforme prospettate, la "crescita" nell'Unione europea del sistema di diritto processuale civile internazionale quale disciplinato dal regolamento n. 44 si misura in più direzioni, anche venendo a toccare settori ad esso originariamente estranei come l'arbitrato e i rapporti con Stati terzi. La tendenza ad operare come "sistema" lo identifica sempre più come l'infrastruttura normativa dello spazio giudiziario unitario che si confronta con altri sistemi secondo una propria autonomia concettuale e funzionale. In tale condizione, il superamento dell'originario schema convenzionale è ormai evidente, tanto che il diritto dell'Unione, pur provvedendo al coordinamento di azioni civili nello spazio, si fa finalmente "carico" di introdurre modifiche al regolamento n. 44 idonee a rendere le sue norme meglio rispettose dei canoni di "giusto processo" enunciati nella CEDU. In tal senso è significativo l'obbligo che si intende porre al giudice preveniente di accelerare i limiti di tempo per stabilire la propria competenza, come anche l'esigenza di assicurare meglio il diritto di accesso alla giustizia nelle fasi di coordinamento delle azioni civili nello spazio.

22. Residuano tuttavia limiti della disciplina uniforme che neppure in occasione di *questa* revisio-

⁹⁰ Così invece l'art. 7 del regolamento (CE) n. 4/2009: "Qualora nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente ai sensi degli articoli 3, 4, 5 e 6, in casi eccezionali le autorità giurisdizionali di uno Stato membro possono conoscere della controversia se un procedimento non può ragionevolmente essere intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la controversia ha uno stretto collegamento".

⁹¹ La norma, rubricata "Pendenza di un processo straniero", recita, al 1° comma: "Quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi a un giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano, sospende il giudizio. Se il giudice straniero declina la propria giurisdizione o se il provvedimento straniero non è riconosciuto nell'ordinamento italiano, il giudizio in Italia prosegue, previa riassunzione ad istanza della parte interessata".

ne del regolamento n. 44 si intendono affrontare e che invece privano gli operatori giuridici dell'Unione europea di strumenti familiari al sistema nazionale di diritto processuale civile internazionale.

Allo stato, la maggiore carenza è la difficoltà di far “dialogare” tra loro i regolamenti settoriali e il regolamento n. 44. Di conseguenza, le fattispecie in cui si presentano questioni fallimentari, di famiglia o di obblighi alimentari vanno trattate esclusivamente alla luce dei rispettivi regolamenti, anche se presentano connessioni tra loro o con altre cause che rientrano nel regolamento n. 44. È questa l'eredità della originaria logica “convenzionale” con cui si è avviata l'armonizzazione della cooperazione giudiziaria in materia civile, così che – pur ricorrendo sovente all'interpretazione “intertestuale” – ogni strumento del diritto dell'Unione europea continua a mantenere la propria totale *emprise* sulla materia disciplinata. La giurisprudenza della Corte di giustizia non ha mai voluto offrire utili indicazioni per un coordinamento tra azioni civili connesse ma afferenti a regolamenti distinti. La sola sede per farlo è il regolamento n. 44 che disciplina in generale la materia civile e commerciale ed è quindi anche in grado di stabilire formule e priorità da rispettare nel coordinamento tra cause connesse con il campo di applicazione materiale dei regolamenti settoriali.

THE ROTTERDAM RULES. PRELUDE OR PREMONITION?

JOSÉ M^a ALCÁNTARA GONZÁLEZ
Abogado Maritimista

Recibido: 22.01.2010 / Aceptado: 01.02.2010

Resumen: Este artículo ofrece un análisis general y preliminar sobre las Reglas de Rotterdam desde una perspectiva crítica en la que se destacan, por un lado, las novedades que introducen las Reglas de Rotterdam en la regulación marítima propiamente dicha y, por otro, su alcance parcialmente multimodal. El artículo se inserta en el marco de un movimiento de oposición a la entrada en vigor de las Reglas de Rotterdam, que ha empezado a tomar cuerpo tras la firma de este Convenio celebrada en septiembre de 2009 y ha reunido a su derredor a destacados maritimistas, académicos y profesionales, de todo el mundo, lo que anuncia un debate que, sin duda, redundará, en beneficio de la futura legislación del transporte marítimo y multimodal en el ámbito internacional.

Palabras clave: Transporte, Mercancías, Marítimo, Multimodal

Abstract: This article is aimed to offer a general and preliminary analysis of the Rotterdam Rules from a critical perspective outlining both their impact on the maritime regulation itself and their multimodal reach. The article must be read in the context of a opposition movement to the Rotterdam Rules born after the signature of this Convention in September 2009 and which has gathered around a number of leading shipping experts, both academic and practitioners, from all over the world, anticipating a debate which will surely benefit the future regulation of maritime and multimodal transport in the international arena.

Key words: Carriage, Goods, Maritime, Multimodal

Table of contents: I. Introduction; II. The international purpose of the Convention; III. The concept of multimodal transport introduced by the Convention; IV. The definition and identification of the Carrier; V. The regime of the Carrier's liability; VI. The Shipper's duties vis-à-vis the Carrier; VII. Mandatory and optional provisions in the Convention; VIII. The intended scope of application; IX. The goal as to uniformity and relations with other Conventions; X. Jurisdictional, arbitral and procedural issues; XI. The practical needs the Convention is to serve.

I. Introduction

1. The new UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea¹ has an unmerchantable title, so it will be rather called "The Rotterdam Rules" like its predecessors according to the place of the official signature.

2. At the present stage, almost more than a year gone since the Convention was finalized in New York, a number of articles and opinions have been published but not too many for the relevance

¹ United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea adopted by the General Assembly on 11 December 2008. *A/RES/63/122* on 11 December 2008.

of the matter. Most of the releases are of a descriptive or illustrative kind only, while a few others went into some depth of analysis, though nearly all of them ran somewhat cautiously and reservedly before the Convention gains international force and it receives the test of the transport market, save a handful of position papers advanced by concerned organizations. There is a general feeling that anything one may say about such a long and complex piece of legislation at this early stage may sound to be adventurous or premonitory, and perhaps unwelcome by an expecting audience. An international debate, however, did not properly arise despite a loose number of contributions delivered at seminars, meetings and expert magazines during the 12 years of the lawmaking process. An interesting bibliography could be drawn up by listing international views on the forthcoming Convention, though significantly enough these had hardly an influence on the delegates attending the Working Group III regular sessions, where it soon transpired that they had a Convention to make and that the target was to complete it soon. The majority of the expert opinion in the world, with few exceptions, stands now sceptical but prudent enough not to fall into open criticism, which would otherwise seem to be not politically correct on the close aftermath of the signing ceremony which was held in Rotterdam on the 23rd September 2009.²

3. The Convention contains 18 Chapters and up to 96 Articles, so it is a long set of provisions but it does not mean it is, indeed, a comprehensive one. No voyage across its chapters may be of any usefulness unless we attempt to grasp the essence by addressing the very backbone of these new rules for the international carriage of goods. Then, we will refrain from entering into some areas of self-purpose or geared by a modernisation spirit (i.e., delivery of the goods, transport documents, electronic records, right of control and transfer of rights), which would deserve special attention elsewhere both on account of its novelty or of their implications to the trade.

4. In this essay the following matters will be examined:

- international purpose and subject-matter scope of application.
- the concept of multimodal transport introduced by the Convention.
- the definition and identification of the Carrier.
- the liability regime of the Carrier for loss, damage or delay.
- the Shipper's duties vis-à-vis the Carrier.
- mandatory and optional provisions in the Convention rules.
- the intended scope of application.
- the aimed uniformity and relations with other Conventions.
- jurisdictional, arbitral and procedural issues.
- the practical needs the Convention is to serve.

II. The International Purpose of the Convention.

5. The General Assembly believed that “the adoption of uniform rules to govern international contracts of carriage wholly or partly by sea will promote legal certainty, improve the efficiency of international carriage of goods and facilitate new access opportunities for previously remote parties and markets,”³ which will be seen as a political statement often common to diplomatic treaties but no more.

6. The focus on uniformity, and so the very objective of any reform, had been traditionally placed in the BILL OF LADING as a document of title for the transport of the goods by sea (thus, the Hague

² “Without doubt, as in any human effort, the text may create problems that we cannot now foresee. It would be imprudent to say that the cause of those effects is to be found in frivolous treatment, a lack of consideration of real problems, or in an absence of carefully drawn language”. D. MORÁN, “Ocean Carriers’ duty of care to cargo in port: the Rotterdam Rules of 2009”, *Fordham International Law Journal*, Volume 32, No. 4, April 2009.

³ *Idem*, p. 1

Rules⁴, the Visby Protocol⁵ and the Hamburg Rules⁶). The CMI in 1996⁷ adopted a wider approach to include those issues ancillary to the sea carriage of goods, arising during the transit or ashore, or in relation with the underlying contracts of sale and insurance and commenced a work taking the Hamburg Rules and the Hague-Visby Rules as basis for attaining an update overcoming both. The CMI did not have in mind at the outset a multimodal convention as such or a convention if at all⁸. The UNCITRAL opted for a more ambitious plan of reform with a focus on the CONTRACT OF CARRIAGE, which of course implied and required a careful architecture and not only another pair of glasses. Matters relating to freight, storage ashore, loading, stowage, discharge, delivery, relations with the Shipper, interplay with the underlying contract of sale, lien on the goods carried, change of voyage and change of the port of destination, etc., had dwelled outside the previous international law instruments in force. The contract of carriage does not of itself protect the rights and interests of the consignee, wherefore framing up a contract of carriage which should be both binding and equitable between the contracting parties and protective to the cargo receiver was a task lying ahead for the Working Group III. Soon after the sessional periods had been launched the chapter of “freight” was dropped entirely and others followed while the right of the parties to change the voyage was incorporated by a mechanism of “right of control”⁹ over the goods similar to the one used with Seaway Bills, but without first defining in the Convention the effects and consequences of amending the contract of carriage between all the parties affected and in relation to the contracts of sale and insurance¹⁰.

7. The result achieved by UNCITRAL in ruling over the “contract of carriage” is partial and limited. The aspects now regulated will be the obligations and liability of the Carrier, the period of liability of the Carrier, dangerous goods and sacrifice of the goods at sea, deviation, deck cargo, carriage preceding or subsequent to sea carriage, obligations and liability of the Shipper, transport documents and electronic transport records, delivery of the goods, transfer of rights and time for suit. Other contractual issues such as the calculation and payment of freight, the liability for delay in port and payment of demurrage, the right to lien the cargo, the assignment of the contract of carriage to another party, the liability for damage to the vessel arising out of defective stowage of the goods, claims by stevedores and

⁴ International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading (Brussels, 25 August 1924).

⁵ Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading (Brussels, 23 February 1968).

⁶ United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, (Hamburg, 31 March).

⁷ “It is thought that the CMI should offer its cooperation to UNCITRAL and that areas which are worthy of investigation include the following:

Relationship between carriage of goods by sea and multimodal transport.

Transport documents.

Bankability of transport documents.

Relationship between contract of carriage and contract of sale of goods (whether and to which extent one may affect the other).

Contracts ancillary to the contracts of carriage such as forwarding contracts and contracts with terminal operators”. F. BERLINGIERI, “*Report of the Chairman of the ISC on uniformity of the Law of carriage of goods by Sea*”, 1996.

⁸ “It is therefore sufficient that CMI investigates whether by making provisions in the law of contract for carriage of goods by sea the position of the bank could be clarified on a uniform basis, without entering into the very difficult issues of transfer of ownership and creation of pledges on the goods. A study will have to be conducted with regard to the question of where and how liability of the shipper is (and should be) transferred to a subsequent holder of the document in the light of the current laws. The study will also have to answer the point of what part of the liability will remain with the shipper”. A. VON ZIEGLER, “*Report of the CMI Steering Committee on Issues of Transport Law*”, 1998.

⁹ “It must be noted that the UNCITRAL draft carefully restricts itself to provisions of transport law and does not extend to matters of sale or property law. However, it obviously take into account the fact that its transport law provisions have to function in conjunction with the law of sale and the law of property. As a result, the right of control is defined in such a way that the controlling party has similar control over the goods as the holder of a negotiable transport document under the present negotiable transport document practice”. G. J. VAN DER ZIEL, “The legal underpinning of “E –Commerce in Maritime Transport by the UNCITRAL Draft Instrument on the Carriage of Goods by Sea 2003” *CMI Yearbook*, 2003.

¹⁰ “The transfer of documents provisions of the CMI Draft Instrument on Transport Law 2002 are based on Anglo-American notions”. “Thus, the Draft instrument is silent on title and ties any independent characteristics exclusively to on-sale documents. Under such documents, a new holder assumes rights by transfer according to well-recognized methods but incurs liabilities only through the exercise of rights”. H. TIBERG, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, “Transfer of documents”. 03.02.2003.

terminal operators, performance of the contract, non-arrival of the vessel to the port of shipment, cancellation rights, frustration of the contract, terms and conditions relating to matters other than the care of the cargo, etc. up to a number of questions that would certainly arise within the frame of the contract of carriage but unrelatedly to the Bill of Lading or to the document of transport. The new scope of “contract of carriage” becomes limited and is subject to voluntary agreements, opting in and out, that may make it suitable to “volume contracts”¹¹ but not to “voyage charterparties”, which are substantially contracts for the carriage of goods nevertheless.

8. A composite of solutions have been brought into the Convention for attempting a partial regulation of the “contract of carriage” but often the logic and legal foundations of some provisions do not work together.

III. The Concept of Multimodal Transport Introduced by the Convention.

9. The contract contemplated by the Convention shall be “wholly” by sea and it is conceived to be a marine carriage in many occasions. It can be also (“partly”) a contract providing for carriage by other modes of transport in addition to the sea carriage. When it does, then the transport service embracing more than one mode shall be truly multimodal. However, one of the modes must be the marine carriage, for which reason the Convention is called “maritime plus or wet multimodal”. The ambit of application is thence limited to multimodal carriages ancillary to or in connection with the sea leg, which is unfortunate because other examples of multimodal services will be falling outside the Convention.¹² The UN Convention of 1980¹³ kept the scope much wider by defining “international multimodal transport” as a carriage of goods by at least two different modes of transport on the basis of a multimodal transport contract from a place in one country at which the goods are taken in charge by the multimodal transport operator to a place designated for delivery situated in a different country. With no leg excluded, the regulation could have addressed modern issues of multimodal services and interphase logistics, also dealing with the liability during port transit, since the ITO Convention 1991¹⁴ did not ever enter into force.

10. However, the UNCITRAL product afforded a pattern essentially “maritime” to any contract of carriage governed by it, whether multimodal or not, which would make certain provisions inadequate to multimodal services of today.¹⁵ Frameworking the liability for the container in a segmented fashion (network liability) causes the revival of the traditional problem of the localisation of the loss or the damage in one leg or another, which the new draft solves by applying a so-called “minimal network rule”, whereby the provisions of the Convention shall apply whenever no other modal international convention applies mandatorily and solely before loading the goods onto the ship or after their discharge from the

¹¹ “I doubt whether excluding volume contracts in the liner trade would have been controversial either, but the US wished to include them, at least insofar as they are service contracts within the definition in the US Shipping Acts, and then to include provisions whereby the parties to such contracts may derogate from the mandatory terms, and in certain cases bind third parties to such derogation”, “or maybe because where the US leads, the world tends to follow”. S. BEARE, “*Presentation to Cape Town Colloquium*”, February 2006.

¹² “There would be great possibilities to look at sea carriage rules from a fresh perspective. When this not happen, the question is what “fair” liability rules really mean. When is a new proposal better than the existing rules? The UNCITRAL Draft includes several rules which might create more problems than solve them. Any proposal should start from a port-to-port option, with separate ambitions to create a new multimodal Convention. Should a door-to-door option be the only alternative then the UNCITRAL Draft is too aggressive in case of unlocalized damage. Some independent liability rules would have to be created”. H. HONKA, “*The legislative future of Carriage of Goods by Sea. Could it not be the UNCITRAL Draft? An academic’s view*”, December 2002.

¹³ United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods (Geneva, 24 May 1980).

¹⁴ United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade, (Vienna, 19 April 1991).

¹⁵ “It is essentially a maritime transport instrument with some multimodal elements very half-heartedly bolted on without proper regard for the needs of land transport or of modern trade logistics”. EUROPEAN SHIPPERS COUNCIL (ESC), Position paper, April 2007.

ship.¹⁶ The conflictual panorama that may derive from a rule that involves a discussion over the actual place of the loss or damage can be easily imagined. By making these sort of repairs in the heart of the conflict between modal Conventions, the new rules enter into the shallow waters of liability by stages and take away predictability.¹⁷ It is therefore a limited concept of multimodalism, which poses more questions than it can answer, and loses a great opportunity¹⁸ for moving the world from 1980 forward to a modern regulation of the container transportation¹⁹ worldwide.

IV. The Definition and Identification of the Carrier.

11. The new rules provide (at Chapter 1, Article I.5) a rather simple concept of Carrier, namely, is a person who enters into a contract of carriage with a shipper, therefore a “contracting Carrier”. It does not cover, unlike the Hamburg Rules, the “actual Carrier” by means of the expression “by whom or in whose name a contract of carriage has been concluded with a Shipper”. Yet, the Convention adds the notions of “performing party” and “maritime performing party” in order to bring into the shape of the Carrier other persons who performs or undertake to perform any delegated function under the contract of carriage to the extent that such person acts, either directly or indirectly, at the Carrier’s request or under his supervision or control (performing parties); or other persons who performs or undertake to perform any of the Carrier’s obligations during the period between the arrival of the goods at the port of loading and their departure from the port of discharge (maritime performing parties). By means of such a double umbrella, though using peculiar language, all other persons to whom the contracting Carrier assigns the performance of a part of his duties, whether ashore, on board or at sea, may take his position provided that they do so at the Carrier’s request or under his supervision or control. Thus, any agent or subcontractor who undertake the receipt, loading, handling, stowage, carriage, care, unloading or delivery of the goods would include ship agents, port operators, stevedores, trimmers, haulers, watchmen, port drivers, terminal operators, etc., provided that any of those acts for or serves the Carrier at his request or under his supervision or control. Of course, none of them are Carriers for the purposes of the contract of carriage but will be answerable for what they do in such capacity. It is most confusing that some of these subcontractors, agents or servants may be also “maritime performing parties” in reference of the period of contractual transit, whether it be wholly or partly by sea, wherefore an on carrying ship after transshipment may be an “actual Carrier” as much as it can be a terminal operator at the port of loading or at the port of discharge (but acting as agent for the Carrier). The addition of these figures breaks the traditional and well-established treatment of servants, agents and contractors of the Carrier, for whose acts or defaults he was to be responsible always. The Civil law concept of “culpa in vigilando et in eligendo”. The Convention changes course in order to allow tort actions directed against the “maritime performing parties” and their use of the defences available to the Carrier, and at Article 19 renders those persons who perform for or on behalf of Carrier during the contract transit period subject to the obligations and

¹⁶ “It thus seems that a network system of that sort is the best that can be achieved in this political climate, whatever the best system might be in the abstract. The goal here should therefore be to get as much uniformity as politically possible into a system that will, by definition, not be uniform”. M. STURLEY, *Draft report of the 5th meeting of the ISC on Issues of Transport Law*, London, 18 July 2001.

¹⁷ “The Association does not support two fundamental policy options: first –in itself commendable- freedom to opt out of the Convention, which is perceived as being defined too vaguely, and secondly, the Convention’s applicability to carriage other than sea carriage, the practical elaboration of which is seen as anomalous”. G. VAN DOOSSELAERE, (for the Belgian MLA). “*The Belgian position on the new Uncitral Convention*”. Position paper. October 2008.

¹⁸ “Overall, the new regime presents a curious mix of old and new”. “Nevertheless the Convention has some reactionary features and to some degree seems to represent a lost opportunity more radically to clarify and simplify the law. Temptations to litigation such as the possibility of breaking the limit of liability through proof of intentional or reckless conduct are retained. The unnecessarily complex scheme of liability is likely to generate much contentious debate. The documentation rules seem overly prescriptive and might safely have been much simplified. The hefty but incomplete foray into regulating multimodal transport is an unhelpful contribution to the development of satisfactory rules governing all types of modal combination”. D. GLASS, “A sea regime fit for the 21st century?”, *Shipping & Transport International*, Volume 7, no. 2, 2008.

¹⁹ “The container is in the base of the project: it is not about an adaptation of the text (of the Rotterdam rules) to the container but rather it is a text thought out and designed for the container”. R. ILLESCAS, “Project of UN Convention over the contract of international carriage of goods wholly or partly by sea”. *El Derecho de los Negocios*, issue no. 210, Madrid, March 2008, (translation).

liabilities imposed on the Carrier under the Convention, albeit with the entitlement to his defences, where the actual occurrence that caused the loss, damage or delay during the period and to the extent he was participating in the performance of any of the activities contemplated by the contract of carriage, that is, to the extent that he was “performing” in respect of the cause from which the claim originated.

12. The case of the “terminal operator” is one for hard-fitting into the Convention because is essentially an intermediary who will have dealings with the shipper or the liner carrier prior to or after the sea transport in regard to the stuffing/destuffing of containers, the land-side transport, the warehousing in the terminal, etc. What makes the situation quite complicated is the fact that the terminal operators act as agent both for the shipper and for the carrier. Furthermore, the international terminal operator may be engaged also by a forwarder, by the receiver of the unloaded cargo, by the groupage agent, by the Custom or Port Authority, by an individual depository and, indeed, by a non-liner multimodal operator.²⁰ The new rules shall be concerned with the cases in which the terminal operator performs any part of the Carrier’s duties acting as his agent. They do not regulate equally, if at all, the liability of the terminal operator whenever he is acting as agent of parties other than the Carrier. Presumably, in all of the circumstances the terminal operator shall be able to make use of the specific terms for storing goods in the terminal, but vis-à-vis the cargo interests reliance must be had to his defences under the Convention when he is undoubtedly to be held a “maritime performing party”. The Convention includes in the definition an inland Carrier who performs his services exclusively within a port area, but an inland on-carrying company may well store cargoes in terminals situated outside the port area, which is an arguable location concept always. Yet, where the terminal operator, happened to be a “maritime performing party” and is held by a Court award to be jointly liable with the Carrier, then the latter should be able to redress an action against the terminal operator for recovery of the sums paid by him, whether in full or for the part liability (i.e., concurrent causes leading to apportionment of fault), then the terminal operator may not be able to make use of the Convention’s defences vis-à-vis the Carrier under Article 19 but will have to rely on the terms of the warehousing contract. This problem was solved by the ITO Convention 1991²¹.

13. The Carrier and one or more maritime performing parties may be held joint and severally liable for the loss, damage or delay. A liability “in solidum” would be not be understood to arise in a context of delegation of functions by the Carrier. The construction would allow cargo claimants, and others, to sue one or more maritime performing parties (e.g., the ship agents, the stevedoring company and the crane driver) in tort, together or otherwise the Carrier in contract, for damage to the goods occurred during the unloading operations. While, it would have been far more simple and efficient to hold the Carrier liable in contract only for the damaged cargo and disallow tort actions against the subcontractors, however popular these may be in some countries.²² The Convention introduces multiple “part-Carriers” who can be sued not only in the jurisdiction of the port in which they performed their function but also in their place of domicile or residence, by effect of Article 68. The litigation menu for forum shoppers is ready. The second half of the device is the use of the defences available to the Carriers, which the Convention sets out under Article 17.3 through a list of some 15 groups of exculpatory causes, some of which pertain to the sphere of the Carrier only, and by an exercise of rewriting the “Himalaya Clause” of the English law into the provisions of the Convention, no matter the degree of fault, the application of the benefit to persons who acted under the control of the Carrier or at his request only and the cross-effect of the joint and several liabilities and above all no matter of whether the very fault or neglect of the subcontractor in the particular operational phase of the transit arose out of his employment, training

²⁰ We believe the changes in liability proposed by the draft Convention deserve specific consideration by Terminal Operators”. “The proposal by UNCITRAL would curtail the terminal operators’ freedom”. P. STÖCKLI (TT Club), *Club Release*, December 2008.

²¹ *Idem*, p. 4

²² “Shippers/consignees needed to pursue one single operator in the event of loss of, or damage to the goods involved in multimodal transport, who would be responsible for the overall transport, rather than against several unimodal carriers involved. There was a need for an international legal framework for multimodal transport of goods”. UNCTAD SECRETARIAT, “Implementation of Multimodal Transport Rules”, 25 June 2001.

or conditions of performance. The overall result would possible drive cargo lawyers into paradise for shaping up their recovery lawsuits.

14. The Carrier, where not identified by name in the transport document (in liner trades he normally is but not always), by effect of Article 37.2, the registered owner of the carrying ship will be presumed to be the Carrier. Such a presumption or prima facie case could be destroyed by the registered owner proving that the ship was under a bareboat charter at the time of the carriage providing his name and address, and likewise then the bareboat charterers might rebut the presumption by proving that some other party is the Carrier. This game of the “Carrier finding” may be of little use where the registered owner is a paper company only and no answer is provided, bearing in mind that shipping is a footloose international industry in which the majority of the companies have their assets registered off-shore. Then, the registered owner alone will not assist the claimant, who may well act to arrest the ship. It might have been perhaps more expeditious to have built up a presumption of Carrier against any person who, unless identified in the transport document, employs the ship with or without possession.

15. Alternatively, by leaving it up to the claimant to prove that the registered owner is not the Carrier. The overall design of the identity of the Carrier under the new Convention suggests a combination of case-by-case Carriers, many of whom are not party to the contract of carriage, which would probably incent tort actions to a larger extent because the registered ownership would not often open the gateway to the Carrier.

V. The Regime of the Carrier’s Liability.

16. The new regime brought by the Rotterdam Rules is not new, though presents a radical change in reference of the Hamburg Rules, inasmuch as it preserves a lot of substance of the Hague-Visby rules²³.

17. The period of responsibility of the Carrier as custodian of the goods begins when he or his servant, agents or subcontractors (performing parties) receives the goods for carriage and ends when the goods are delivered. This is an ample scope which trespasses the port limits and enables a regime door-to-door.²⁴

18. The Carrier has inherited from the Hague-Visby the catalogue of specific obligations, under Article 12, so as to properly and carefully receive, load, handle, stow, carry, keep, care for, unload and deliver the goods²⁵, save as otherwise agreed with the Shipper or the consignee and stated in the contract particulars²⁶. The Carrier takes also on himself making and keeping the ship seaworthy before and during the entire voyage, manning the ship with a proper crew and equipping and supplying necessaries to the ship, making the holds and all other parts of the ship fit and safe for the reception, carriage and preservation of the goods, in other words, cargo worthy.

19. These basic duties of the Carrier should be of course always implied and in return of payment of a freight under any contract of carriage and do not add to the obligations that are presumed from any

²³ “About the only thing the Antwerp (ESC) Seminar agreed on was that the Rotterdam Rules are long and inelegantly drafted compared to the Hague-Visby Rules”. N. SMITH, “*Fairplay*” – Issue 6537, 25 June 2009.

²⁴ “It will be apparent that the aims of the CMI and UNCITRAL were much broader than the existing liability Conventions on carriage of good by sea. Indeed, initially, there was no indication that the project would embrace liability issues at all, but liability was included in 1999”. S. GIRVIN, “*Lloyd’s Maritime and Commercial law Quarterly*”, 1 October 2001.

²⁵ “It is disappointing that, despite positive indications in earlier discussions to the age-old problem of demands for delivery of cargo without surrender of a negotiable document the final version has been watered down”. D. CHARD, *BIMCO Bulletin*, volume 103, April 2008.

²⁶ It would be good to encourage commercial parties to clarify their contracts of carriage so that it would be possible to tell what obligations were being assumed. Commercial parties will probably not be influenced by what some body from afar tells them they should do by way of drawing up their contracts. There is no practical sanction that can be applied if the parties continue to produce unintelligible and incomplete documents”. A. DIAMOND, *3rd meeting of ISC on Issues of Transport Law*, CMI, New York, 7 July 2000.

decent Carrier. However, such obligations do not amount to a warranty but only lead to the exercise of due diligence, which is always a burden rather easy to discharge. There is perhaps of little use to the cargo owners that the Carrier should be supposed to keep his ship in a seaworthy condition during the voyage but at the same time that he could be required to do no more than exercising due diligence, which in respect of maintenance works will be most difficult to define and apply under every other circumstance. The catalogue of specific obligations would only add to the Carrier's frame of liability where those should be obligations of guarantee or of presumed fault (as under the Hamburg Rules).

20. Article 17 establishes the Carrier's liability for loss of or damage to the goods, as well as for delay in delivery, on basis of fault only which is not presumed but will be excused under a number of cases (altogether more than 40 exculpatory causes). For the Carrier to be liable under the new rules the following burden of proof must be discharged²⁷:

- the claimant must first prove the location of the loss or the damage and that the Convention shall apply, upon which

- the claimant must prove that the loss, damage, or delay took place during the period of the Carrier's responsibility under the Convention. It would not be enough to prove the loss or damage at the time of collection of the cargo.

- then, the Carrier may prove that the cause or one of the causes of the loss, damage or delay is not attributable to its fault or to the fault of any performing party for whose acts he must respond. The proof of no-fault is related to the cause or, in the event of concurrent causes, to only one of them. As long discussions may come about what or which were the causes of the loss, damage or delay, the Carrier may always be relieved from liability by merely proving one or more of the stated events of exculpatory kind in the alternative. Then, the Carrier instead of proving the cause and the absence of fault in respect thereof he can prove one of up to some 40 exceptions as causes or just contributory causes to the loss or damage giving rise to the claim (e.g., perils, dangers and accidents of the seas). Some of the listed events do no longer belong to the XXI century. It is noteworthy remarking here that the old exception of "fault in navigation or in the management of the ship" has been removed and this alone has been broadly taken as a major concession to the cargo interests under the Rotterdam Rules.

- then, however, the cargo claimant may prove that the Carrier is liable because he was at fault in respect of the event or relieving circumstance he relies on, or as well the claimant may prove that the cause did not flow from any of the long list of exculpatory events but from another, in respect of which the Carrier cannot discharge his fault either.

- then, the claimant may alternatively avoid the long list of the Carrier's exculpatory causes by proving that the cause, or contribution thereto, was the unseaworthiness of the ship, or the improper crewing, equipping or supplying of the ship or the uncargoworthiness in respect of the conditions of the holds or of any containers supplied by the Carrier.

- then, the Carrier may prove that none of these events (e.g., unseaworthiness) were causative to the loss or damage or delay, or

- then, the Carrier may still prove that he exercised due diligence in respect of the obligation concerned, which in fact allows the exception of "fault in navigation" to return for relieving his liability in relation to an "obligation of moyen".

21. Bearing additionally in mind that where the Carrier is relieved of part of his liability by virtue of one of the listed exceptions then he will be only liable for the other part for which he is effectively liable or not excused, whereby the Courts will have an important task of apportioning fault in respect of each single accident.

22. As may be seen, besides the liability for delay, very little is new since 1924 under the Rotterdam Rules.

²⁷ "ECSA firmly believes that the Rotterdam Rules provide for the necessary legal certainty and uniformity with regard to cargo liability". EUROPEAN COMMUNITY SHIPOWNERS ASSOCIATION (ECSA), "ECSA backs Rotterdam Rules", press release, June 2009.

23. The way the burden of proof is to operate favours the Carrier considerably by shifting to the claimant in order to prove his fault beyond a large number of excepted perils or, eventually, beyond due diligence²⁸. The rules on limitation of the Carrier's liability (Articles 59-61) are probably the most disappointing section in the body of the Convention. Limits set at 875 units of account per package or 3 units (SDR) per kg. of gross weight of the goods, whichever is the higher, and 2.5 times the freight payable on the goods delayed, are low having regard to the economical conditions prevailing at 2011/2012 and compared to the higher limits under the Multimodal Convention fixed in 1980 (SDR 925). Adding to it the toughest rule ever on loss of the benefit of limitation, which requires the claimant to prove not only personal act or omission of the Carrier but also an intentional action or reckless but with knowledge that the loss would result, would possibly turn the right of limitation undisputed. This protracted language, which poses conflict of interpretation under Common and Civil laws, is surprisingly preserved at modern times in which breaches of safety laws and of regulatory standards (ISM²⁹, ISPS³⁰, SOLAS³¹, STCW³² Conventions) should be sufficient for rendering a vessel unsafe and unseaworthy, which would not seem to be much in consistency with the utmost protection of the right to limit under the new Convention.

24. This Chapter, like in every transport liability regime, is the axis of the Convention and the new regime appears to be unbalanced and very complex for the Courts of Justice to determine upon.

VI. The Shipper's Duties vis-à-vis the Carrier.

25. The Convention introduces two "shippers", namely, the person who enters into a contract of carriage with the Carrier and the person, other than the former, who accepts to be named as "shipper" in the transport document or electronic transport record, whom will be called "documentary shipper", mostly so to provide for freight forwarding operations.

26. A full Chapter 7 is devoted to the "shipper" in the new rules, which will be seen as an important turn in the history of the international marine carriage law. Indeed, under the Hague-Visby and Hamburg rules the role of the Shipper was one of guarantor of the accuracy of the information over the goods supplied to the Carrier for transportation. The Shipper supplied the necessary details on the cargo for issuing and signing the B/L. His duties and liabilities related to such a function of guarantee. Both previous law instruments established that the Shipper was deemed to guarantee the accuracy of the statements as to weight and quantity of the cargo and he was to indemnify the Carrier for loss resulting from his errors. While the traditional approach was about regulating the carriage of goods by sea under B/L only, the Convention adopts a general view of the contract of carriage, though limiting the position of the Shipper to the performance of certain obligations toward the Carrier under no equal contract footing. Through seven articles, the "Shipper" is conceived to bear a heavier onus operandi than in the past.

27. Thus, the Shipper must deliver the goods ready for carriage and always in such a condition that they will withstand the intended carriage, including their loading, handling, stowing, lashing and securing, and unloading, and that they will not cause harm to persons or property. Unless agreed otherwise in the contract, that is the general pattern of the Shipper's duties in respect of the cargo. All of the items of performance now envisaged do not belong to the Shipper's sphere of business and, particularly, in the liner trade are common to the Carrier's functions as custodian of the cargo and performer of the carriage.

²⁸ "This just goes to show that a failure to reach consensus among different trade interests and other organizations on the content of the Rotterdam Rules, and the complexity of them will most likely result in a number of potential multimodal variants being developed around the work and not just by the European Union". N. VAN DER JAGT, European Shippers Council (reported by American Shipper's California Pacific Connection), June 2009.

²⁹ International Safety Management Code.

³⁰ International Ship and Port Facility Security Code.

³¹ International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), 1974. Adoption 1 November 1974. Entry into force: 25 May 1980.

³² Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers, 1978 as amended in 1995 and 1997.

Then, the specific type of the natural shipper's role is about information and instructions with regard to the goods (Article 29). From a general scope the Shipper bears an obligation to provide, in time, the information necessary for the proper handling and carriage of the goods, including precautions, and for the Carrier to comply with regulatory duties in respect of the intended carriage and the particular cargo. This general duty is not strict or absolute because the Shipper shall discharge it when the information is not "reasonably available" to the Carrier (through its own agents, Liner trade), and also where "reasonably necessary" and upon timely notice from the Carrier that regulatory compliance is required. However, there is an obligation of guarantee in the part of the Shipper in respect of the accuracy of the specific information required for the compilation of the contract particulars and the issuance of the transport documents, and in respect of the carriage of dangerous goods also. This specific duty is to be strictly discharged and was present in the previous cargo Conventions.

28. The Shipper shall be liable to the Carrier (Article 30) for loss or damage sustained by the Carrier if he proves that such loss or damage was caused by a breach of the shipper's obligations under the Convention. General or specific breaches? In that relates to his general obligation, the Shipper's liability is based in fault so that he can escape liability, or part of it, where he proves that the cause or one of the causes of the loss or damage is not attributable to his fault. An example could be a leaking container or a defective pallet. Yet, in the cases of specific information for compilation and issuance of the transport documents and also in respect of marking or labelling dangerous goods his liability shall be absolute and independent of fault, and he shall indemnify the Carrier for loss or damage resulting from his breach of the guarantee on accuracy of the information. Since these are important particulars to be relied upon by the Carrier and by third parties including the cargo receivers and port authorities, it is understandable that the Shipper's obligation must be strict because there is a principle of safe trading involved. However, and by virtue of Convention's focus on the contract of carriage rather than on the carriage itself, the Shipper's should have been granted a right of listed exculpatory exceptions and of limitation (because the Carrier's loss may be often an economical or consequential one) in respect of his general obligation under Articles 27, 28, 29 and 32 (a) in order to strike a balance as it comes to compare the Carrier's and the Shippers' patterns of liability under the Convention.³³

29. The Shipper, where his functions are performed by agents, employees, etc., shall remain responsible for their acts or omissions. There is a dividing line between the subcontractors entrusted by him or by the Carrier, though a port terminal operator engaged by the Shipper (independent contractor) may not fall within an "entrustment" rule but within the mere ambit of service request. Unlike the Hamburg Rules, the Convention does not regulate the liability of the Shipper's employees, agents and subcontractor themselves vis-à-vis the Carrier and other third parties; since they shall be exposed to tort actions, maybe it would have been wiser to have avoided the application or reference to the domestic laws.

VII. Mandatory and Optional Provisions in the Convention.

30. Are the Rotterdam Rules mandatory? The question is asked and is answered in the affirmative by some of its fathers. The Convention, however, does not respond to the international character of "mandatory law" as a whole as it can be departed from or, indeed, excluded and included at the option of the parties to the contract of carriage. The notion of mandatory law of rules that are binding "iure et de iure" is well known to Civil law countries, and it may be said that an international treaty is essentially meant to be always mandatory and of binding force. Both the Hague-Visby Rules and the Hamburg Rules were "ius imperii", prevailing over any contractual clause contrary to their provisions, by effect of Art. 3(8) and Art. 23 respectively.

31. The new Convention contains a similar provision, at Article 79, which would make its rules mandatory except where the Convention provides it is not mandatory, which means "partly mandatory" only. The three, but not all, type of contract clauses to be voided shall be the following:

³³ "Contracts in the liner trade are less apt to be individually negotiated because form contracts (such as bills of lading and sea waybills) are the norm, and it has generally been assumed that an equality of bargaining power between the shipper and the carrier is less common in the liner trade". M. STURLEY, "Solving the scope-of-application puzzle" (CMI), 2004.

A) Those directly or indirectly excluding or diminishing the obligations of the Carrier or a maritime performing party under the Convention; but such obligations relate to the period of responsibility (from reception of the goods to delivery) while the Convention rules must give way to any other Convention where the loss, damage or delay took place during the periods prior to loading or subsequent to discharge to which such other Convention shall be compulsorily applicable under stated circumstances (then, e.g., stowage and conveyance within a carriage preceding or subsequent to the sea carriage); and subject always to special agreement with the Shipper or Consignee regarding port cargo operations (FIOS terms). Thus, the obligations set out by the Convention may be varied and fall out of the application scope.

B) Those directly or indirectly excluding or diminishing the liability of the Carrier or a maritime performing party for breach of an obligation under the Convention; in addition to non-application to the stages before loading and after discharge as said earlier, it must be born in mind that the liability of the Carrier under Chapter 5 is conceived in a rather loose and permissive fashion in respect of seaworthiness, crewing, equipping, supplying and fitting the holds or any containers supplied by him, it being engageable on basis of due diligence only, and as a result, e.g., clauses to the effect that the Carrier is not responsible for, e.g., failure of the reefer plant or the defreezing equipment on board may be potentially feasible under a frame of due diligence.

C) Assigning a benefit of insurance of the goods in favour of the Carrier.

32. The prohibition of contract terms extends itself, further, to the obligations and liabilities of the Shipper, consignee, controlling party, holder of the transport document or electronic record or documentary shipper, though it goes on to include “the increase” in respect of these alone, thus aiming to protect them against special terms imposable by the Carrier.

33. On the above conditions the Convention rules shall be of compulsory effect.

34. Nevertheless, the Carrier and the Shipper may agree special rules (opting out) in respect of VOLUME CONTRACTS (of large use in the US trades) providing for greater or lesser rights, obligations and liabilities than those imposed by the Convention and of course permitting protective clauses of any kind.³⁴

35. Also special rules may be introduced in the contract for the carriage of LIVE ANIMALS AND OTHER GOODS OF SPECIAL CHARACTER OR CONDITION excluding or limiting the obligations or the liability of the Carrier and the maritime performing party otherwise than as provided by the Convention (at Article 79).

36. Another exception is that, pursuant to Article 12.3, the parties shall be free to agree on the time and location of receipt and delivery of the goods³⁵, though provided that the receipt is not after the commencement of loading the goods on board and the delivery is before their final discharge. Since the contract of carriage may provide for carriage of the goods by other transport modes in addition to the sea carriage, the parties shall be able to agree the time and location of receipt and delivery of the goods as they may wish during the non-marine leg of the carriage, so the Carrier’s period of responsibility shall be then defined by the parties and the rules of the Convention may not apply in respect of loss or damage occurring before loading and after discharge phases³⁶.

³⁴ “However, contrary to Article III, rule 8 of the Hague Rules, a carrier doing business with a regular shipper under a so called “volume contract” would be able to contract out of most of the obligations and, for example, fix a very low package limit”. T. GRAHAM and F. GAVIN, “*Ince & Co. Shipping Update*”, May 2009.

³⁵ G. VAN DER ZIEL, “*Delivery marks the end of the Carrier’s responsibility*”, “Delivery to the Consignee” – Chapter 10, 2003.

³⁶ “In some instances there is a commercial need for cargo interests to be able to agree with the Carrier on variations of the contract of carriage and the question is who has that right. Another question is whether such a right may be transferred during the time when the goods are in the custody of the Carrier”. K.J. GOMBRII, *Background Paper on Right of Control*, 2003.

37. The loading or unloading operations may be agreed to be performed by the Shipper (free in out stowed), in which case the agreement may include provisions relieving the Carrier's of obligations ex-ship in connection with those operations. The Carrier shall be able to reject liability under Article 17.3(h). That agreement may be another way for opting out of the Convention rules. This specific exemption of liability does not exist under the Hague-Visby rules or the Hamburg Rules, and insofar as it does not derive from an act or omission of the Shipper on the accuracy of the goods particulars but lives within the framework of a contractual agreement, which is optional, it can be said that the performance by the Shipper of the loading or unloading operations should not relieve the Carrier from his obligations on board in connection with them, e.g., watching, crew assistance, officers' instructions, Master's orders in relation to stability and protection of other cargoes, etc., etc., because the specific obligations under Article 14 must be binding on the Carrier during the performance of the loading and unloading operations permanently, even where these are agreed to be performed by the Shipper or the consignee.

38. In that refers to DECK CARGO the Carrier shall not be liable for loss or damage to the goods so carried when the carriage on deck was agreed in the contract or was in accordance with the customs of the trade, provided that the deck carriage it is stated in the contract particulars; this is another option out.

39. The case of DEVIATION is one of some concern because in liner trades the Carrier invariably reserves for himself a "liberty of deviation" clause due to the need for altering the ports along the route that it often arises. Deviation is commonly excused when it is made for attempting salvage of life or property at sea, as was established by the Hague Rules in 1924. The solution given by the new rules is odd by referring, in the first place, to the "applicable law" (there should be no other than the Convention itself), then alerting as to the "deviation of itself" (what matters always is the consequence of deviating) and lastly allowing the Carrier to relieve himself from liability and otherwise to limit such liability provided that the deviation did not result from his personal act committed with the intention to cause the loss or recklessly and with knowledge that such loss would probably result. It is an unbreakable test. Deviation clauses and diverting orders shall be permitted by the Convention, which constitutes another important option out.

40. Then, the list of exceptions would show that the Convention is mandatory in part only, leaving aside the optional Chapters 14 and 15 relating to jurisdiction and arbitration.

VIII. The Intended Scope of Application.

41. The scope of the Convention's application is essential for weighing its potential ruling power and testing its major purpose of international uniformity. It is also relevant for assessing the ultimate balance of risk sharing between the parties.³⁷

42. As it regards the space (territorial ambit), the Convention shall widely apply to carriages between two different States where according to the contract either the place of receipt of the goods, the port of loading, the place of delivery or the port of discharge is located in a Contracting State. The flag of the vessel, the nationality of the Carrier, of the performing parties, the Shipper, the consignee or any other do not matter.

43. As regards the transport of goods (subject-matter application), the Convention shall apply to contracts of carriage, providing for carriage by sea and also occasionally for carriage by other modes of transport in addition to sea carriage. It does not apply to multimodal transportation not involving a

³⁷ "On the scope there is no clear view at present of what kind of Convention we are going to have. If it is door to door many options can be undertaken regarding the network and uniform system". J. M. MORINIÈRE, "Report to the IMMTA on the London meeting on the Transport Instrument", March 2003.

sea leg.³⁸ It does not either apply to loss or damage or delay localized in stages preceding loading and subsequent to discharge from the ship to which other international instruments would at the time of the incident apply mandatorily and wholly to all of the Carriers' activities governing its liability, limitation and time for suit, i.e., a modal Convention in force with application to such period. Then, there may be cases where the Convention shall not apply to such other modes that in addition to the sea leg were agreed under the contract of carriage. The Convention rules shall apply to liner trades upfront only, though even in the liner trades it shall not apply to Charterparties and contracts for the use of a ship or of any space on board the ship (slot trade). It applies, nonetheless, to non-liner (tramp) services when there is no charterparty or other booking between the parties and a transport document or an electronic record is issued, in other more simple words, only where the tramp vessel issues bills of lading uncovered by and not pursuant to a charterparty or to a booking agreement. The sphere of application and use of the new Convention is the liner transport primarily and also the non-liner services, unlicensed or non-regular, used by small or middle Carriers in the coastal trade or short-distance sea motorways. The Convention may be also made applicable by agreement (opting in) between parties (carrier, consignee, holder of the document of transport) who are not the original parties to a charterparty or to an agreement for the use of a ship or of part of her carrying capacity, which would embrace all those who are interested in contracting door-to-door transportation services with forwarders irrespectively of the contractual arrangements that the sea Carrier may have for the use of the ship or of part of her carrying capacity with another party. The commercial scope is then wider that may be thought of. However, it is regretted that Charterparties, which in their voyage form are fundamentally contracts of carriage, may have been deleted without at least the traditional inclusion of the cases in which a bill of lading, a document of transport or an electronic record is issued under and pursuant to a Charterparty but the holder is not the Charterer and the document alone governs the relationship between such holder and the Carrier (Hague-Visby and Hamburg Rules). In many of the voyage charters such may be the case as the holder is not the Charterer and the Charterparty terms are not, validly or at all, incorporated into the bills of lading. Certainly, that is the most common case with bills of lading issued under a Time Charterparty, by virtue of which the time-charterer acts as Carrier and issues, in liner trades more than often so, a document of transport to the Shipper or holder. The excluding rule at Article 6 is perhaps too restrictive and bans Charterparties unnecessarily. Last, the application of the new rules to Volume Contracts is made optional with a view to derogating from any mandatory force in the Convention, which means in practice that a considerable quantity of goods that may be carried by ships operating on a regular schedule will be falling out of the provisions of the Convention.

44. All in all, the scope of application to multimodal transports shall be uncomplete³⁹ and unsuitable and its application to door-to-door services shall be subject to a number of legal restrictions with commercial effect, while the carriage of goods by sea shall be the most benefited leg, albeit under a shorter extent of enforceability than the Hague-Visby and the Hamburg Rules.

IX. The Goal as to Uniformity and Relations with other Conventions.

45. The UN Assembly Resolution of the 11th December 2008 spoke of "the adoption of uniform rules to modernize and harmonize the rules that govern the international carriage of goods involving a sea leg" to express a paramount goal for making a new Convention in the field of transport law.

³⁸ "It is also likely that the adoption of the UNCITRAL Convention would prevent any new attempt by other international organizations to prepare a suitable convention for multimodal transport. This could have been a good opportunity for UNCITRAL to prepare a modern, balanced and widely acceptable transport convention to apply to all international transport contracts irrespectively of mode of transportation". M. FAGHFOURI, *IMMTA Newsletter*, August 2008.

³⁹ "The Instrument is to be a Multipurpose Convention, but the ambitious project is a long way from completion. This is because each of the component parts -multimodal liability, transport documents, liens, delivery, right of control, negotiability, rights of suit- are in themselves complicated and demanding international conventions, waiting to be drafted and then adopted. Is expecting to draft the various components into one international Convention, not expecting too much at this time?" W. TETLEY, "Observations re CMI ISC meeting London 16, 17 and 18 July 2001" 14 August 2001.

46. The Rotterdam Rules, at Article 2 using a similar fashion to Art. 3 of the Hamburg Rules, command that in the interpretation of the Convention “regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade”. The pillar of the Convention is therefore the promotion of international uniformity of legislation in the middle of an era of growing dissemination of regional and domestic rules and lack of uniformity in the particular field (the Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules, the ICC-UNCTAD rules for Multimodal Transport Documents, the Budapest Convention on the Contract for the Carriage of Goods in Inland Navigation and the UN Convention on International Multimodal Transport of Goods, irrespectively of their entry into force⁴⁰) largely caused by the even process of ratification by the States of the Visby Protocol, the SDR Protocol to the Hague-Visby Rules and of the Hamburg Rules. The spread of liability regimes in the sea carriage of goods is patent as data on surveys regularly published will show. Then, the target of uniformity has all merits and responds to the international mission of the CMI, whose role and performance in the making of the new Convention must be appreciated and acknowledged, by the shipping community as a whole⁴¹.

47. The new rules may hardly achieve such desired international uniformity, and at any rate to any level greater than the Hague-Visby Rules have achieved to date.⁴²

48. In the first place, there shall be no conflict, though no unification either, with the other international unimodal Conventions in force (air, road, railways and inland waterways instruments) and the new Convention shall not prevail whenever the loss, damage or delay takes place during a stage prior to the loading of the goods into the ship or subsequent to their discharge to which another modal Convention (e.g., Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road, United Nations, Geneva, 19 May 1956-CMR) shall apply with a mandatory and full effect (Articles 82 and 26). The Convention may not either apply to Volume Contracts and to non-liner trade unless a transport document or electronic transport record is issued and there is no charterparty or similar booking fixture for cargo space. The Convention shall not apply to door-to-door transport service where there is no sea leg involved, thus excluding other forms of multimodalism.

49. The above limitation in its scope of application may not work towards uniformity, save in what touches the marine carriage alone.⁴³

50. Besides, it must be noteworthy that:

- the new rules are extremely complex and have no easy language, while simplicity and straight

⁴⁰ “The existence of several regulatory instruments that are applicable to the same business-like activity is already a serious problem, but moreover is a matter of concern that such instruments may present significant discrepancies over relevant issues such as the criteria for their respective scope of application and, in particular, for the liability regime of the marine carrier of goods”. C. LLORENTE, “New rules for the international sea carriage: Déjà vu?”, *Legal Today.com*, April 2008.

⁴¹ “It would be nice to think that this effort would receive universal support and that, in the meantime, national governments would refrain from devising their own national or regional solutions”, P. GRIGGS, Ince & Co. Maritime and Transport Law, IBA Section on Business Law, Maritime and Transport Law, IBA Section on Business Law, *Newsletter*, February 2000.

⁴² Few would deny the need for reform but whether the proposed Rotterdam Rules show the way forward must be doubtful. The lessons of history appear not have been digested”. “It nothing else it reveals a commercial world broadly content with the philosophy of the Hague regime and resistant to radical change”. R. THOMAS, “And then there were the Rotterdam Rules”, *Journal of International Maritime Law*, November 2008.

⁴³ “Submittedly, a worthy regulation of Multimodal Transport services must have the following characteristics:

- it must govern door-to-door transportation of goods under every form of intermodality, no matter the modes involved.
- it must provide a uniform regime of the Carrier’s liability from one end to another and no deviation according to the stages in the transportation chain.
- it must be a mandatory law of clear binding effect.
- it must provide a neat risk distribution system, so that insurance can be obtained in the market.

These issues, and other collateral to them, have not been resolved yet neither placed into a consolidated and single frame of law”. J.M. ALCÁNTARA, “Multimodal Transport in search of an International Regulation”, Conference on “Logistics/Transport Middle East 2008”, Royal Cultural Center, Amman , Jordan, 20-22 May 2008.

understanding are basic for uniformity of rules of law.⁴⁴

- they introduce new features like the electronic transport records, the right of control over the goods in transit and the variations to the contract of carriage, the transfer of rights under electronic transport records,⁴⁵ the enlargement of the Shipper's obligations and liabilities, the extraordinary powers afforded to the Carrier for disposing of undelivered cargo, including the private sale and destruction, the concepts of "performing party", "maritime performing party" and "controlling party", and the reference to Volume Contracts.

- they provide a pattern of the Carrier's liability entirely afresh, which combines a lot but not all with the regime under the Hague-Visby and differs radically from the Hamburg Rules and the Multimodal Convention. Although based in fault and approaching patterns under other modal Conventions, it does not serve to consolidate a grand unified theory among air, road, railways, inland waterways and sea carriage international liability regimes.⁴⁶ The new regime of the Carrier's liability is unbalanced as against the cargo interests⁴⁷, keeps a long list of exculpatory causes that lacks modernity and updating to the century⁴⁸, and builds up a system over the burden of proof that shifts conveniently to the Carrier to end up with due diligence reliefs in matters of such a crucial importance nowadays like seaworthiness of the ship, at times of international action against sub-standard ships. Together with the rather low limits adopted, which do not either respond to the century, the new regime may be seen too protective of the interests of Carriers, unbalanced and exceedingly tiresome for the cargo claimant in the task of discharging the onus of proof.⁴⁹

51. At Article 89, the Convention shall make State having adopted the Hague-Visby Rules or the Hamburg Rules denounce them if they ratify the new Convention and Article 90 no reservations are permitted. These provisions are positive steps, together with the requisite of 20 States only for gaining international force, toward uniformity since dual regimes shall be avoided in countries which adopts the new Convention but do not write off the Hague-Visby Rules, if they are a party, with immediate effect.

52. The process or the road to uniformity shall not be guaranteed or shall not be otherwise expected soon because of the too many different and non-unifying legal criteria that the new Convention brings along to the market, which shall need first read carefully what is excluded and what is not for making any practical assessment of suitability.

⁴⁴ "Both in text and structure the Draft instrument (on Transport Law) is unnecessarily complex and confusing. Unfortunately, little consideration appears to have been given to the need to ensure that internationally uniform rules are easy to understand and apply. Many of the provisions are complicated, with extensive cross-referencing. Their understanding requires considerable legal expertise and often the proposed wording leaves much scope for interpretation". UNCTAD SECRETARIAT'S *comments on the Draft Instrument on Transport Law*, 2002.

⁴⁵ "Finally, since the intention of the CMI is to create a new regime that will suit all parties to the transport contract, we respectfully submit that the CMI should draft a new Article mandating the shipper to notify the consignee or receiver or notify party of the terms and conditions under which the goods are to be carried before issuing the transport document or before the creation of any charterparty that would govern the transport document". THE NIGERIAN MLA, Bordeaux Colloquium, June 2003.

⁴⁶ "It has been a major point in the drafting of the Rotterdam Rules that they shall extend to door to door transport. It has, however, proven difficult to extend a Maritime Convention to land. First, the resulting regimes are complicated and undesirable from a policy point of view. Second, there are remaining, unresolved conflicts with unimodal transport Conventions that cannot easily be ignored. The attempt to resolve conflicts in the conventions leave a motley image, and are to some extent unsuccessful". E. ROSAEG, "*Conflicts of Conventions in the Rotterdam Rules*", paper presented at the 3rd Arab Conference for Commercial and Maritime Law in Alexandria, April 2009.

⁴⁷ "The changed balance of the new Convention now leaves more issues to freedom of contract, a situation that the current Law had tried to move away from. Although some large shippers or break bulk cargo owners may have the bargaining power to negotiate favourable terms, the majority of small and medium sized shippers will be disadvantaged having to accept the terms of the Carriers, probably at an increased risk or cost to themselves. This greater risk of shipping goods, transforms into higher insurance, therefore greater costs of good". A. PARKER, "*The Rotterdam Rules: a step backwards for Australian shippers?*", Logistic Association of Australia Ltd., 2009.

⁴⁸ "The list of defences presently found in the Hague and Hague-Visby Rules is for the most part left intact", V. M. DE ORCHIS, "*Client Alert!*", July 2004.

⁴⁹ "The skeleton of the new rules is Hamburg-made but the flesh is all Hague-Visby". "With regard to the allocation of fault between the parties, the new Convention stems away from the modern doctrines on strict liability or on presumed fault". E. CORNEJO FULLER, "*The legal evolution of the contract of carriage of goods by sea in the history*", IIDM XIII Conference, Montevideo, November 2008, (translation).

X. Jurisdictional, Arbitral and Procedural Issues.

53. The test of the Convention rules by the Courts of Justice and by arbitrators is not to come in the short run, no lesser than some 5 years after their entry into international force⁵⁰ and what we can advance at present may be premature and foresight only. However, this aspect is by far the most important to any international convention and must be constantly in the minds of the lawmakers. Because a Convention, the more so one seeking uniformity, shall be successful if it can perform well in the Courts and becomes workable and acceptable to judges and arbitrators, who after all shall be the interpreters of the Convention through their awards.

54. It is always hoped that what they finally say and adjudicate match with what is written in the provisions of the Convention and that they deliver findings to the market which as near as possible shall mean what the Convention says. We must therefore look thoroughly to how is the Convention designed to play before Courts and tribunals composed of laymen who do not have to be familiar with it, at least not before it becomes law. Out of estimate flowing from the experience in marine process and arbitration one can reread the Convention rules with a litigant magnifying glass and not without that sinking feeling that legal battles on disputes over the application, interpretation and enforcement of international maritime conventions is likely to provoke nearly always in the writer.⁵¹

55. The Rotterdam Rules contain 7 provisions relating to Jurisdiction and 4 to Arbitration (Chapters 14 and 15 respectively), though all of these rules are optional for the Contracting States that make a diplomatic “declaration” that they accept to be bound by them (opting in). The States which sign, ratify, adhere to, or accede to the Convention shall be able to adopt the Convention with or without Chapters 14 and 15 or one of them only. In principle and unless a “declaration” is made, at any time, by the Contracting State these provisions shall not be binding in that State; the “declaration” may be withdrawn also at any time thereafter (Article 91). Thence, it must be inferred that the uniformity to be sought by the Rotterdam Rules do not include the matters of Jurisdiction and Arbitration, for which reason the uniformity goal did not refer to these issues earlier in this essay since it was handled as a “de minimis” project.

56. The Hamburg Rules, at Articles 21 and 22, provided rules on Jurisdiction and Arbitration for the first time in the international maritime arena, as the Hague-Visby were silent.

57. The new Convention makes a complex but complete proposal along the following lines:

- an agreement over an exclusive choice of Court shall always prevail, though if contained in the contract of carriage and between the parties only. For actions against the Carrier only. It is a general case that most of the Liners forms contain a clause to this effect.

- in the absence of the above exclusive jurisdiction agreement, then:

- (a) the Courts of the Carrier’s domicile, or
- (b) the place of receipt stated in the contract of carriage, or
- (c) the place of delivery of the goods stated in the contract of carriage, or
- (d) the port of initial loading, or
- (e) the port of final discharge.

At the choice of the claimant.

- for actions against the maritime performing party,

⁵⁰ The entry into force of this convention would make the supply chain more complex and unwieldy and contribute to foster protectionism instead of free trade”. CLECAT, “*The European Freight Logistics and Customs Representatives*”, Position paper, May 2009.

⁵¹ “*The Rotterdam Rules will be difficult to understand for even the skilled ship operator or owner or charterer or shipper or consignee or receiver because they are so complicated. Even the skilled full-time maritime lawyer will have constant, important doubts of the meaning of the Rotterdam Rules*”. W. TETLEY, “*W.T.: Summary of some General Criticisms of the UNCITRAL Convention*”, November 2008.

- (a) the domicile of the maritime performing party, or
- (b) the port where the goods are received by the maritime performing party, or
- (c) the port where the goods are delivered by the maritime performing party, or
- (d) the port in which the maritime performing party performs its activities with respect to the goods.

At the choice of the claimant.

- for actions against the Shipper, in a competent Court designated by agreement between the Shipper and the Carrier.

58. Perhaps, the above jurisdictional venues could have been made simpler by granting a forum choice to the claimant: by exclusive agreement, in default of which the Carrier's domicile, or the place of receipt of the goods or the place of delivery (the port of loading and the ports of discharge for sea carriage only), in respect of actions in contract; and the domicile or the place in which the Defendant performs its activities with respect of the goods, for actions in tort.

59. Some difficulty may arise, under Articles 70 and 71, in connection with arrest or precautionary measures and consolidations of actions. In the event of the vessel being arrested and either the Arrest Conventions of 1952 or 1999 being in force in the Contracting State, then the provisions of such Arrest Convention regarding jurisdiction on the merits shall prevail (70.b). However, in the event of no Arrest Convention in force in that State, then the competent Courts in that Contracting State may have jurisdiction on the merits unless the Contracting State had made a declaration to the effect that it is to bound by Chapter 14 of the Convention, in which case they will have to abide by the rules of the Chapter. As regards, "provisional or protective measure" it must be understood that these relate to the ship and not to the cargo. The issue of consolidation of actions or amalgamation of proceedings would present two faces, namely, a single action brought against both the Carrier and the maritime performing party, in which case one of the non-exclusive venues shall be competent to hear either actions, but for the latter event of two separate actions being brought in different but correct venues under the Convention, the lawsuits could be amalgamated into the Court entrusted with the first action albeit the problems that may well arise where the lawsuits are commenced in two different States and one is not a Contracting State having made the declaration as to Chapter 14. The Convention also provides for removal, unless there is a binding agreement on exclusive choice of forum, of an action brought by the Carrier (by a maritime performing party it would be very unlikely) seeking a declaration of non-liability or any other action that would deprive a claimant of its right to select the forum under the Convention, once that the Defendant has made its choice of Court, in which the Carrier's former action may be recommenced. This provision has little ground because such a declaratory action may be addressed against the Shipper or one of his subcontractors, in respect of which no exclusive agreements are required, besides the fact that such declaratory action may be brought by the Carrier in respect of the localization of the loss or damage in a place that would render the Convention not applicable pursuant to Article 26 (this jurisdictional defence can be also raised by way of "declinatory" or challenging the jurisdiction chosen by the Plaintiff), and lastly because non-liability declaratory actions are usually admitted under the rules of due process and cannot be construed as intended for depriving any other party of a forum selection right, according to which such party may always acts first in Court.

60. Chapter 15 relating to Arbitration is also optional and presumed not applicable.⁵²

61. The choice of the arbitration venue follows a similar pattern to the one provided by the previous Chapter for jurisdiction, namely, the place agreed in the arbitration clause, in default of which (not "or") the domicile of the Carrier, the place of receipt of the goods, the place of delivery and the ports of loading or discharge(for marine carriage only). Oddly enough, there is no provision in the new rules requiring the arbitrators to apply the rules of the Convention, unlike the Hamburg Rules at Article 22.4, which would have otherwise made full sense for a declaration as to binding effect, or even will encourage Contracting States to make such declaration.

⁵² "The wider use of volume contracts together with voluntary provisions on jurisdiction and arbitration will result in a marginal application of the Convention, hampering international uniformity". M. FAGHFOURI, *IMMTA Newsletter*, January 2009.

62. Whether or not the Contracting States opt in for Chapters 14 and/or 15, the rules of procedure are dictated by the national law in force in the Contracting State to the effect that the domestic rules of process shall serve to vehicle the Convention provisions along the route to the Courts decision or the arbitral award, as the case may be. The Rotterdam Rules are considerably complex and flooded by reservations, distinctions, cross-references and back-and-forth readings which will not play usefully enough in the hands of adjudicators or will not, indeed, help making the proceedings run smoothly or quickly. Thus, a large number of preliminary and technical issues regarding application of the Convention, jurisdiction and title to sue can be expected because of the various exceptions and alternatives provided by the Convention itself. The practice of the evidence with regard to part-causes, main causes and concurrent causes, and particularly in that refers to discharging the rather special burden of proof suggested by Article 17 down the staircase to the issue of the exercise of due diligence, is likely to open up the way to endless objections and interlocutory challenges. Major issues of *litis pendens* and *res adjudicata* may present themselves in relation to actions against the Carrier and against the maritime performing parties, both at international and domestic levels. It may have been thought that by sticking closely to the Hague-Visby Rules greater advantage could be obtained from the abundant and settled caselaw accumulated during more than 80 years; that perception may not be too right when we consider that a great deal of the underlying navigation and technology as of 1924 is obsolete today and has been superseded by a much newer structure of the shipping business and of the vessels' designs and technologies, so that in countries of Civil Law the rules of law must be always construed to serve the purposes of the social and economical reality of the time in which they are to be applied. The Convention is hardly modern in that refers to the catalogue of the Carrier's obligations and to the list of exculpatory causes (still keeping the one of "fire on board") and in that relates to the limits of liability that were thought in 1980.

63. All of these factors, outlining the described complexity that would generate long and dragging processes, may not make the Convention an ideal tool for doing justice or resolving disputes in the hands of judges and arbitrators⁵³, who pursuant to the very Convention may not always be appointed in accordance with its rules of choice (no declaration in respect of Chapters 14 and 15).

XI. The Practical Needs the Convention is to Serve.

64. The new Convention geared by the UNCITRAL was intended to overcome, as a third option, the dilemma between the Hague-Visby and the Hamburg Rules.⁵⁴ I do not think that as regards the law on carriage of goods by sea that objective will be achieved as I am afraid that the Hague-Visby patterns will continue to be adopted by the majority, and those States which already have them will not adopt this Convention readily or promptly.⁵⁵ However, those non-European countries which do not worry about the conflict with the CMR⁵⁶ or CIM-COTIF⁵⁷ Conventions are likely to ratify the Rotterdam Rules, which

⁵³ "To sum-up, although the new Convention entails undoubted progress in the regulation of the marine transport of goods, at the same time it shows throughout a fear, logical somehow, of not reaching sufficient acceptability. Thus, when it comes to deal with the fundamental issues more installed, and unjust, in the current law, it can be noted that it (the new Convention) does not generally step forward to solve them but handles them in an ambiguous manner". N. LÓPEZ SANTANA, *Revista de Derecho del Transporte*, at p. 347, 2008. (translation).

⁵⁴ There was general consensus at the outset of the 9th session that the purpose of the Working Group's work was to end the multiplicity of the regimes of liability applying to carriage of goods by sea and to adjust maritime transport law so as better to meet the needs and realities of international maritime transport practices". S. BEARE, "*The CMI/UNCITRAL project*", April 2002.

⁵⁵ "The current project by the CMI and UNCITRAL may well return the maritime nations to the uniformity they enjoyed shortly after the Hague Rules were enacted". L. K. RAMBUSCH, *Committee A News, IBA SBL*, May 2002.

⁵⁶ "It seems likely that the Uncitral Convention will at least cover the period that cargoes remain on the pier before loading and after discharge. However, it is not clear how Uncitral will handle land carriage under multimodal transport because of competing land carriage conventions like the CMR in Europe", V. M. DE ORCHIS, *Fairplay* 14 March 2002.

⁵⁷ The last revision of the International Convention concerning the Carriage of Goods by Rail (CIM) goes back almost 20 years. This revision was completed at the end of the Eighth Revision Conference (Bern, 30.4-9.5.1980) with the signing, on 9 May 1980, of the new Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF).

together with the signature and impulse of the United States⁵⁸ (the new rules were to some extent made for them and for accommodating their Volume Contracts in lieu of passing another COGSA⁵⁹) will soon enter into force, probably by late 2011. Then, the shipping world will have three wet international instruments, namely, the Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules, but not a single Convention on multimodal transportation, which was generally accepted to be the real need for the market since the last quarter of last century.⁶⁰ The test and good running of the Convention in the law Courts remain unpredictable, as so is the success of the Convention. The market will gain a lot in strengthening Liner services and consolidating the trades around the world and short-sea, because the new rules are soft enough to please the large liner operators and tramp carriages will continue living in their discarded world of the charterparties and booking agreements looked after by English law and London arbitration (or Singapore)⁶¹. The Rotterdam Rules may not fit well into the Shippers' schemes and are unlikely to be welcome by them. Likewise, cargo insurers may think it twice in terms of burden of proof, legal costs ahead and unpredictability of solutions in regard of the localization of the loss or damage, and despite the gift of two-years time for their recovery suits.⁶² The Convention, most unfortunately, does not suit the needs of multimodal services and of the logistic chain, ignoring independent contractors of key importance such as the Logistics Operator and the International Terminal Operator. The advantages of the electronic transport records will be welcome, though these were to fly with the wind into a paperless era and did not alone justify a Convention. As a result, and partly due to the very restrictions and limitations of its own, let alone the lack of consensus reachable by the delegations to Working Group III, the magic and leading objective of uniformity may have not been served by leaving so many patches in the screen and providing piece-meal solutions to the transport users.

65. The political aims, nonetheless, will be achieved but every country or organization supporting this hard-laboured but complex Convention will know which of its own such is or may be in the middle or long run. A debate must now begin and in so doing the new rules will be best reviewed, and more examined and will become best known to their future class masters, namely, the law Courts.

⁵⁸ "We feel that controversial issues cannot be resolved on an individual basis. Successfully completing the present project will require commercial compromises in which the various affected industries can each achieve only some of their overall goals". PROPOSAL BY THE UNITED STATES OF AMERICA, (U.S. Position Paper), 11 July 2003.

⁵⁹ "The draft Convention does address many of the shortcomings of the current COGSA. But serious questions remain as to whether the draft convention will actually solve the problems. And where it does, will the Convention open a Pandora's Box of new issues for Courts to resolve?. Rotterdam contains a provision which could open the door for carriers to completely isolate themselves from the Convention", T. J. NAST, "*The Rotterdam Rules: A new day for Carriage of Goods by the Sea*", 2009.

⁶⁰ As a result, carriers and shippers in finding the scope of the Rotterdam Rules inadequate and incomplete will be forced to look to other conventions and other legal regimes to govern the transport contracts of their goods and their contracts. Thus, the Rotterdam Rules not only fail to create a uniform body of law for regulation of multimodal transport, but add to the complexity of existing multimodal transport regimes". W. TETLEY, "*A Summary of General Criticisms of the UNCITRAL convention (The Rotterdam Rules)*", December 2008.

⁶¹ "It is important to recall that national delegations each come with their own agenda. The carrier-friendly Hague Rules were created largely by the wealthy and powerful nations with their large navies and merchant fleets; many of these nations are still the bases for the large shipping lines and they retain an interest in protecting those industries; shipping nations generally are interested in increasing limitation amounts and removing defences". G. MAGRATH, "Rotterdam Rules: where we are and how got there". *Forwarderlaw.com*. May 2009.

⁶² "Now, theoretically, if the Rotterdam Rules are endorsed, it is natural that insurance premiums/deductibles for cargo risk (P&I) for shipowners and charterers increase, and the premiums/deductibles for traders' cargo insurance decrease. From a practical point of view it is, however, difficult to say what effects the new rules will have of course. Only time will tell". M. LINDFORS, "*Beacon*" – Skuld – Legal Issues, June 2009.

BOTTOM-UP LAWMAKING AND THE REGULATION OF PRIVATE MILITARY AND SECURITY COMPANIES

STEPHANIE BROWN

PhD (pending publication), International Law and International Relations, La Fundación José Ortega y Gasset. MSc, European Politics and Governance, The London School of Economics

Recibido: 02.12.2009 / Aceptado: 18.12.2009

Resumen: El aumento de la contratación de empresas privadas militares y de seguridad privada a nivel global crea un problema de regulación debido a las debilidades en la aplicación clara del Derecho Humanitario y Derechos Humanos existentes, y de las deficiencias intrínsecas inherentes a la delegación. Este artículo evalúa el tema de la creación de una regulación legal en relación al sector a través de la aplicación de la teoría de “Bottom-Up Lawmaking” a las asociaciones profesionales vinculadas a dicha industria. Señala un cambio en el modelo clásico centrado en el Estado, donde en vez de la formación de políticas para ser interiorizadas en la práctica, el análisis demuestra un proceso orgánico centrado en la creación de normativas por parte de los profesionales que terminen exteriorizadas a nivel del Estado a través de la agregación de su contenido.

Palabras clave: empresas privadas militares y de seguridad privada, bottom-up lawmaking, normativas internas, regulación.

Abstract: The increased contracting of private military and security companies on a global scale creates a regulatory issue due to the weaknesses in clearly applying existing international humanitarian and human rights law, as well as the intrinsic control deficiencies inherent in delegation. This article assesses the issue of the formation of regulatory policy as it relates to the sector through the application of the theory of Bottom-Up Lawmaking to the professional associations related to the industry. It points to a change in the classic state-centric model, where instead of the formation of policy to be internalized in practice, the analysis demonstrates an organic process centered on the norms created by practitioners being externalized to the state level through content aggregation.

Key Words: private military and security companies, bottom-up lawmaking, internal norms, regulation.

Summary: I. General Considerations. II. Definition Private Military and Security Company. III. Deficiencies in the Existing Legal Framework. 1. International Humanitarian Law. A) Mercenaries. B) Civilian & Combatant. 2. Human Rights Instruments. 3. Additional Issue of Control. A) Principal-Agent Problem. B) Complex and Transnational Nature of the Industry. 4. Conclusion. III. Policy Formation. 1. Issues with Classic State-Centric Model. A) Political Will. B) State Misconception of Established Risk and Sector Realities. IV. Sources of Regulation: Bottom-Up Lawmaking. 1. Initial Considerations. 2. Bottom-Up Lawmaking Theory. 3. Case Study: Bern Union. V. The Application of Bottom-Up Lawmaking to the PMSC Sector. 1. Initial Considerations. 2. Institutionalization. A) IPOA. B) BAPSC. C) Conclusion. 2. Members and Homogeneity. A) IPOA. a) Homogeneous Group. b) Membership Selection Process. B) BAPSC. a) Homogenous Group. b) Membership Selection Process. C) Conclusion. 3. Norm creation and internal-regulation. A) Initial Considerations. B) IPOA. C) BAPSC. D) Conclusion. 4. Judicial Procedure and the Role as Adjudicator. A) Initial Considerations. B) IPOA. C) BAPSC. D) Conclusion. 5. Group Interaction and Norm Compliance. 6. Conclusion. VI. Aggregation to the State Level. 1. Initial Considerations. 2. Montreux Document. A) Aggregation of Topic. B) The Association as Muse. 3. Afghan Law Dalw 1386. 4. Evolution to possible vertical and horizontal aggregation. 5. Conclusion. VII. Conclusion.

I. General Considerations

1. The issue of the regulation of private military and security companies (PMSC) has received increased attention of late. The academic treatment usually revolves around state responsibility and the application of humanitarian and human rights instruments to an actor that does not fit neatly into the existing definitions of the subjects of international law. Less frequent, but present, is the treatment of the sector from a control perspective, dealing with the negative implications of delegation inherent in a principal-agent relationship created through contracting.

2. The overarching theme regardless of the academic approach to the subject matter is the fact that the regulation of the industry is apparently deficient on both the domestic and international levels. This article takes the position that remedy to the regulation concerns on the contemporary actions of the PMSC industry require the application of equally as contemporary research parameters to the subject. It specifically analyzes the professional associations related to the industry as a source of policy content at a state level following the theory of Bottom-Up Lawmaking (BUL).

3. The article begins by briefly outlining the central weaknesses in the current regulatory framework. It first touches on those found in the application of humanitarian and human rights law to the PMSC sector. The reader must understand that much of the debate of the legal architecture applicable to the sector necessitates the argumentation of distinct scenarios in order to prove where a PMSC could be subject to the existing legal norms, contrasting possible theoretical application with real cases. Although the practical examples manifest the variations between the legal theory and the current reality, the limits of this article do not allow for their in depth treatment. The objective of this section is to highlight the general challenges in the application of existing international law and demonstrate that the current situation is a coexistence of possible applications of existing norms with lacunas that remain legally uncovered. The article compliments this overview with a look at the core control issues present in delegation, in an attempt to give the reader a general, although brief, understanding of the necessity for improved overall regulation.

4. Having established these facts, the article then moves into the application of the parameters of BUL to the PMSC sector, focusing on the International Peace Operations Association (IPOA) and the British Association of Private Security Companies (BAPSC), as the leaders in the field of professional associations related to the sector.¹ What the research looks to prove is that these private associations meet the same criteria stipulated by the theory that have been verified sources of content of international law and transnational regulation.

5. It is important to note from the onset that the application of BUL does not eliminate or replace the role of the state in the classic terms of policy formation. The theory does not negate that binding legal norms emanate from the proclamations and actions of states.² It describes a system where the BUL approach and the classic theory function side by side. What it proposes is a change in the role of the state in the development of those instruments.³ It describes a directional flow where the norms ascend from the private professional association to “hard” law through the appropriation of normative concepts,

¹ See International Peace Operations Association (IPOA): <http://ipoaonline.org>. British Association of Private Security Companies (BAPSC): <http://www.bapsc.org.uk>. The Private Security Company Association of Iraq (PSCAI) has not been considered in the scope of the article due to the fact that the majority of its functions are related to domestic permitting processes. See <http://www.pscail.org>.

² G.H. GUTTAL, “Sources of International Law: Contemporary Trends” in N. SINGH ET AL, *International Law in Transition: essays in memory of Judge Nagendra Singh*. Martinus Nijhoff, 1992. pp. 183. (in relation to the United Nations)

³ J. LEVIT, “Bottom-up International Lawmaking: Reflections on the New Haven School of International Law”, Fifth Annual Young Scholars Conference: The “New” New Haven School: International Law - Past, Present and Future, *Yale Journal of International Law*, vol. 32, 2007, pp. 412.

in part or fully, by official state institutions.⁴ Within this process the association acts as a muse, being inspirational and iterative at the same time. It results in the norms of the group acting as a base catalyst and a standard of reference against which official legislators redact and evaluate the subsequent law.⁵

II. Definition Private Military and Security Company

6. The modern resurgence of private military and security companies in the post-Cold War era currently presents several issues in terms of the regulation of the industry under existing legal frameworks, as well as several impediments to the creation of new forms of applicable policy.⁶ This is in large part due to an emerging global pattern of increased dependence on military and security services provided by this non-sovereign market.⁷ These companies have a recognized utility for their clients, be it implicit or explicit, who range from states, corporations, individuals and nongovernmental and international organizations.⁸

7. The PMSC industry is comprised of a group of heterogeneous entities that neither look alike nor serve the same markets.⁹ The general universal commonalities in the sector can be found in the fact that all PMSC share a common organizational business structure as for-profit companies, who provide a professional service to their clients based on a contractual relationship, and by definition are private, meaning that they are the property of non-state actors. But as it is a diverse sector, an in depth analysis of the wide array of specific services provided falls outside of the scope of this paper.¹⁰ At the lack of a common and globally accepted definition of the private military and security industry, one can define the PMSC as-- private, for-profit business entities dedicated to providing professional services including: support, consulting and the direct supply of profession capabilities related to security and defense. This operational definition captures the fact that the industry is comprised of revenue generating entities constituted under legal business structures, within which governments do not play a role in the management structure. It underlines the fact that the businesses are prepared to provide clients with a range of specific professional services via a contractual agreement.

III. Deficiencies in the existing legal framework

8. The deficiencies in the existing regulation of the PMSC sector relate to responsibility and consequences for illicit acts, as well as levels of control in delegation, and how those affect civilians, the states and the PMSC themselves. This article rejects the notion of a total legal vacuum propagated by some authors in relation to PMSC.¹¹ What it does recognize is that existing legal architecture is complex,

⁴ J. LEVIT, "Bottom-up Lawmaking Through Pluralist Lends: The ICC Banking Commission and the Transnational Regulation of Letters of Credit", *Emory Law Journal*, vol. 57, 2008, pp. 1182.

⁵ Ibid.

⁶ For a discussion on the historical background see: D. SHEARER, *Private Armies and Military Intervention*, Routledge, 1998, pp. 69; S. ARMSTRONG, *War Plc: The Rise of the New Corporate Mercenary*, Faber Press, 2008; C. ORTIZ, "Overseas Trade in Early Modernity and the Emergence of Embryonic Private Military Companies", in T. JÄGER & G. KÜMMEL, *Private Military and Security Companies. Chances, Problems, Pitfalls and Prospects*, Vs Verlag, 2007, pp. 11-22; K. BALLARD, "The Privatization of Military Affairs: A Historical Look into the Evolution of the Private Military Industry" in Ibid, pp. 42.

⁷ P.W. SINGER, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, 2003, pp. 18.

⁸ J. MAOGOTO & B. SHEEHY, "Contemporary private military firms under international law: an unregulated 'gold rush'", *Adelaide Law Review*, vol. 26(2), 2006, pp. 245-269. (speaking to the utility of the companies to clients)

⁹ infra note 7, pp. 88.

¹⁰ See infra note 7, pp. 92-100; M. VON BOEMCKEN, *BICC- Private Military and Security Companies: Origins and Definitions*, COST Action A25 Network Meeting on Private Military Companies, 9-10 Feb 2006.

¹¹ For a discussion the possible legal vacuum see: P.W. SINGER, "War, profits and the vacuum of law: Privatized military firms and international law", *Columbia Journal of Transnational Law*, no. 42, 2004, pp. 521; C. WALKER & D. WHYTE, "Contracting out war? Private military companies, law and regulation in the United King-

and at points can appear disjointed, and in some respects contradictory.¹² The analysis of the application of international humanitarian law, human rights law, and issues of control in a principal-agent relationship demonstrate the inadequacy of current regulation.

1. International Humanitarian Law

9. The upsurge in the reliance on military contractors raises the issue of their definition and related protection under the Geneva Conventions and the associated Protocols, which act as a basis for the application of international humanitarian law (IHL) in armed conflict. The application of IHL has also proven problematic especially due to the fact that states, confronted with present day realities of warfare, often have different interpretations of the content of the law and of the measures and mechanisms for its implementation.¹³ Thus civilian populations have the potential of being affected in the extent that they can be offered protections in armed conflicts, partially due to the debate and difficulty in identifying a clear definition for PMSC in light of existing IHL. Further, as many of the obligations and standards that guide states in regulating their armed forces are lacking in relation to PMSC, it raises concerns that states might simply outsource their military policy to PMSC without taking adequate measures to promote compliance with IHL even in light of their theoretical obligation to do so.¹⁴ It is worth noting at this juncture the difference between possibilities, not probabilities, where no study currently proves that a PMSC is more likely to perpetrate illicit acts than a member of a sovereign force. The perception of this being the case is due in part to the tendency of the media outlets to focus only on specific instances where this has occurred.

A) Mercenaries

10. Although there is a debate of the definition of PMSC as civilians or combatants under IHL, what is practically undeniable is that the legal parameters as they relate to mercenaries do not apply to the sector. It tends to occur, especially in journalistic pieces, that the term PMSC and mercenary are used synonymously.¹⁵ Although this commonly occurs, it does not truly represent reality. The term mercenary could be employed to demonstrate the disapproval of the author instead of as a reference to specific international legal criteria that have been met.¹⁶ Due to the fact that the use of the term mercenary can imply negative connotations, and its association with PMSC can influence the debate on the regulation of the sector, it is important to clarify the difference between the colloquial use and parameters given to the definition according to international law.¹⁷

11. Different from the colloquial use, the legal definition of a mercenary has its base in Art. 47

dom”, *International and Comparative Law Quarterly*, no. 54, 2005, pp. 687; G. ABRAHAM, “The Contemporary Legal Environment”, *The Privatisation of Security in Africa*, South African Institute of International Affairs, 1999, pp. 97.

¹² K. FALLAH, “Corporate Actors: The Legal Status of Mercenaries in Armed Conflict”. *International Review of the Red Cross*. ICRC, no. 863, 2006, pp. 601.

¹³ “Ensuring Respect for International Humanitarian Law in a Changing Environment and the Role of the United Nations”, *Concept Note: 60th Anniversary of the Geneva Conventions*, Federal Department of Foreign Affairs, Switzerland, 2009, pg. 1

¹⁴ H. TONKIN, “Common Article 1: A Minimum Yardstick for Regulating Private Military and Security Companies”, *Leiden Journal of International Law*, vol.22, Cambridge University Press, 2009

¹⁵ See for example: J. SCAHILL, *Blackwater: The Rise of the World’s Most Powerful Mercenary Army*, Nation Books: 2007; L. WAYNE, “America’s For-Profit Secret Army”, *New York Times*, 13 Oct 2003; S. CREEHAN, “Soldiers of Fortune 500 International Mercenaries”, *Harvard International Review*, Winter 2002; M. Lee Lanning, *Mercenaries: Soldiers of Fortune, from Ancient Greece to Today’s Private Military Companies*, Presidio Press, 2005.

¹⁶ A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006, pp. 299–300.

¹⁷ L. CAMERON, *International Humanitarian Law and Regulation of Private Military Companies*, Basel Institute of Governance, 2007, pp. 6.

of the First Protocol Additional to the Geneva Conventions (PGC-I), which regulates their use by states.¹⁸ To be considered a mercenary in accordance with Art. 47.2 of the PGC-I an individual must meet all of the cumulative criteria enumerated in the multifaceted article. As has been well established, the parameters outlined in the treaty produce a very narrow definition, to the point that it has been argued that it becomes unworkable.¹⁹ The greatest complication in the application of this article comes from its cumulative nature, whereby not meeting the terms of one section can free an individual from being legally defined as a mercenary.²⁰ Hence the probability of finding someone who meets all of the criteria, much less within in the PMSC industry, seems complicated if not impossible.²¹

B) Civilian & Combatant

12. Having established that it is improbable that any PMSC meets the legal definition of a mercenary, one must examine the legal definition of a PMSC as either a civilian or a combatant under IHL. It is important to note that the law establishes a distinctive line that is mutually exclusive, where an individual can only be one or the other.²² Therefore any concept that alludes to a partial status of quasi-combatant or semi-civilian can be dispensed with.²³ That said, finding an otherwise clear and general fit of the PMSC into the civilian or combatant legal categories is a nuanced task.

13. In this instance a general conclusion is first hindered by the fact that the legal status under IHL is dependent on the contractual relationship between the company and the client and the type of services provided.²⁴ It becomes an additionally complex process due to the fact that a base guideline in IHL is the relationship between the PMSC and the military chain of command and the command responsible.²⁵ In this instance each state has the capacity to determine the relationship between a contracted PMSC and the military chain of command under its specific domestic jurisdiction. Additionally PMSC who have contractual relationships with states do not necessarily have that relationship with the Ministry of Defense or the armed forces. In these situations the relationship between the contractor and the military chain of command is something more removed and more difficult to pinpoint.²⁶ Thus, many opine that

¹⁸ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. In relation to the impact of the article see: T. MILLIARD, "Overcoming Post-Colonial Myopia: A Call to Recognize and Regulate Private Military Companies", *Military Law Review*, vol. 176, 2003, pp. 67; S. GUL, "The Secretary Will Deny All Knowledge of Your Actions: The Use of Private Military Contractors and the Implications for State and Political Accountability", *Lewis & Clark Law Review*, 2006, pp. 294.

¹⁹ F.J. HAMPSON, "Mercenaries: Diagnosis before Prescription", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1991, pp. 14-16; G. ALDRICH, "Guerrilla combatants and prisoner-of-war status", *American University International Law Review*, vol. 31, 1982, pp. 881.

²⁰ For a discussion on the weaknesses of the norms as they relate to mercenaries see: D. KASSEBAUM, "A Question of Facts- The legal use of Private Security Firms in Bosnia", *Columbia Journal of Transnational Law*, no. 38.3, 2002; WALKER & WHYTE, "Contacting Out War? Private Military Companies, Law and Regulation in the United Kingdom", *International & Comparative Law Quarterly*, No. 54.3, 2005

²¹ *Infra* note 7, pp.524.

²² Art. 48—Basic Rule. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. "In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives."

²³ See C. PILLOUD, Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN, *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 515

²⁴ E.C. GILLARD, "Business goes to war: Private military/security companies and international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, ICRC, vol. 88, No. 863, 2006, pg. 530

²⁵ Article. 43. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.

²⁶ The scope of these relationships is something that is debated even at internal levels of states. See *USA vs.*

the classifications of combatants created so long ago can be incompatible in treating the modern phenomena of companies in the PMSC sector.²⁷

14. That said, IHL establishes under Art. 50 of the PGC-I, that in a situation of doubt, whomever does not fit into the established combatant categories is to be defined as a civilian.²⁸ Thus by default an exhaustive analysis, where only brief key points are mentioned above, leads to the conclusion that the majority of employees of PMSC can be considered civilians, especially when under contract with an entity that is not a state party to a conflict.²⁹ Taking this into account, one can further examine if a PMSC could be defined as a civilian that accompanies the armed forces without being members thereof under Art.4(A)4 of the Third Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War (GC-III).³⁰ But in a brief examination of this article, it must be noted that while several of the support functions that companies in the sector provide could fit within the reach of Art. 4(A)4 of the GC-III, there exists many more, particularly functions closer to the nucleus of military operations, that most likely do not fit within the article's reach.³¹ This, combined with other facets of the application of the article, then adds a further level of complication in establishing a clear, concise and generally applicable definition within the parameters of the treaties.

2. Human Rights Instruments

15. Aside from the difficulty in the concise application of IHL seen briefly above, the nuanced nature of various state relationships with the PMSC industry also effects the application of human rights law. As of late the parameters of the discussion of human rights has been extended to include the role of corporations, thus alluding to the possible application to the PMSC sector.³² But the international community is still in the preliminary phases of adapting human rights to more effectively protect individuals and communities from the damages of these rights by corporations.³³ Although it is in preliminary stages, the analysis related to the PMSC sector helps in providing a more ample image of the complex international legal framework that surrounds the industry.

16. Although nothing has been decided in its respect to date, in the context of this ongoing discussion on the application of human rights many opine that non-state agents, especially those that execute functions of a governmental nature, also have to respect human rights norms.³⁴ But,

Slough, Slatten, Liberty, Heard & Ball, CR-08-360, District of Columbia, 8 Dec 2008.

²⁷ R. MORGAN, "Professional Military Firms under International Law", *Chicago Journal of International Law*, Summer 2008.

²⁸ Art. 50, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977

²⁹ See similar conclusion reached by E.C. GILLARD, *Private Military/Security Companies: The Status of their Staff and their Obligations under International Humanitarian Law and the Responsibility of States in Relation to their Operations*, Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, ICRC, 2005, pp. 6.

³⁰ Art.4(A)4: "Persons who accompany the armed forces without actually being members thereof, such as civilian members of military aircraft crews, war correspondents, supply contractors, members of labour units or of services responsible for the welfare of the armed forces, provided that they have received authorization from the armed forces which they accompany, who shall provide them for that purpose with an identity card similar to the annexed model." Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949.

³¹ E.C. GILLARD, *Private Military/Security Companies: the Status of their Staff and their Obligations under International Humanitarian Law and the Responsibilities of States in Relation to their Operations*, Presentation held at the governmental experts' workshop, Switzerland, 2006. Pg. 6

³² For a general summary of this line of discussion see: S. JERBI, "Business and Human Rights at the UN: What Might Happen Next?", *Human Rights Quarterly*, vol. 31, no. 2, 2009

³³ J. RUGGIE, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, A/HRC/8/5, 7 April 2008, pg. 3

³⁴ *International Humanitarian Law and International Human Rights Law: Similarities and differences*, Advisory Service on International Humanitarian Law, ICRC, 2003

the application of this area of international law also faces complications, due partially to the fact that human right focuses on, and requires, the action of a state.³⁵ As the application of human rights instruments revolves around the state, the largest impediment in the application to the PMSC sector is the varied state-company relationships that exist. Of these one must consider a relationship with the contracting state, another with the territorial state where the service is provided, and yet another with the state of legal constitution of the corporate structure of the PMSC. One can also speak of a relationship that exists between the state of nationality of the employees of the PMSC.

17. Within the context of these varied relationships, the biggest impediment to the application of human rights is that the legal opinions are still not clear as to which of these states hold the human rights due diligence obligation.³⁶ For the incorporating state, there is a lack of jurisprudence to allow the state to impose its obligation and responsibility of control over the company constituted in its territory.³⁷ Additionally, in the few instance where domestic regulation exists, there is a very high threshold to prove that that regulation is defective to the point that it results in failure of the state to comply with its due diligence responsibilities.³⁸ Combined with this, the instability that is frequently found in the states where PMSC operate almost annuls the capacity of those states to protect human rights within their borders. Furthermore, the application of universal jurisdiction fails to be an effective tool due to the costs and lack of information privy to the state whose nationals are employed by PMSC.³⁹

3. Additional Issue of Control

A) Principal-Agent Problem

18. The increased use of PMSC demonstrates that sovereign state are in the process of exchanging classic forms of authority for a new form of control and an operational structure that is based in delegation and supervision.⁴⁰ The delegation in the context of this article relates to tasks of a security and military nature provided by the PMSC. In essence the PMSC do what the State possibly ought to, or in some instance had done, but in currently not willing or capable of doing. This article takes the position that the central theme in this delegation is not related to privatization, which can be taken as fact, but rather to the control and the responsibility of a new executing entity. These issues of responsibility and control are compounded by the intrinsic deficiencies found within a principal-agent relationship established by delegation, especially in instances where vigilance and control are hindered by information asymmetries.⁴¹

³⁵ L. DICKINSON, "Accountability of Private Security Contractors under International & Domestic Law", *ASIL Insights*, vol.11, issue 31, 2007; C. DROEGE, Private Military and Security Companies and Human Rights: A rough sketch of the legal framework, Swiss Initiative on PMSC/PSCs, Workshop, 16-17 January 2006.

³⁶ *Expert Meeting on Private Military Contractors: Status & State Responsibilities for the Actions*, The University Centre for International Humanitarian Law, Geneva, 2005, pp. 35.

³⁷ C. LEHNARDT, "Private Military Companies and State Responsibility", *International Law & Justice Working Paper*, no. 2007/2, 2007, pp. 19; C. ORTIZ, "Regulating private military companies: States and the expanding business of commercial security provision", in K. VAN DER PIJL ET AL, *Global Regulation: Managing Crises after the Imperial Turn*, Palgrave Macmillan, 2004, pp. 217-218

³⁸ *M.C. v. Bulgaria* EctHR ap# 39272/98, 4 Dec 2003, Para. 169-170; R.L. POWELL, "The Right to Security of Person in European Court of Human Rights Jurisprudence", *European Human Rights Law Review*, Sweet & Maxwell, vol.6, 2007, pp. 662-665

³⁹ B. PERRIN, "Promoting compliance of private security and military companies with international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, ICRC, vol. 88, num 863, Sept 2006, pp. 619

⁴⁰ C. ORTIZ, "Regulating private military companies: States and the expanding business of commercial security provision", in K. VAN DER PIJL ET AL, *Global Regulation: Managing Crises after the Imperial Turn*, Palgrave Macmillan, 2004, pp. 205

⁴¹ G.K. YARROW & P. JASIŃSKI. *Privatization: Critical Perspectives on the World Economy*, Taylor & Francis, 1996, pp. 48 (on profit maximization vs. public good); P. FEAVER, *Armed Servants: Agency, Oversight, and Civil-Military Relations*, Harvard University Press, 2003, pp. 55; MJR. J. MCKAY, "Review: Armed Servants", *Canadian Army Journal*, vol. 8.3, Fall 2005, pp. 117.

19. Additionally, the principal-agent problem has a second level in the delegation of power from the state to the private company. It is very common that the private company outsource certain service to another entity in the specific geographic area of operation, especially one with local knowledge and know-how.⁴² Although it is in the best interest of the PMSC to implement best practices and procedures within the context of this subcontracting, the company may find itself facing the same control and monitoring issues with the second company as the state with the PMSC, where the agent eludes contractual responsibilities and the principal is faced with a lack of information permitting full knowledge and transparency of exactly what is occurring on the ground.

B) Complex and Transnational Nature of the Industry

20. Compounded by the legal and control issues outlined above, the complex and transnational nature of the PMSC industry is a dynamic variable that itself hinders the creation of effective regulation. Much of PMSC activity occurs outside of the borders of the country of corporate incorporation, as well as outside of the territory of the contracting state. This transnational scope, as related to the principal-agent issues, can be found in the great levels of difficulty in testing and proving that a PMSC operations' are in line with domestic and international norms, as well as the contract in itself. The state of incorporation can face extraterritorial impediments, while the state where the operations occur faces issues with how to monitor and control a foreign entity. The transnational element of the PMSC sector also implies that the contracting state may also lack the full monitoring capacity of the contract. This can be further exacerbated when one speaks of inequality between governments. Asymmetries exist between the approaches of distinct governments towards the industry, as well as between the power of the industries in different countries. Additional variations also exist between the structures of political culture and its influence on the policy formation and legislative process.

21. In the cases where the transnational nature of the industry may not present large constraints, the makeup of the PMSC sector in itself can present impediments. The reality of the heterogeneous industry, providing a variety of services, can complicate the process in identifying the PMSC subject, due not only to the variation in corporate structures but also the nuanced complexities of the sector on a whole. The complex corporate structures that exist in the industry can inhibit the creation of universally applicable regulatory parameters. Efficient regulation is thus hindered, as it must treat various types of services as well as various organizations as the legal subject imparting those services.

22. To complicate this one step further, the PMSC sector has undergone numerous mergers and acquisitions as of late. Due to this, many PMSC are now part of massive corporate structures, where the overall entity may be diversified into numerous markets unrelated to security or military services.⁴³ Thus the market reality is that many PMSC can be found within multi-leveled corporate structures with vast diversification. Thus, any applicable regulation must have a component to identify the actual entity realizing the services of a military or security nature within what could be a massive global organization diversified into distinct and non-related markets. As Ortiz notes, not all of the operations of these corporations can be treated and regulated as if they were PMSC functions.⁴⁴

⁴² S.NARFELDT & N. CHEADLE, "Act Globally, Hire Locally", *Journal of International Peace Operations*, vol. 5, 2009 (Proposes that the local contracting ratio for operations in Chad are between 60% and 80%); J.J. MESSNER, Testimony, EU Parliamentary Cmte Meeting: Human Rights (DROI), A3G3, Brussels, 9 Feb 2009. (Estimating that 99.7% of the employees in Afghanistan are Afghans).

⁴³ See for example MPRI as a division of L-3 Communications as of 2003, http://www.mpri.com/esite/index.php/content/about/mpri_history; DynCorp's acquisition by Computer Sciences Corporation, "CSC Completes Acquisition of DynCorp", Press Release, http://www.csc.com/investor_relations/press_releases/1209-computer_sciences_corporation_completes_acquisition_of_dyncorp

⁴⁴ Infra note 40, pp. 208

C) Conclusion

23. This section has established the problems in relation to the application of international law and the effective supervision and control of the PMSC. It has briefly demonstrated that although the probability of finding a PMSC that can be legally defined as a mercenary is low, the capacity in applying the definitions, and related obligations and restrictions, established by IHL of a civilian or combatant is taxing. This is in part due to the fact that the established legal parameters related to older combat contexts. Additional impediments are rooted in the ability of each sovereign state to define their contractual relationship with the PMSC and how that relates to the established command structure of their armed forces. The section has further highlighted the issues under discussion as they relate to the application of human rights obligations to corporate entities, where the PMSC case is complicated due to the varied relationships that exist between numerous state actors.

24. The intrinsic problems of control in a principal-agent relationship created by delegation have also been shown. It has been further demonstrated that the transnational nature of the industry combines with these principal-agent problems in creating greater probabilities of information asymmetries amongst parties. The transnational operational scope of the PMSC sector further complicates a clear regulatory framework due to the complex corporate structures from which PMSC operate, which are diversified into various services sectors that often combine military and security related services with unrelated sectors within a single global entity.

25. Having established the current issues faced in the regulation of the PMSC sector, the article now turns to the specific issues related to the development of policy content. Looking first at the weakness in the classic state-centric model and then turning to an alternative approach through the application of Bottom-Up Lawmaking to the regulatory issues.

III. Policy Formation

26. With the general understanding of the weaknesses in the current international regulatory framework of the PMSC sector, one may turn to the possible modes of rectifying this situation through the formation of new policy proposals. In doing so it would appear as though the classic model of policy creation where the state has a monopoly on the process does not seem to meet the needs. This section will first examine the obstacles confronted by the classic model as it applies to the regulation of PMSC and then look to the application of Bottom-Up Lawmaking as an alternative in the process.

1. Issues with Classic State-Centric Model

27. The classic approach of policy formation places the state in the position of the central actor with a monopoly on the process.⁴⁵ The creation of policy content under this model in relation to the PMSC sector seems to be hindered by two central factors. The first being a possible lack of political will on behalf of the states, and the second being a lack of a full understanding of the industry in order to approach the policy formation process.

A) Political Will

28. Let us first turn to the issue of political will in the state centric policy formation process. Firstly, in terms of delegation on behalf of the state, although it is evident that effective contracting requires superior monitoring and evaluation of the contracted entity, the political will to activate the regulatory process has been frequently absent.⁴⁶ There are some that doubt, in a similar vein to the formation

⁴⁵ See GOLDSMITH & POSNER, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005, pp.13.

⁴⁶ S. PERLO-FREEMAN & E. SKÖNS, "The Private Military Services Industry", *SIPRI Insights on Peace and Security*, no. 2008/1, 2008

of mercenary policy on the international level, that the states lack the desire to regulate the sector, at least at a multilateral level in the forum of international law.⁴⁷ The principle argument is that the state wants to ensure a margin of maneuverability in the contracting and use of PMSC. Combined with this, other States who at present may not be using PMSC, may seek to ensure that the option is available to them in the future. Due to this, until very recently, the levels of political will have been lacking.

29. It is true although that a limited number of states have taken steps within their domestic legislative spheres to establish modes of regulation.⁴⁸ These initiatives could be rooted in the fact that the process and ability to change domestic regulation is frequently less of a labyrinth than on the international level, thus leaving the state viable room to maneuver within the domestic forum. But, in the instances where domestic regulation exists, it has many times been in the form of reactive policy, only in response to an embarrassing situation for the state.⁴⁹

B) State Misconception of Established Risk and Sector Realities

30. That said, the possible lack of political will is a variable that could change, especially bearing in mind the increase in the use and growing recognition of the utility that PMSC offer. In the case that the political will to begin the regulatory formation process exists, other issues can feasibly present themselves in relation to the creation of legislative proposals to be debated and negotiated in the international forum. Specifically, it has been noted that too many of the proposals on ways to better regulate the sector have been based on myths or exaggerations that lack the support of correct information.⁵⁰ Additionally the process could see parallels with some forms of domestic regulation where policy proposals could be written in a more reactive tone as a result of a specific incident. This in turn would result in proposals that only focus on part of the bigger and more intricate problem.⁵¹ Therefore, aside from the political will to being the process, problems exist in the capacity of the existing system in formulating proposals that are based in established risks and integral realities to the entire vast PMSC sector. The capacity of the state to identify these core, and overarching issues, may also be rooted in the aforementioned transnational scope and complexity of the heterogeneous industry. The increase in the number of think-tanks and research centers publishing reports focusing on strategic aspects inherent in the privatization of security and military outsourcing featuring PMSC as central players, could attest to the need to educate the political actors on the areas of the sector where they lack a full understanding.⁵²

31. Thus the fact that the State is not always in the position to begin the process of the development of policy proposals, combined with the complexity of the sector and the quantity and diversification of the actors resulting in policy proposals that do not effectively treat the realities or the full scope of the issues, makes the investigation of possible alternative sources of such proposals for a more clear and solid regulation interesting. If the impetus of the State is low, the magnitude of the issues with the regulation of PMSC obligates the exploration of these alternative sources. Thus, the following section of this article applies an alternative theory as it relates to the sources of policy content in the formation of law, specifically investigating if the professional associations of the PMSC sector that could be viable sources of inspiration for future regulation.

⁴⁷ For a discussion of the lack of political will associated with mercenary regulations see: S. GODDARD, *The Private Military Company: A Legitimate International Entity within Modern Conflict*, U.S. Army Command and General Staff College, Fort Leavenworth, Kansas, 2001, pp. 37

⁴⁸ See a comprehensive list of domestic regulation: PMSC Regulation Database, Resource for the Regulations on Private Military and Security Companies, DCAF. <http://www.privatesecurityregulation.net/pmsc-regulation-database>

⁴⁹ J. SPEAR, *Market Forces: The Political Economy of Private Military Companies*, New Security Programme, FAFO Report 531, 2006, pp. 44

⁵⁰ *Security Privatization: Challenges and Opportunities*, Human Security Bulletin. The Canadian Consortium on Human Security, vol. 6, issue 3, March, 2008, pp. 18

⁵¹ *Regulating the Private Commercial Military Sector*, Workshop Report, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, Dec 2005, pp. 2

⁵² See for example the compilation of actors listed at www.privatemilitary.org/thinktanks.html

IV. Sources of Regulation: Bottom-Up Lawmaking

1. Initial Considerations

32. The State has been the central actor in the classic formation of international law, where the policy formation process is led from above by the political elite, especially the Executive.⁵³ But the study of international law is currently diversifying in the techniques, methods and theories on policy formation and the role of the key actors involved in the process.⁵⁴ Taking into account the possible lack of political will on behalf of the State in being the source for the preliminary steps of the policy formation process as it relates to PMSC or the possible lack of a full understanding on behalf of the state of the full depth and breadth of the PMSC industry to a degree that makes the formation policy proposals possible, the variations in the approaches of the study of the formation of regulatory parameters present an interesting path by which to examine alternative sources of norm creation as it relates to the PMSC control and responsibility issues.

2. Bottom-Up Lawmaking Theory

33. One such theory is Bottom-Up Lawmaking (BUL), developed through the research of J. Levit in relation to the international financial sector.⁵⁵ BUL looks at the formation of legal instruments as a process that flows in the opposite direction from the classical approaches, being the top-down formation of law that, in the words of Levit, is internalized into practice.⁵⁶ BUL on the other hand describes an organic process centered in private actors that complete a process of codification of group norms based in experience and practices in their respective sector. What occurs is that these practice-based norms are “externalized” and hardened in the form of law at a state level.

34. BUL begins with a relatively small homogenous group of active members of a specific sector that institutionalizes into an identifiable entity. This group creates a set of substantive internal rules, in essence organic norms based in and emanating from the day-to-day experiences of the members. The norms reflect and simultaneously condition the behavior of that sector through the creation of an internal governing system that regulates members’ conduct. To achieve this the group establishes procedural measures and remedies that strengthen these rules, but at the same time permit the possibility to modify the internal norms, which assures their proximity to the pertinent issue to the sector.

35. The practice based norms, although “soft” in the sense of international law between states when they exist at the level of these private groups, over time terminate formally aggregated into formal legal systems via the aggregation of their content by the inter-state system. BUL breaks this aggregation into general types-- vertical, making reference to regional or domestic systems, and horizontal, referring to the connection with the international institutions and instruments.⁵⁷ BUL presents two possible causes for this aggregation, being either efficiency due to the inherent advantages of a system of norms based in the technical and practical experience of members of a sector, or the advocacy on behalf of the group for the acceptance and official adoption of their norms.⁵⁸

⁵³ GOLDSMITH & POSNER, *Infra* note 46.

⁵⁴ RATNER & SLAUGHTER identify 7 methodologies, RATNER & SLAUGHTER, “Symposium On Method In International Law: Appraising the Methods of International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 93, no. 2, 1999; Variations New Haven School see: M. McDUGAL & W.M. REISMAN, *The International Law Essays: A Supplement to International Law in Contemporary Perspective*, Foundation Press:1988; International Law & Economics-J.L. DUNOFF & J.P. TRACHTMAN, “*Economic Analysis of International Law*”, *Yale Journal of International Law*. vol. 24, no.1, 1999; International Law, A.M. SLAUGHTER ET AL, “International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship”, *American Journal of International Law*, no. 92,1998

⁵⁵ Complete works of JANET KOVEN LEVIT: <http://www.law.utulsa.edu/facbib/134/>

⁵⁶ J. LEVIT, *Infra* Note 3, pp. 395.

⁵⁷ J. LEVIT, “The Dynamics of International Trade Finance Regulation: The Arrangement on Officially Supported Export Credits”, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, 2004, pp. 119.

⁵⁸ J. LEVIT, “A Cosmopolitan View of Transnational Bottom-Up Lawmaking: The Case of Export Credit In-

36. In essence BUL refutes as false assumptions certain aspects of the classic study of the formation of international law, such as the state as the sole and primary actor in the policy formation process, and that it is a process orchestrated from the above by the political elite.⁵⁹ What BUL represents is the diffusion on a global level of the process of formation of law into multiple sources and overlapping processes that end in the creation of state level instruments.⁶⁰ The examples of BUL are not limited to official acts or diplomatic and political agreements as is the case in most of the classical study; it focuses on the daily practices of a myriad of transnational actors such as private individuals and specialized technocrats.⁶¹ It is imperative to note that the theory does not attempt to replace or substitute the classic process; in BUL's perspective they are processes that operate in tandem.⁶² What BUL describes is a reality where the state does not have the monopoly of the formation of law, but still plays an integral role in the policy formation process.⁶³

3. Case Study: Bern Union

37. BUL has been applied to the formation of legal instruments related to export subsidies, climate change, social corporate responsibility initiatives and letters of credit.⁶⁴ Taking export subsidies as an example, the investigation into the formation of what ended as part of the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, started with a group of friends in a bar in Bern in 1934. This group, made up of export credit insurers, decided to share information on their claims experiences in the aim of establishing best practices.⁶⁵ With the passage of time this group formally constituted itself as the Bern Union.⁶⁶

38. With the global increase in the use of these financial instruments after World War II, the members used their half-yearly group meetings to continue sharing experiences and practices. They codified the obligations and guiding principles related to the conduct of members in the Union's General Understanding (General Understanding).⁶⁷ This General Understanding produced what BUL describes as a self-sufficient and self-executing legal community.⁶⁸ Thus the Union transformed from a simple commercial association into a regulatory entity, with the goal of mitigating abusive practices in the sector by members.

39. The principles of the General Understanding reflect the collective beliefs on how members should carry out their business, producing a regulatory matrix that translated the daily work experiences of the members into a set of technical rules.⁶⁹ But, it must be noted that as a private association the members are not legally bound to the principles, which at the same time do not produce rights.⁷⁰ Nevertheless,

urance", *Wayne Law Review*, vol. 51, 2006 pg. 1197; J. LEVIT, "Bottom-up Lawmaking Through Pluralist Lends: The ICC Banking Commission and the Transnational Regulation of Letters of Credit" *Emory Law Journal*. Vol. 57: 2008. Pg. 1153

⁵⁹ See discussion on Instrumentalism of political leaders, *Ibid*, pp. 13

⁶⁰ M. REISMAN, "The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differences in Their Application", in WOLFRUM & ROBEN, *Developments of International Law in Treaty Making*, Springer, 2005. Pp. 16; J. Levit. *Infra* note 3, pp. 395

⁶¹ J. LEVIT, "A Bottom-up Approach to International Law: the Tale of Three Trade Finance Instruments", *Yale Journal of International Law*, vol. 30, 2005, pp. 178

⁶² *Ibidem*. pp. 173

⁶³ J. LEVIT, "A Cosmopolitan View of Transnational Bottom-Up Lawmaking: The Case of Export Credit Insurance", *Wayne Law Review*, vol. 51, 2006, pp. 1199

⁶⁴ J. LEVIT, "International Law Happens (Whether the Executive Likes It Or Not)", in R. Saba. *El Poder Ejecutivo*. Editores del Puerto, 2007.

⁶⁵ See current member list: http://www.berneunion.org.uk/bu_profiles.htm

⁶⁶ About Bern Union: History, <http://www.berneunion.org.uk/history.html>

⁶⁷ Bern Union Guiding Principles, <http://www.berneunion.org.uk/guiding-principles.html>

⁶⁸ J. LEVIT, *Infra* note 63, pp 2000

⁶⁹ J. LEVIT, *Infra* note 3, pp 401

⁷⁰ *Infra* note 67

although the General Understanding lacks the technical title of state level law, Levit's research has demonstrated that it functions in the same way.⁷¹ The members follow the established rules, incorporating them into their policies. When it happens that a member does not adhere to those rules, her research has shown that they are subject to informal sanctions within the context of the group, which in turn act as a control mechanism over possible infractions.⁷²

40. The effective control of the General Understanding of the Bern Union has resulted in the adoption of their content by formal state level institutions and agreements, such as the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) and the World Trade Organization (WTO), thus following the process laid out by BUL. This example of content aggregation into formal legal instruments occurred via two general stages. First, the OECD incorporated the substantive rules, procedures and structure of the General Understanding into the Arrangement on Officially Supported Export Credits (Arrangement) in 1978.⁷³ At this juncture the content of the Understanding could continue to be defined as "soft" due to the fact that the OECD Arrangement was a gentlemen's agreement, although it received administrative support from the Secretariat of the OECD.⁷⁴ But for Levit and others it could be described as a norm that acted as if it was international law formed between states.⁷⁵

41. Following this, in 1994 the WTO Uruguay Round completed the path of the substantive rules to formal international law in the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (Agreement).⁷⁶ In this instance the content of the OECD Arrangement was incorporated into the WTO treaty, where it creates a legal provision that serves to ease or eliminate the violation of the Agreement if a Party can demonstrate that they operated in accordance with the parameters of:

"...an international undertaking on official export credits to which at least twelve original Members to this Agreement are parties as of 1 January 1979 (or a successor undertaking which has been adopted by those original Members), or if in practice a Member applies the interest rates provisions of the relevant undertaking, an export credit practice which is in conformity with those provisions shall not be considered an export subsidy prohibited by this Agreement."⁷⁷

42. Hence, Levit's research has demonstrated that in various instances, such as the example of the WTO and the Bern Union, this style of private association can create norms that begin lacking the definition of formal state level law but that end up being adopted and strengthened by formal entities and agreements at the inter-state level. For this reason, this article applies the parameters of the theory of BUL to the associations in the PMSC industry to see if the private associations meet the requirements to be possible sources of regulatory norms in relation the sector.

V. The Application of Bottom-Up Lawmaking to the PMSC Sector

1. Initial Considerations

43. The previous section delineated three general phases of the formation process of law according to BUL: (1) the institutionalization of the group in order to share their experiences and best practi-

⁷¹ Following the definition of Art. 2, Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

⁷² J. LEVIT, *Infra* note 61, pp. 153-156

⁷³ *Ibid*, pp. 166-167. Examples. "notice and Match" and "transaction starting time"; Arrangement on Officially Supported Export Credits, Official Unclassified OECD Document TAD/PG(2009)6

⁷⁴ See J. LAJUGIE, "Soft Law Hard Results", *The Export Credit Arrangement 1978/1998: Achievements and Challenges*, OCDE, 1998, pp. 107; Art. 2. del TAD/PG(2009)6.

⁷⁵ J. LEVIT, *Infra* note 61, pp. 164-165; J. Ray, "The arrangement from the inside", *The Export Credit Arrangement 1978/1998: Achievements and Challenges*, OCDE, 1998.

⁷⁶ See WTO Gateway on Subsidies and Countervailing Measures. http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/scm_e.htm

⁷⁷ *Ibidem*. Anexo I(k). Marrakech Agreement; Anexo 1^A y Art. 3, Agreement on Subsidies and Countervailing Measures; J. Levit. *Infra* note 61, pp. 165

ces; (2) the creation of substantive practice based rules that create a procedural system of interpretation and remedy over the behavior of the members; (3) the adoption of those internal norms into the sphere of classic state centric law. In order to prove if the associations of the PMSC sector meet the parameters of the theory, the underlying aspects of these phases must be identified and examined.

44. In the first instance the associations must represent an organization that is rightfully institutionalized as an entity with a mission that is clearly defined. Subsequently the institution must be comprised of a group of members that demonstrate a certain level of professional homogeneity, with a process by which the selection of new members is critically judged in relation to having the same characteristics. This process of control and inspection prior to approval of new members creates a style of private “club” amongst this homogenous group as it is closed to the masses.⁷⁸

45. Secondly, the homogenous group must share perspectives and practical professional experiences that guide the formation of an internal norm structure that regulates the behavior of the members within the professional field. BUL establishes that in order for this system to function, it must also contain judicial procedures and capacities to act as an adjudicator between members. Within this system repeated interaction of the members’ acts as a motivating force that produces incentives for members to follow the norms.

46. The following analysis examines to what degree the IPOA and the BAPSC meet these aspects of BUL. It begins looking to prove that the organizations meet the criteria of institutionalization. From there the level of homogeneity amongst the members and the existence of a selection process for potential members that maintains this level must be present. The article then examines the existence of established norms, which in accordance with BUL must be tools for internal regulation of the activities of the members, based in the day-to-day experiences and expertise emanating from the daily participation in the sector. The analysis must also prove if these institutions contain a judicial and adjudicative system amongst the members. Given the fact that a precept of BUL is the aggregation of the content of the normative system of the association efficiency, and BUL espouses this to repeated interaction, the analysis also looks to prove if this exists amongst the members.

2. Institutionalization

47. The process that BUL describes begins with a homogenous private group brought together by common practices in their professional sector. In a determinate moment the group constitutes into a formal institution, expressed in statutes where specific aims and purpose are contemplated.⁷⁹ In order to prove the institutionalization of the two associations in question, when they were created, their structure, and mission within their statutes must be identified.

A) IPOA

48. The IPOA is a trade association headquartered in Washington. It is a nongovernmental not-for-profit organization that is non-partisan.⁸⁰ The starting point for its formation came from the ideas of a

⁷⁸ See KEOHANE & NYE, “The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy”, in Porter et al. *Efficiency, Equity and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millennium*, Brookings Institution Press, 2001

⁷⁹ For an opinion on the moment and cause of institutionalization, see: D. SNIDAL, “Political Economy and International Institutions”, *International Review of Law and Economy*, vol. 16. no. 1, 1996; KEOHANE & MARTIN, “The Promise of Institutional Theory”, *International Security*, vol. 20, no.1, 1995; KRATOCHWIL & RUGGIE, “International Organization: A State of the Art on the Art of the State”, *International Organizations*, vol. 40 no. 4, 1986.

⁸⁰ “Endorsing Association” Iraqi Development Program, “Endorsing Association”, <http://www.iraqdevelopmentprogram.org>.

group of individuals of the non-governmental, academic, business and legal sectors who worked in conflict zones and recognized the benefits that the private sector brings to the victims of conflict and people that live in post-conflict areas. In Sierra Leon in the 90s the group wrote a document outlining the best practices on how private business could be utilized in areas of conflict and reconstruction, with a strong belief in the ethical and economic efficiency of the sector.⁸¹ When the association was founded in April of 2001, this document acted as a base for the ethical foundation of the organization, today embodied in its Code of Conduct (CoC).⁸²

49. The mission of the IPOA is to promote high operational and ethical standards in the companies active in the sector that they define as the “peace and stability industry.”⁸³ The organization looks to create and take part in constructive conversations on the positive and growing contribution of the companies in the sector in the betterment of peace, development and security. The association also seeks to inform the greater public on the role and the activities of the industry.⁸⁴

B) BAPSC

50. The BAPSC was constituted in February of 2006. It is an independent commercial association, incorporated as private and limited organization under British law, headquartered in London. The association’s creation came from the realization on the part of a group of leaders in the private security sector in the UK that an urgent need existed to elevate operational standards and promote self-regulation of the sector.⁸⁵ The mission of the organization is to promote, augment and regulate the interest and activities of the companies based in the UK who are providers of armed security services outside of the country. The BAPSC also represents the interests of the members in topics that relate to legislative proposals and actual legislation.⁸⁶ The association’s mission and goal of self-regulation are embodied in the Charter.⁸⁷

C) Conclusion

51. In applying the terms of BUL in relation to institutionalization to the two associations, it is proven that both organizations began with the interest of actors in the sector. The homogeneity in the founding group of the BAPSC is highlighted by the fact that they were private businesses in the sector that initiated the process of institutionalization. In the case of the IPOA, the base document created before institutionalization also counted with the support of members of the industry, although it came from a more diverse group of professionals. But, as the actual institutionalization of the association counted with the support of companies in the sector, it too fits the requirements of BUL. The analysis also demonstrates that the two institutions are formal private entities, and both share a mission of promoting best practices in the PMSC sector, embodied in their respective CoC or Charter.

2. Members and Homogeneity

52. A key part to the BUL process is the homogeneity of the members of the group of practitioners.⁸⁸ This professional homogeneity, where for example the members auto identify themselves as belonging to the same sector, produces a critical mass of practical information and procedures gained

⁸¹ See IPOA, History of the Code of Conduct, <http://www.ipoaworld.org/eng/codeofconducthistory.html>

⁸² IPOA, About Us: History en <http://ipoaonline.org>

⁸³ IPOA, About IPOA, <http://www.ipoaworld.org/eng/aboutipoa.html>

⁸⁴ Ibid

⁸⁵ BAPSC, About Us, <http://www.bapsc.org.uk>

⁸⁶ BAPSC, Key Documents: Charter en <http://www.bapsc.org.uk>

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ ELLICKSON examines this phenomena in close knit groups and social norms. R. ELLICKSON, *Order Without Law*, Harvard University Press, 1991

from real experiences in the sector. It results in a general normative perception that is shared amongst the preferences of the group.⁸⁹ Within each association the resources and practical experiences of the members act as a common core, not only in creating a systems of rules for the association based in practice, but also built on shared beliefs on a common objective, in this case the regulation of the PMSC sector.⁹⁰ BUL also establishes that amongst the common attributes of the members, aside from emanating from the same sector, they must be private actors, not representatives of States.⁹¹

53. BUL dictates that the group homogeneity plays a role in the process of selection of new members, producing an institution with a configuration and aspects of a private “club.”⁹² By acting in a manner similar to a private club, this group of practitioners restricts access in a selective manner in accordance with internally established standards.⁹³ Within the closed “club” atmosphere the reputation of the members becomes an important mechanism of control in mitigating deviation from the substantive norms in place amongst the group.⁹⁴

54. In relation to the associations in the PMSC sector, the research in the application of BUL must therefore show that the members of the associations in question are private actors who emanate from the same professional industry. It must also determine that the groups have established parameters in place for the admittance of new members, of which a fundamental obligation is that they come from the same sector. The creation of a closed “club”-like group will exist if the members share common interest originating from the necessities and obligations of the sector, and the inaccessibility of people who do not meet the requirements of admission to the established institution.

A) IPOA

a) Homogeneous Group

55. The IPOA has more than 60 members, made up of professional companies from the “contingency contractor” sector connected to stability and peace missions.⁹⁵ The IPOA breaks its members down into three industry categories: Logistics & Support Companies, Private Security Companies and Security Sector Reform and Development Companies.⁹⁶ These categories divide the members into two general categories of organizations whose primary commercial endeavor is either as a service provider or as a manufacturer.⁹⁷ Thus, although the member companies of the IPOA provide various services with the diverse PMSC industry, where some provide services in more than one of the categories, all emanate from the same professional industry and act under contract in post-conflict and conflict zones. The testimonies of some members attest to the homogeneity by auto identifying the association as “a coalition of companies from the sector.”⁹⁸ The homogeneity of the members of the IPOA is accentuated by the

⁸⁹ For example, the groups in the financial sector in LEVIT’S investigations accept the fundamental tenets of free trade in the context of open markets.

⁹⁰ For discussion of the autonomy of the three groups in LEVIT’S research see *infra* note 61, pp. 167.

⁹¹ Group members can be state employees, but their interactions in the context of the group must be as private individuals, not state representatives.

⁹² For an explication of the Club Model see: KEOHANE & NYE, “The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy”, in PORTER ET AL, *Efficiency, Equity and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millennium*, Brookings Institution Press, 2001

⁹³ The fact that the profession sectors usually have a common technical language also contributes to making them less accessible to the outsiders, thus reinforcing the club like characteristics.

⁹⁴ J. LEVIT, *infra* note 61, pp. 185

⁹⁵ List of full members: <http://www.ipoaworld.org/eng/ipoamembers.html>.

⁹⁶ D. BROOKS, *Presentation: The Role of the Peace and Stability Industry in Peace Operations*, The Humanitarian Development Summit, Oct. 2006, pp. 8; D. BROOKS, *IPOA Presentation*, Iraq Defence, Security & Communications Summit, Iraq Development Program, Dubai: Feb 2008, pp. 4

⁹⁷ Levels of Corporate Membership. IPOA. <http://www.ipoaworld.org/eng/levelsofmembership.html>

⁹⁸ IPOA Membership: For Perspective Corporate Members: Member Testimonials: Blackwater USA,

fact that they have members active in all of the ongoing peace and stability operations in the world.⁹⁹ Additionally members represent a large section of the industry from various countries in the world.¹⁰⁰

b) Membership Selection Process

56. The process to become a member of the IPOA is not automatic.¹⁰¹ The association admits new members based on an application and acceptance process, where standards are taken very seriously. Member companies are determined to allow only the most ethical and professional companies into the Association.¹⁰² The process begins with a simple, but formal, application that contains general company information and attests to their willingness to adhere to the organizations CoC.¹⁰³ This information is submitted to the IPOA along with past performance information. From that point the company is subject to a series of interviews and a due diligence process by the Membership and Finance Committee.¹⁰⁴ From the time that the due diligence process is complete, the Committee completes its own investigation of the potential member company. The applicant company is then notified as to whether their application has been successful. Upon acceptance, all new companies serve a mandatory six-month probationary period during which time they are allowed to participate in IPOA Committees but are not permitted to vote.¹⁰⁵

B) BAPSC

a) Homogenous Group

57. Membership to the BAPSC is limited to security companies based in the UK who provide overseas armed security services.¹⁰⁶ According to the BAPSC Charter, “armed services” is defined as any service that involves the recruitment, training, equipping, co-ordination, or employment, directly or indirectly of persons who bear lethal arms.¹⁰⁷ This includes armed protective services, specialist consulting services and security training services. Under this definition, the members of the BAPSC would fall into the IPOA general definition of “PSC”, using the same definition and criteria but explicitly incorporating the necessity of lethal weapons.¹⁰⁸ Aside from the geographic requirements, and that of a service that contemplates lethal weaponry, the BAPSC also limits the acceptance of complete membership to those companies willing and capable of demonstrating best practices and a commitment to maintain the standards of the organization.¹⁰⁹ The capacity and willingness of the company to do so is verified through the membership application documentation examined in more detail below.

58. The homogeneity of the BAPSC members is not only interesting in terms of the organization itself, but also in terms of the industry on a whole. Of the almost 20 current members of the BAPSC,

www.ipoaonline.org. It must be noted that as of 12 Oct 2007, Blackwater is ceased to be a member of the IPOA. http://www.ipoaonline.org/php/index.php?option=com_content&task=view&id=156

⁹⁹ IPOA Annual Report: 2006-2007, pp. 8

¹⁰⁰ Ibid, pp. 21

¹⁰¹ Ibid

¹⁰² IPOA: How the application process works, <http://www.ipoaworld.org/eng/applicationprocess.html>

¹⁰³ See IPOA Online application. <http://www.ipoaworld.org/eng/applicationonline.html>

¹⁰⁴ In 2005 this committee passed to the hands of the members, who from that point have carried out the process of admitting new members. The Committee is comprised of member companies who elect a Committee President in six-month rotations. See IPOA Annual Report: 2006-2007, pp. 18

¹⁰⁵ Step 6. IPOA Membership Process. <http://www.ipoaworld.org/eng/applicationprocess.html>

¹⁰⁶ BAPSC, Membership: <http://www.bapsc.org.uk/membership.asp>

¹⁰⁷ BAPSC, Charter, http://www.bapsc.org.uk/key_documents-charter.asp

¹⁰⁸ For companies with in the professional sector who do not fit the requirements to be official members, they can solicit to become associate members of the BAPSC.

¹⁰⁹ BAPSC Self-Assessment Workbook, V.2.2. pp. ii , Membership: Membership Criteria. <http://www.bapsc.org.uk>

several coincide in membership with the IPOA.¹¹⁰ Thus further proving the homogeneity of the members as a part of a larger professional sector.

b) Membership Selection Process

59. The companies that meet the aforementioned requirements must petition to become members of the BAPSC, and are subject to the obligations that membership entails including the guiding principles of the Charter of the organization.¹¹¹ The BAPSC has two types of members—Provisional and Complete. The membership selection process is based on: the formal membership application form, Basic Checks, more detailed Due Diligence Documentation and the completion and revision by elected members of the BAPSC of a Self Assessment Workbook.¹¹²

60. The membership approval process is comprised of three phases, beginning with the demonstration of interest from the company. The company becomes a “Provisional Member” after it has demonstrated such interest and has been approved to continue in the membership process, submitting the required documentation. The Provisional Members are subject to the association’s Charter and benefit from membership privileges.¹¹³ After the formal application and additional documentation have been submitted, they are examined by the Membership Committee chaired by the Director General of the BAPSC and including executive members who are elected by the General Assembly.¹¹⁴ Full Membership status is granted to the applicant company upon the final approval of the Committee, where the opportunity to appeal does exist if the application is denied.¹¹⁵

C) Conclusion

61. The investigation into the homogeneity of the two associations in question demonstrates that they meet the requirements established by BUL. Although the BAPSC and the IPOA place distinct parameters on the types of PMSC that can apply to become members, both associations are comprised of homogenous members from the same general industry. The fact that there is an overlap between the lists of members further proves the point. Additionally, these groups of private actors limit the access of new members through the membership application and approval process. During which the degree to which the applicant company meets the established membership requirements is tested. And the parameters must be met in order to allow them to share the title of member with the preexisting members. The incorporation of members into the decision making process on new members, combined with the fact that the application process is rigorous, it can be seen how the process reinforces the “club” like parameters of the group as defined by BUL, where new members are accepted in accordance with specific criteria relating to the industry in general.

3. Norm Creation and Internal-Regulation

A) Initial Considerations

62. Upon being institutionalized, BUL establishes that the organizations must act as more than a professional association that members use as a forum to disseminate technical abilities. To meet the requirements of BUL the association must also actively regulate its members operations, dictating rules

¹¹⁰ See lists of full members at http://www.bapsc.org.uk/membership-list_of_members.asp & <http://www.ipoaworld.org/eng/ipoamembers.html>

¹¹¹ See BAPSC General Membership Information <http://www.bapsc.org.uk>

¹¹² See BAOSC General Membership Criteria and related documentation at http://www.bapsc.org.uk/key_documents-membership_criteria.asp

¹¹³ BAPSC Self-Assessment Workbook. BAPSC. July 2007, pp. iv.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Ibid.

on conduct.¹¹⁶ BUL prescribes that the group create a normative system of rules relating to the sector, the contents of which emanate from the practical experience gained from daily professional endeavors of the members. These substantive norms and standards reflect general aspect of the industry, the professional practices and the expertise of the members. In essence it is the codification of practice-based rules that prescribe specific technical norms on the professional activities of the members.¹¹⁷ The practitioners, whose daily participation in the sector provides an understanding of the technical details of the industry, create, interpret and enforce observance, that in turn govern said practices.¹¹⁸ These rules normally take the form of a CoC that the group uses as a barometer for other members.

63. Aside from the creation of the internal norms, BUL requires the establishment of procedures relating to the periodic revision, and where necessary alteration, of the norms. The goal of which is to maintain the corpus of rules as a living document that is pertinent to the sector and the members. Thus the evolution of the norms and innovation in the standards is assured to always be relative to the opportune problems facing the group as a whole. The capacity to reform the internally produced norms is especially important due to the fact that the institutionalization of the organization can add inertia to the substantive rules, increasing the risk that they lose relevance to the practices of the members.¹¹⁹

64. Thus, the application of BUL must begin by proving that these norms exist and that their origin is the daily practice of the members within the professional sector of the PMSC. It must analyze the enunciation of specific standards to follow and the goal of the CoC, being tools of a system of internal regulation of the members. In order to prove the capacity of the norms to regulate the members, the commitment the members make to follow the rules must be identifiable along with the mechanisms to monitor their compliance. Lastly, the analysis must demonstrate that periodic revision mechanisms on those norms exist.

B) IPOA

65. The substantive normative rules of the IPOA are embodied in its CoC that was first adopted in April of 2001 and in February of 2009 advanced to its twelfth version.¹²⁰ As is well explained in its preamble, the CoC of the IPOA seeks to ensure the ethical standards of IPOA member companies operating in conflict and post-conflict environments so that they may contribute their valuable services for the benefit of international peace and human security.¹²¹ The latest CoC contains eleven articles related to the practices of the members, dealing with topics such as: human rights, transparency, responsibility, clients, employees and contract styles.

66. The IPOA is committed to ensuring that the CoC and its monitoring mechanisms maintain their relevance and effective capacity. The Standards Committee, comprised of volunteers from the member companies, is the axis of the maintenance, revision and vigilance of the proper application of the CoC amongst the members. It is within this committee that the members discuss compliance and promote consensus on best practices.¹²²

67. In order to ensure the relevance and contemporaneous, the Committee engages in a yearly simulation with case studies that represent pertinent and actual situations. After open discussion between members on the CoC's application in those instances and possible solutions, the Committee invites

¹¹⁶ For a discussion of this in relation to the OCDE see: J. Levit. *Infra note 57*, pp. 77-82.; in relation to the Bern Union: J. LEVIT, *Infra note 61*. Pp. 149

¹¹⁷ J. LEVIT, *Infra note 63*, pp. 1197; J. LEVIT, *Infra note 61*, pp. 149-151

¹¹⁸ J. LEVIT, *Infra note 63*, pp. 1199

¹¹⁹ J. LEVIT, *Infra note 61*, pp. 171

¹²⁰ International Peace Operations Association: Code of Conduct: Version 12. <http://ipoaworld.org>

¹²¹ *Ibid*

¹²² IPOA Annual Report: 2006-2007, pp. 17

members of other interested communities (such as human rights groups) to opine on the simulation and offer suggestion on how to improve the CoC.¹²³

68. The organization also ensures the relevance of the CoC through an established review and reform process. The CoC is reviewed every two years where if changes are deemed necessary, the internal norms of the organization dictate the necessity of a vote of two-thirds majority of the members to replace the prior version.¹²⁴ The IPOA not only accepts suggestions from members, but also opens the forum to the public during a limited time period. Although the public may make suggestions on possible modifications to the CoC, they are still subject to the aforementioned discussion and debate by members. That said, the IPOA strives to maintain the brevity of the CoC, to around two to three pages in general terms, in order to ensure its applicability, which would be difficult with a highly specified document due to the variations in the services and operating structures of the members within the PMSC industry.¹²⁵

B) BAPSC

69. The Charter of the BAPSC contains the base elements that could evolve into a more formal CoC acting as the central focal point of the internal norms of the organization. The Charter of the association dictates that the members completely accept and abide by the general obligations set forth in international, humanitarian and human rights law, the ethical codes of practice of the Association, and the aims and objectives of the Charter without reservation.¹²⁶ Combined with these commitments the Charter contains ten individual principles under which the members make a commitment to be governed. The particular commitments include amongst other things: providing services based on defensive principals, properly training and equipping staff, and to avoid contracts that violate the law or infringe on political stability.¹²⁷

70. The BAPSC strives to have its formal CoC ready in the near future. Its Standards Committee has been working with the British Standards Institute on the development of a normative document. The process has presented itself to be a bit slower than originally projected, due to the fact that the association is looking to maximize the efficiency of the document, taking the opinions and commentaries of the members into account.¹²⁸ A base document exists and deals with topics such as: recruitment, training, health and security of employees, insurance and accounting. Possible additional elements are under discussion, such as environmental factors.¹²⁹

C) Conclusion

71. The analysis thus proves that the substantive rule for internal regulation exists in both associations. In the case of the IPOA they are solidified in the CoC, where the BAPSC uses its Charter while the final CoC is being perfected. In both cases the substantive content comes from, and regulates, the operations of the members, and all members pledge to follow the parameters established there within. The monitoring of compliance is more evident in the case of the IPOA, in part due to the fact that the institution has a longer track record. This is similarly reflected in the norm modification process.

4. Judicial Procedure and the Role as Adjudicator

A) Initial Considerations

¹²³ Process explained in an interview with the President of the IPOA and the author.

¹²⁴ IPOA Standards & Laws: Codes of Conduct: Public Consultation, www.ipoaonline.org

¹²⁵ Infra note 123.

¹²⁶ BAPSC. Key Documents: Charter. http://www.bapsc.org.uk/key_documents-charter.asp

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Opinion expressed by the Policy Director of the BAPSC in an interview with the author.

¹²⁹ Ibid.

72. Aside from the substantive rules established by the group, BUL also requires that a process exists for their interpretation. In this way when a member has a doubt or question in relation to the application or the meaning of an internal norm, the group has the required mechanisms to answer established. In these instance the organization takes an advisory position on the interpretation of the rules, a quasi-judicial position in the words of Levit.¹³⁰ This is carried out by issuing opinions and policy declarations.

73. BUL also establishes that aside from the advisory position, BUL also dictates that system be self-executing, where those who make the substantive law also interpret and enforce them.¹³¹ In this position as adjudicator members who have a dispute in relation to the rules may turn to the association for its mediation or resolution. Thus the system of substantive internal norms is elevated to become a “closed” system due to the fact that members do not need to turn to an external entity to resolve disputes related to the internal norms.

74. Hence, the investigation into the application of BUL to the IPOA and the BAPSC must examine if the associations take the position of interpreter and/or advisor for the members when a doubt or dispute exists on the internal norms. The organization must also have established steps to mediate and deflate these disputes.

B) IPOA

75. The role as an adjudicator of the IPOA is well established by the internal norms, embodied in the Enforcement Mechanisms of the Standards Committee.¹³² This mechanism is activated when the organization receives a complaint related to one of the member companies and their compliance with the CoC of the association.¹³³ The Committee meets quarterly to review the placed complaints. With each complaint the Committee opens an ad hoc task force to review the content and the relevance to the CoC and that is it not specious.¹³⁴ In order to ensure impartiality, no member of the task force can be affiliated with the subject of the complaint.¹³⁵ The group has thirty days to complete its investigation into the complaint.¹³⁶ After that point they may opt to either refer the complaint to the Committee as a whole if it has merit, or dismiss it.¹³⁷

76. If the complaint is directed to the Committee, they may rule to impose corrective measures and sanctions or dismiss the complaint.¹³⁸ The norms of the IPOA establish that the corrective measures prescribed by the Committee can include actions that alleviate the violation of the CoC, but may not be punitive in nature.¹³⁹ The sanctions can include decided disciplinary actions, with the most severe being expulsion from the association.¹⁴⁰

77. To date, the IPOA has received less than twelve complaints against its members.¹⁴¹ Given the frequency of global operations of the members, the experience of the IPOA has been that the work of the Standards Committee is more as an agent that identifies situations where noncompliance with the CoC

¹³⁰ J. LEVIT, *Infra* note 61, pp. 171

¹³¹ *Ibid*, pp. 172.

¹³² IPOA Enforcement Mechanism v.1. <http://www.ipoaworld.org/eng/enforcementv01eng.html>

¹³³ It should be noted that the complaint process is open to members and the public in accordance with Art. 2.1 of the Mechanism. One can easily lodge a complaint via a dedicated section of the IPOA website. The association takes the complaints that come from the public with the same level of seriousness as those from other members.

¹³⁴ Art. 3.1 *infra* note 132.

¹³⁵ Art. 3.2.1 *infra* note 132.

¹³⁶ Art. 3.3 *infra* note 132.

¹³⁷ Art. 3.4, 3.5 & 3.8 *infra* note 132.

¹³⁸ Art. 4.2.4 *infra* note 132.

¹³⁹ Art. 5.4 & 5.5 *infra* note 132.

¹⁴⁰ Art. 5.6-5.10 *infra* note 132.

¹⁴¹ *Infra* note 123.

could exist. The experience of the IPOA has been that the member companies are more than disposed to attend to and rectify an issue in the moment that the Committee informs them of a possible problem.¹⁴² It is important to note that just as the CoC, the Control Mechanism originates in the internal norms of the IPOA and thus is not legally binding outside of the group. Due to the fact that the association lacks the characteristics of a judicial entity in international or domestic legal terms, the processes carried out by the Committee do not presuppose to prove innocence or guilt of the members in criminal or civil terms.¹⁴³

78. Aside from its role as an adjudicator in relation to the internal norms of the association, the IPOA is very active in issuing opinions and policy papers. The association not only publishes policy opinions, but also acts as a spokesperson for the members and as a representative of its interests in relation to interested government bodies. The IPOA further meets the advisory requirements of BUL by publishing research reports on legal issues that may affect its members. The Journal of International Peace Operations and the Peace Operations Institute (POI) carry out part of this research. Founded in 2006, the POI focuses on research, analysis and the promotion of discourse and dialogue on key subjects related to the industry.¹⁴⁴ The aim of the POI is to present the challenges the sector faces within its operations and then make recommendations on effective remedies to those evolving challenges.¹⁴⁵

C) BAPSC

79. The BAPSC sees its role as an adjudicator of self-regulation and advisor to its members in three spheres: the standards established in the Charter, the eventual CoC and the training and advice they offer members in relation to the application of international law to members' operations. For the moment the association may lack the capacity to be considered a "quasi-judicial" entity in terms of BUL. But, while the official CoC is being completed, the role of the BAPSC in relation to the violations of the Charter centers in the notification of members of a complaint, and ongoing communication with that member in order to reach a rectification of the situation if need be. The association has several tools available that include exercising pressure on members, imposing monetary sanctions, and or the suspension or limitation of the member's rights.¹⁴⁶

80. The BAPSC notes that its members take the complaint process seriously, because it relates to the quality of their business, something they want to function well.¹⁴⁷ At the same time the organization recognizes two impediments in realizing this function. First, due to the fact that a membership requirement is off-shore operations, the distance can hinder the investigation efforts in relation to possible violations of the Charter.¹⁴⁸ Secondly, the BAPSC is not privy to the details of the contracts signed between its members and their clients, where they must request the utmost transparency on behalf of the members.

81. In relation to its role as the interpreter and advisor on legal issues, the BAPSC sees its position as essential to its members. This is due to the fact that members may very well be familiar with the corpus of applicable international law, but from the standpoint of a different legal subject, i.e. as a member of the armed forces of a state, not a private contractor. For that reason the association promotes training

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Preamble Control Mechanism, Standards & Laws: Enforcement Mechanism, www.ipoaonline.org; The subordination of the internal system is also demonstrated in the fact that they suspend the process in the case that a civil or criminal case begins on the same subject.

¹⁴⁴ Peace Operations Institute. About Us. <http://peaceops.org>

¹⁴⁵ See By Laws Peace Operations Institute. <http://peaceops.org>

¹⁴⁶ BEARPARK & SCHULZ, "The Regulation of the Private Security Industry and the Future of the Market", in S. CHESTERMAN & C. LEHNARDT. *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*. Oxford University Press, 2007, pp. 248; Sanctions Section 9. Charter BAPSC.

¹⁴⁷ Infra note 128.

¹⁴⁸ Infra note 146.

and consultations for members in relation to their obligations and responsibilities as a private actor.¹⁴⁹ This training can take the form of an obligation under Art. 2 of the Charter that requires that employees be trained to the standards commensurate with each assignment and in accordance with applicable laws of the appropriate country.¹⁵⁰

82. The BAPSC also dictates policy papers and opinions as part of its functions. Their works focus on the topics related to the services and interest of the members as well as the regulation of the sector on a whole. The organization also disseminates works of other institutions that it feels are of particular interest to its members.¹⁵¹

D) Conclusion

83. Thus it is shown that the IPOA has a strong role as both an adjudicator and advisor to its members. It has also been demonstrated that due to the young nature of the BAPSC, it does not strictly meet all of the parameters established by BUL at this time. It does play a strong current role as an advisory, especially on the application of legal issues to the members operations. As the Charter of the organization acts as a guide and establishes the general guidelines for members to follow, one can assume that the specific details of the finalized CoC will follow that general path and that the BAPSC will meet the requirements of the aspects of BUL as an adjudicator.

5. Group Interaction and Norm Compliance

84. Under the theory of BUL the members of the private institutionalized groups meet frequently, not only at events specifically related to the group, but also in other forums related to the industry. This repeated interaction serves to reinforce the fraternity within the group, and simultaneously creates direct implications on the behavior of the group members and their norm compliance. It specifically serves to accentuate reputation as an ordering force amongst the members, as repeated interaction elevates the desire to preserve a high standing amongst the group and in turn a lower likelihood to deviate from internal institutional norm compliance.¹⁵² Within a small closed group environment, mechanisms such as hallway gossip and public shaming are effective in dissuading members from violating established internal norms of the group.¹⁵³ Reputation thus becomes a commodity of the utmost worth for the members, where the risk of damage to that reputation serves to maintain the compliance of the members with the norms of the organization.¹⁵⁴ Thus although the association assume the good faith of the companies in following the internal norms, the role of the reputation plays a factor that means that it is in the actors best interest to follow the norms as they have more to lose than gain from not.

85. Due to length limitations an in-depth analysis of the patterns and frequency of the interaction of the members of the IPOA and BAPSC falls outside of the scope of this article. Suffice to say that in terms of the application of BUL to the two institutions that the formal and informal interaction of the members is high. Both organizations take active roles in organizing professional conferences and working sessions, ranging from breakfast meetings to large scale multi-day conferences.¹⁵⁵ There is also substantial data that proves interaction on a more social level amongst members through events that are planned within the auspices of the events of the organizations as well as on the individual impetus mem-

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Art. 2, Charter BAPSC, http://www.bapsc.org.uk/key_documents-charter.asp

¹⁵¹ Key Documents, <http://www.bapsc.org.uk>

¹⁵² J. LEVIT, *Infra* note 61, pp. 185

¹⁵³ J. LEVIT, *Infra* note 61, pp. 156; L. Bernstein. "Private Commercial Law in the Cotton Industry". *Michigan Law Review*, vol. 99, no.7, 2001. pp. 1745-1762

¹⁵⁴ J. LEVIT, *Infra* note 61, pp. 172

¹⁵⁵ For more information see the dedicated events calendar microsities: IPOA- <http://www.ipoworld.org/eng/calendar.html>; BAPSC- <http://www.bapsc.org.uk/events.asp>

bers. In relation to the application of BUL in this investigation, the general findings of more in depth research have proven that both the IPOA and the BAPSC foment not only the interaction of the members within the forum of the association, but that there also exists a high level of interfertilization amongst the members beyond the organized association events. Thus, the factors that BUL has outlined as motivators for norm compliance based on reputation effects of repeated interaction are met.¹⁵⁶

6. Conclusion

86. The analysis of the application of BUL to the IPOA and BAPSC proves that the two institutions meet the requirements established by the theory. They are organization that have legally institutionalized with a concrete mission and vision that seek to better the standards in the PMSC sector. Following the parameters of BUL, both associations have a corpus of members that demonstrate professional homogeneity and carry out specific admission processes to maintain this professional profile.

87. The investigation has further demonstrated that IPOA and the BAPSC function on the basis of substantive internal rules, which are organic norms based in and emanating from the daily practices of the members. These norms reflect and simultaneously condition the behavior of the members. The extent to which this is possible is more evident in the CoC of the IPOA, where the BAPSC uses its Charter while the full CoC is finalized.

88. The research has shown that in accordance with BUL these internal norm based systems also establish the procedural measures and remedies, with the possibility of modification, creating a private quasi-judicial system within the organization in part due to the dispute and sanctioning elements to monitor compliance. The system of the creation, interpretation, application of the norms of the internal regulatory system describes the creation of a private legal community. The systems that BUL describes as applicable to the associations in question are self-sufficient and self-executing, remaining separate from the state system. The application of the internal norms remains an intra-community issue, where order and compliance are reinforced due in part to the consequences in reputation for a member who violates the norms.¹⁵⁷

VI. Aggregation to the State Level

1. Initial Considerations

89. The analysis has thus forth demonstrated that the IPOA and BAPSC meet the basic institutional parameters established by BUL. One can now turn to the subsequent phase of the theory and examine their potential as institutions that act as sources of regulatory content at a state and interstate level. In this context BUL proposes that in the course of being utilized by these organizations, the internal institutional norms frequently take the form of more formal binding regulation within a type of state level law.¹⁵⁸ Thus the subsequent phase that BUL describes is a process where the norms filter from the informal to the formal; a conversion where the norms becoming effectively binding through a state sponsored instrument. This can occur when the norms harden into law at the state level, be it in domestic or international instruments. BUL describes two general ways in which this content aggregation occurs. Horizontal aggregation describes a link to international instruments and institutions, such as the World Bank, the United Nations or the WTO.¹⁵⁹ The vertical aggregation describes linkages to regional and domestic systems.¹⁶⁰

¹⁵⁶ J. LEVIT, *Infra* note 61, pp. 156.

¹⁵⁷ J. LEVIT, *Infra* note 63, pp. 1199-1200.

¹⁵⁸ J. LEVIT, *Infra* note 61, pp. 172-3.

¹⁵⁹ J. LEVIT, *Infra* note 57, pp. 119-121.

¹⁶⁰ *Ibid* pp. 122-124.

90. BUL describes the efficiency of the internal norms as a big attribute for their transition to the state level. It could be described as a comparative advantage founded in the fact that the norms emanate from the sector. Due to this fact it can then be argued that the practitioners better understand their sector than the organs of the state, and can thus more effectively formulate and apply norms and sanctions focused in relevant issues. The comparative advantage can also be found in the fact that the track record of norm compliance within the private community can be evaluated *ex ante* by the state in order to test and identify the most effective mechanisms.

91. The aggregation then results in two main advantages. First, it creates a *de facto* sanction regime that increases the penalty for norm violating behavior.¹⁶¹ Thus the gravest violation can be met with more far reaching repercussions than expulsion from the association. Secondly the aggregation to the state level expands the applicability of the norms to cover more than only the initial association members.¹⁶²

92. Thus the final section of the investigation will examine this last phase of BUL and the aggregation of the internal norms of the IPOA and the BAPSC to the state level. The research looks to prove if the internal norms of the two associations examined complete the cycle of BUL. The affirmation of this will be demonstrated by the appropriation of the content of the internal norms into on the state level instruments.

The investigation has focused on three processes of the formation of law in the attempt to prove if the process of BUL in relation to the internal norms of the association can be applied. In these instances it must be demonstrated that the norms of the associations have acted as either a base catalyst or a standard of reference in the policy formation process, or that the organization have taken the role of iterative or inspirational muse in the flow of the content to either nonbinding international agreements, international or domestic law in relation to the regulation of the PMSC sector.

2. Montreux Document

93. In 2006 the Swiss government in collaboration with the International Committee of the Red Cross began “the Swiss Initiative” in relation to international law applicable to the PMSC sector and the promotion of best practices in situations of armed conflict. After a series of intergovernmental meetings between January of 2006 and September 2008, the process terminated in consensus on the Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict (Montreux Document).¹⁶³ The Montreux Document was distributed as a General Assembly document in the United Nations in October of 2008.¹⁶⁴ Although the document is legally non-binding in relation to the existent international obligations and best practices of PMSC operations, to date, thirty-four states have notified the Swiss government of their support for the document.¹⁶⁵

A) Aggregation of Topic

94. In analyzing the Montreux Document for the aggregation of concepts of the internal norms of the IPOA and the BAPSC, one must first take into consideration that although the internal norm sys-

¹⁶¹ Ibid pp. 125.

¹⁶² Ibid pp. 126.

¹⁶³ The Montreux Document on Private Military and Security Companies, Federal Department of Foreign Affairs, Government of Switzerland. <http://www.eda.admin.ch/psc>

¹⁶⁴ “Letter dated 2 Oct 2008 from the Permanent Representative of Switzerland to the United Nations addressed to the Secretary-General”, A/63/467-S/2008/636, 6 Oct 2008.

¹⁶⁵ See full list of participating states as 28 Oct 2009, Federal Department of Foreign Affairs. Government of Switzerland. <http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/psc/parsta.html>

tems of the associations and the document treat the same PMSC sector, the subjects are distinct. The associations deal with the company, whereas the Montreux Document deals with states.¹⁶⁶ Therefore, the difference in the subject obviously results in few verbatim appropriations from the CoC of the IPOA and the Charter of the BAPSC into the document. But the content aggregation on the part of the state officials is evident in an analysis of the Montreux Document by topic.

95. In the examination by concept of the aggregation of the internal norms of the IPOA and the BAPSC, there appear nine topics that demonstrate concordance. Although length limitations of this article affect the depth in which each of these topics can be examined, one can take as general examples the common treatment in a global sense between the Montreux Document, the CoC of the IPOA and the Charter of the BAPSC of issue such as humanitarian and human rights, combined with the respect of national laws.¹⁶⁷ The documents also simultaneously attend to issues related to labor laws, the establishment of rules in relation to the use of force and its use in defensive modes.¹⁶⁸

96. The analysis also reveals various analogous topics between the CoC of the IPOA and the Document of Montreux, where both positively specify the parameters for the course of action necessary to remedy illicit acts, the need to vet and train employees, and the necessity to acquire licit arms through the correct channels.¹⁶⁹ The Charter of the BAPSC alludes to the same points, but they remain to be positively iterated in the final CoC of the association.

B) The Association as Muse

97. Having seen these common topics, what is more important in the analysis of the aggregation in terms of BUL in the Montreux Document is the role the associations took in the formation of the document. As Levit's investigations have proven

‘Bottom-up lawmaking is a normative march between communities, and moments of interface are endemic to its path. Yet, these moments are wrought with multifaceted complexity. As informal, practice-based norms permeate more formal, lawmaking communities, the iterative process produces positive synergies. On the one hand, informal rules and institutions spark jurisprudential creativity among official lawmaking institutions, enhancing the quality of deliberations on substantive issues as well as the effectiveness of ensuing legal rules.’¹⁷⁰

In this sense, BUL is a process that represent more than dialogue, but rather a strong normative interplay between actors.¹⁷¹

98. This interplay between communities is evident in the analysis on the formation of the Montreux Document.¹⁷² During the various meetings in the auspices of the initiative between 2006 and 2008 the PMSC industry was regularly consulted.¹⁷³ The IPOA and the BAPSC took part in these intergovernmental meetings.¹⁷⁴ They were present in the first steps of the initiative in the first day of the preliminary

¹⁶⁶ Infra note 164, Point 8.

¹⁶⁷ Montreux Document: 1.a.1-1.a.2, B9-10, C14-15, E.22, E.26(a), III.12; IPOA CoC Article 1.1; BAPSC Charter Para 3,4,8.

¹⁶⁸ Montreux Document: 6.b,6.c.10, 13, 18; IPOA CoC: 6.5,6.11,6.3,6.4,9.2.1,9.2.2, BAPSC Charter: Para 1.

¹⁶⁹ Montreux Document: 11.a,11.b,11.c; IPOA CoC:9.4.1,9.4.3.

¹⁷⁰ J. LEVIT, Infra note 4, pp. 1182.

¹⁷¹ Ibid, pp. 1183.

¹⁷² It must be noted that the meeting in relation to the formation of the Montreux Document were held behind closed doors. The analysis in this section is based in publicly available documents relating to the process and data and commentaries facilitated in interviews with the author.

¹⁷³ *Governments acknowledge duty to control private military and security companies*, ICRC Feature, 19 Sept 2008.

¹⁷⁴ The participation of the association was corroborated in interview with representatives of the associations, although it must be noted that at points some commentaries pointed to a desire for more involvement in the process. The official reports on the meetings reflect the presence of the association, using the definition of industry representatives or other experts.

workshops in 2006, where the intention was to give government representative the opportunity to dialogue and share experiences with industry representatives, where the representatives outlined the steps they were taking through the associations to promote best practices.¹⁷⁵ Amongst the topics presented were: the vetting procedures for employees, training in humanitarian and human rights, operating procedures, internal discipline systems and the refusal of contracts that could include illegal activity.¹⁷⁶ In this way the perspectives and opinions of the associations acted in a complementary and mutually reinforcing manner. Furthermore the associations were also present in the second meeting on the formation of the Montreux Document that took place in November of 2006, although in this instance with a reduced number of representatives while intergovernmental exchanges continued.¹⁷⁷

99. Posterior to this meeting, between October and December 2007 four expert consultations took place between the Swiss Government, the ICRC, the International Peace Institute (IPI) and the Geneva Center for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). The intention of these consultations was to bring together recommendations on improvements in the draft texts of the initiative. On the basis of these recommendations the final document was presented in the last intergovernmental meeting.¹⁷⁸ The presence of the associations in these consultations is demonstrated via the positions that the President of the IPOA and the Policy Director of the BAPSC hold as members of the Advisory Group on Private Security of the DCAF.¹⁷⁹ In addition, although the structure of the IPI differs from the DCAF, the organization has expressed its belief in the importance of the formation of professional associations by the private sector, where the goals should be the promotion of CoCs, the inculcating of trade standards and the sponsorship of policy guidelines.¹⁸⁰ Thus, taking the direct and indirect roles of the associations in the consultation process attests to the capacity of the IPOA and BAPSC to act as iterative and inspirational muses in the formation process of the Montreux Document.

3. Afghan Law Dalw 1386

100. According to BUL vertical aggregation occurs when the contents of the internal norms of the private associations are aggregated into domestic or regional legal systems. A clear example of this can be seen when one analyzes the application of BUL to the IPOA in the Afghan Dalw 1386 on the regulation of PMSC with Afghan national territory.¹⁸¹ In this instance the Afghani legislators and the Ministry of the Interior opted to utilize the IPOA standards found in the CoC as the basis for the establishment of the procedures that both foreign and domestic PMSC must follow to legally operate in the country. According to the system created by the Afghan government without reservations, all PMSC must commit to observe the IPOA standards in order to receive an operating license.¹⁸²

¹⁷⁵ *Workshop of Governmental Experts and Industry Representatives on Private Military/ Security Companies*: 16-17 Jan 2006. Zurich, Switzerland. Federal Department of Foreign Affairs FDFA, Directorate of International Law DIL. Swiss Confederation. Summary of Chair. Pg. 1.

¹⁷⁶ *Ibid*, pp. 3.

¹⁷⁷ *Expert Meeting of Government and Other Experts on Private Military and Security Companies*: 13-14 Nov 2006, Montreux Switzerland, Federal Department of Foreign Affairs FDFA, Directorate of International Law DIL, Swiss Confederation, pp 2.

¹⁷⁸ *Third meeting of Governmental and other experts on Private Military and security Companies*. 14-16 April 2008, Montreux, Switzerland, Federal Department of Foreign Affairs FDFA, Directorate of International Law DIL, Swiss Confederation. pp1. Chair Summary. It must be noted that several working groups that discussed pertinent topics took place, but a specific list of these groups and their participants was not available.

¹⁷⁹ List of members of the Advisory Group <http://www.privatesecurityregulation.net/advisory-group>

¹⁸⁰ F. MANZINI, *In Good Company: The role of business in security sector reform*, Demos & The International Peace Academy, 2005, pp. 27, 82. Also see J. COCKAYNE ET AL, *Beyond Market Forces: Regulating the Global Security Industry*, International Peace Institute, 2009, pp. 9. (expressing that the standards developed by the associations can be seen as a starting point for the regulation of the industry).

¹⁸¹ *Procedure for Regulating Activities of Private Security Companies in Afghanistan*, Feb 2008 (Dalw 1386), Ministry of Interior, Islamic Republic of Afghanistan. <http://www.privatesecurityregulation.net/countries/results/taxonomy%3A237.1>

¹⁸² Art. 14 (8) & Art. 15 (6), *Procedure for Regulating Activities of Private Security Companies in Afghanistan*, Feb 2008 (Dalw 1386), Ministry of Interior, Islamic Republic of Afghanistan.

101. In this way the Afghan government explicitly incorporated the complete content of the CoC into the domestic law of the country. The verbiage of the articles has undeniable impact, as the legislators did not transpose sections of text but rather made a reference to the external document to be applied in its amended version over time. Thus the Afghan government deposits total faith in the IPOA and its CoC, demonstrating a strong example of vertical aggregation and the institution as muse.

4. Evolution to possible vertical and horizontal aggregation

102. After having seen the two examples of vertical and horizontal aggregation, there is a third example that is worthy of investigating. In April of 2009 the British government announced a public consultation on the preferred option to promote high standards of conduct for PMSC industry.¹⁸³ The policy proposal was comprised of three main parts including: working with the UK industry to promote high standards through a code of conduct, using the government's status as a buyer to contract only those companies that demonstrate that they operate to high standards, and an international approach to promote higher global standards, based on key elements of the UK approach.¹⁸⁴

103. What is interesting in the policy proposal in relation to BUL is the proposed role of the BAPSC within the policy option.¹⁸⁵ According to the published documentation the association would work with the government to formulate a CoC and would be the organization in charge of its implementation.¹⁸⁶ In this way, the proposal makes the allusion to a future vertical aggregation of internal norm content of the BAPSC.

104. The proposal continues in proposing a system of international cooperation to attend to the issue of PMSC regulation.¹⁸⁷ Using the Montreux Document as a stepping off point, the British proposal abdicates for the extension of the initiative, based in the standard established by the government and the BAPSC. It continues in foreseeing the establishment of an international secretariat to monitor the global standards and ensure compliance on the part of the PMSC.¹⁸⁸ Thus, the policy proposal outlines the creation of an international organization and the horizontal aggregation of the norms of the association into the international system.

5. Conclusion

105. The analysis demonstrates the directional flow of BUL, through which the internal norms of the private associations become hardened at the level of state instruments through the appropriation of the normative concepts. It has been demonstrated that the organization that meet the private legal communities requirements of BUL in the PMSC sector have acted as iterative and inspirational muses for the state level officials in the formation of law. Thus the investigation has proven that the internal norms of both the IPOA and the BAPSC complete the cycle of BUL. The process BUL describes in these instan-

¹⁸³ Public consultation on Private Military Companies (24/04/09), <http://www.fco.gov.uk/en/newsroom/latest-news/?view=PressS&id=16784533>

¹⁸⁴ General Ministerial Statement, The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, David Miliband, 24 april 2009. <http://www.fco.gov.uk/en/newsroom/latest-news/?view=PressS&id=16784533>

¹⁸⁵ See specific reference to the BAPSC, Evidence Base, *Impact Assessment on Promoting High Standards of Conduct by PMSC Internationally*, UK Foreign and Commonwealth Office, Version 1, April 2009, pp. 14. §46. www.fco.gov.uk

¹⁸⁶ Policy Proposal, Consultation Document, *Consultation on Promoting High Standards of Conduct by Private Military and Security Companies Internationally*, UK Foreign and Commonwealth Office, pp. 9. <http://www.fco.gov.uk/en/about-the-fco/publications/publications/consultations1/>

¹⁸⁷ Consultation Document, Consultation on Promoting High Standards of Conduct by Private Military and Security Companies Internationally, pp. 5. <http://www.fco.gov.uk/en/about-the-fco/publications/publications/consultations1/>

¹⁸⁸ Internationally Agreed Benchmark Standard for PMSC, Consultation Document, *Consultation on Promoting High Standards of Conduct by Private Military and Security Companies Internationally*, pp. 10. §21

ces demonstrates how the role of the state officials may be changed, but not eliminated. It represents the aggregation by the state of the regulatory schema in relation to the PMSC sector from the associations due to either their efficiency or the inspirational role played by the private associations.

VII. Conclusion

106. In summation, the increased reliance of the services provided by the PMSC sector, in this article assessed mainly in terms of the state-PMSC relationship, raises questions on how to best approach the regulation of the sector. The need for more efficient methods of regulation is made evident in large part due to the deficiencies seen in the application of both IHL and human rights law, as well as the intrinsic control and monitoring issues inherent in delegation. The complexity of the industry and the large variety of services it provides to distinct clients, in diverse situations, under variant contracts, underlines the areas where the legal norms lack indisputable application. But it appears that the classic state centered theories of policy formation are hindered because of a lack of political will or a lack of complete comprehension on how to best regulate the complex industry. Thus, in the attempt to explore alternative methods of the formation of policy content, the article has examined the application of BUL, as a compliment to classic model.

107. The analysis has shown that the IPOA and the BAPSC meet the institutional requirements established by the theory, specifically the creation of an internal self-sufficient and self-executing norm system from the practical experiences of a professionally homogeneous member group. The analysis has further demonstrated that these private quasi-judicial communities have acted as iterative and inspirational muses for state level officials, where the internal norms act as a base catalyst and a standard of reference against which official legislators redact and evaluate the subsequent law, leading to the aggregation of policy content into legislative instruments directed at the regulation of the PMSC sector.

108. The investigation describes a process where BUL and the classic theory function side by side, but where the role of the state in the development of those instruments has been changed though not eliminated. The analysis of the BUL process in relation to the PMSC sector points to change in monopoly of the state, where instead of the formation of policy to be internalized in practice, it shows indications of an organic process centered on the norms created by practitioners being externalized to the state level. Thus it can be said that the public-private sector interaction takes on an additional level than just the provision of services on behalf of the PMSC. In this context BUL present an opportunity for a new style of approach to the formation of regulatory policy.

CRÍTICAS Y CONTRACRÍTICAS EN TORNO A LA LEY 54/2007 DE 28 DE DICIEMBRE, DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL: EL ATAQUE DE LOS CLONES

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Murcia

Recibido: 17.12.2009 / Aceptado: 30.12.2009

Resumen: La Ley 54/2007 de 28 diciembre 2007 ha puesto una nueva regulación de la adopción internacional en España. La Ley ha generado, paralelamente, un profundo, intenso y muy rico debate doctrinal sobre el alcance de sus soluciones. El presente trabajo ofrece un análisis de las normas de Derecho internacional privado contenidas en la citada Ley y proporcionar una interpretación adecuada que permite la correcta aplicación de tales normas. En dicha perspectiva, se estudian las normas de competencia judicial, Ley aplicable y validez extraterritorial de decisiones en materia de adopción contenidas en la Ley 54/2007.

Palabras clave: adopción internacional, Ley aplicable, norma de conflicto, *exequatur*, competencia judicial internacional, foros exorbitantes, reenvío.

Abstract: The Spanish Act on International Adoption (Ley 54/2007 of December 28, 2007) offers a brand new set of rules on international adoption in Spain. This new act has generated a deep, intense and very rich doctrinal debate. This paper deals with the impact of the Private International Law rules contained in Act 54/2007 in order to provide a suitable interpretation that allows a correct application of these rules. In the above mentioned perspective, this paper poses a complete analysis of the Conflict-Of-Law rules, jurisdiction rules and extraterritorial validity provisions of Act 54/2007 on international adoptions.

Key words: International adoption, applicable Law, conflict of Laws rule, *exequatur*, jurisdiction, improper fora, renvoi.

Sumario: I. La Ley 54/2007 de adopción internacional. Una nueva esperanza. 1. Fortalezas metodológicas fundamentales de la Ley 54/2007. A) Modo de formulación de las normas jurídicas en la Ley 54/2007. Derecho creativo y discurso práctico. B) La Ley 54/2007 como Derecho transformador de la sociedad. C) Perspectiva intercultural de la Ley 54/2007. 2. Reacción doctrinal contra la Ley 54/2007: el ataque de los clones. 3. Presupuestos epistemológicos de la refutación de las críticas contra la Ley 54/2007. II. Cuestiones polémicas en la Ley 54/2007 e interpretación sistemática de la Ley. 1. Cuestiones generales. A) El art. 4 LAI, la nacionalidad y la residencia habitual del menor. B) Regulación en la LAI de instituciones jurídicas desconocidas en Derecho español. C) La adopción de mayores en la LAI. D) Regulación en la LAI de otras “medidas de protección de menores”. E) La adopción consular. 2. Cuestiones relativas a la competencia judicial internacional en materia de adopción. A) Ausencia en la LAI de regulación de la competencia de las autoridades españolas para recibir declaraciones de voluntad que completan la adopción. B) Consideración de los foros de competencia judicial internacional recogidos en los arts. 14 y 15 LAI como foros exorbitantes. 3. Cuestiones relativas a la Ley aplicable a la adopción. A) Distinción entre adopciones sujetas a la legislación española y adopciones sujetas a la legislación extranjera. B) Distinción entre “aplicar” y “tomar en consideración” una Ley extranjera y para la aplicación distributiva de distintas Leyes a la constitución de una adopción. C) Dificultad de precisión de la Ley aplicable a la nulidad de la

adopción. D) La Ley aplicable, por parte de las autoridades españolas, a las condiciones jurídicas de las adopciones que se van a constituir en el extranjero. E) La aplicación de la Ley nacional del adoptando a la capacidad del adoptando y consentimientos necesarios para la adopción. F) Exigencia de proximidad del supuesto con España para la intervención del orden público internacional. 4. Cuestiones relativas a la validez en España de adopciones constituidas en el extranjero. A) Exigencia del certificado de idoneidad, exclusivamente, para los adoptantes españoles. B) Severidad del control exigido a la adopción constituida en el extranjero. C) Reconocimiento de la adopción en España y control de la competencia judicial internacional del juez de origen. D) Reconocimiento de la adopción en España y control de la Ley aplicada por el juez de origen. E) Eficacia en España de adopciones constituidas en país extranjero y excepción de orden público internacional. 5. Cuestiones relativas a la adopción simple y *kafala*. A) El concepto de adopción simple y el art. 15.4 LAI. B) La Ley reguladora de la conversión de la adopción simple en adopción plena. C) Equiparación entre la adopción simple y el acogimiento familiar. D) El tratamiento jurídico de la *kafala* musulmana. III. Causas de la perspectiva desenfocada de las críticas injustas vertidas contra la Ley 54/2007. 1. El positivismo legalista como placebo anticientífico. 2. Los prejuicios cognitivos del discurso crítico-clónico contra la Ley 54/2007. IV. Reflexiones finales.

I. La Ley 54/2007 de adopción internacional. Una nueva esperanza.

1. Fortalezas metodológicas fundamentales de la Ley 54/2007.

1. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional (= citada, a partir de este momento, como LAI) entró en vigor el día 30 de diciembre de 2007¹. Dicha Ley ha comportado, para el Derecho Internacional Privado (= DIPr.) español, un cambio radical en el régimen jurídico de la adopción internacional².

2. El aumento exponencial de los supuestos de adopción internacional en España hacía necesaria una nueva regulación jurídica de la misma. En efecto, el texto antes vigente del art. 9.5 CC, que

¹ Texto de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2009, de adopción internacional, en BOE núm. 312 de 29 diciembre 2007.

² En torno a la Ley 54/2007, de adopción internacional de 28 diciembre 2007, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Adopción internacional", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 217-273; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional", *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*; Id., "La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos", *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69; E. GÓMEZ CAMPELO, *La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate*, Ed. Reus, Zaragoza, 2009; C. ESPLUGUES MOTA, "La nueva ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?", *RDIPP*, 2008-2, pp. 363-380; F. CALVO BABÍO, "Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional", *Iuris*, n. 125, marzo 2008, p. 59; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "Recensión a A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*", Comares, Granada, 2008, *REDI*, 2008, pp. 349-351; P.P. MIRALLES SANGRO, "Filiación por naturaleza/biológica y adopción", en A.P. ABARCA JUNCO (DIR.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 3ª ed., Madrid, UNED, 2008, pp. 187-242, esp. pp. 204-202; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432; J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Univ. Alcalá de Henares, 2008, pp. 5709-602; S. SÁNCHEZ LORENZO, "Prólogo a J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Univ. Alcalá de Henares, 2008, pp. 7-12, esp. p. 12; C. ESPLUGUES MOTA / J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, València, 2009, pp. 315-335; R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo", www.reei.org, 2009 (versión *on line*); E. ALONSO CRESPO, "Ley de adopción internacional: formas de dejar sin efecto -o variar- una adopción de este tipo (nulidad, modificación o revisión, conversión), y sus consecuencias en la adopción nacional", *Diario La Ley*, núm. 6925, 15 abril 2008, versión *on line*; P. PARADELLA AREÁN, "Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional", www.reei.org, 2008. En torno al Proyecto de dicha Ley, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente", *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618; G. ESTEBAN DE LA ROSA (coord), *Regulación de la adopción internacional. Nuevos Problemas. Nuevas soluciones*, 2007.

tras 1987 había sido “parcheado” por el legislador en numerosas ocasiones, constituía un cauce legal estrecho y antiguo poco adecuado para regular una realidad tan compleja y dinámica como la adopción internacional. En efecto, desde 1987, el art. 9.5 CC fue reformado por cuatro leyes distintas, que presentaban objetivos dispares y que mostraban una técnica legislativa poco depurada (= *vid.* Ley 21/1987 de 11 noviembre³, Ley 11/1990 de 15 octubre⁴, Ley orgánica 1/1996 de 14 enero de Protección jurídica del Menor⁵ y Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código civil⁶).

3. El carácter legeforista del viejo art. 9.5 CC, su imprecisión técnica, su lenguaje confuso y técnicamente pobre, así como la carencia de unas líneas definidas de política legislativa en tal precepto eran tan alarmantes, que hasta la misma DGRN se lamentó de la falta de pericia del legislador en materia de adopción internacional (RDGRN 9 febrero 1989)⁷.

4. La Ley 54/2007 presenta, desde este punto de vista, una batería de fortalezas técnicas y valorativas que supera con claridad la situación legal anterior y que permite afrontar la regulación legal de la adopción internacional con instrumentos jurídicos de calidad. Las “fortalezas objetivas” de la Ley 54/2007 pueden resumirse, brevemente, en las que siguen.

A) Modo de formulación de las normas jurídicas en la LAI. Derecho creativo y discurso práctico.

5. Las normas jurídicas contenidas en la Ley 54/2007 constituyen una plataforma ideal para formular soluciones legales auténticamente “creativas”. La Ley 54/2007 ha dejado atrás posiciones dogmáticas, algebraicas, simplistas y ancladas en ideas fijas. Así, los preceptos de la Ley 54/2007 aparecen, en ocasiones, como “preceptos desafiantes”. Admiten en su seno principios que parecen antagónicos (= pero sólo en apariencia), y los combinan en una justa dosis. Por ejemplo, el legislador español, como también lo ha sido el belga o el italiano, es consciente de la conveniencia de abrir la jurisdicción española de modo generoso para facilitar la constitución de adopciones internacionales. Pero, al mismo tiempo, la Ley 54/2007 atempera dicha apertura mediante “cláusulas de desvinculación” que deben ser desarrolladas por los tribunales. La Ley 54/2007 cree en los jueces. La Ley 54/2007 tiene fe en los aplicadores del DIPr. y en los operadores jurídicos especializados en la adopción internacional. El legislador ha acogido y ha desarrollado la idea de que el DIPr. español se construye mediante la adecuada combinación entre reglas “legales” (= previstas para los casos tipo, casos generales o “casos ordinarios”) y reglas de “creación judicial” (= para los casos más complicados, *Hard Cases*, casos cuyas soluciones legales requieren un “*plus* de motivación argumental”). La Ley 54/2007 ha adoptado una posición jurídica realmente “creativa”. Ha dado vida a un sistema jurídico “a partir de la Ley” pero “a través de los casos” (= con lo que todo el sistema crece con su aplicación y con su “desarrollo aplicativo”: el sistema legal está “vivo”). El legislador español de 2007 ha sabido cómo relacionar entre sí ideas lejanas *to bring things together*. Ha sido capaz de asumir y combinar ideas que, contempladas de modo aislado, a ciertos sujetos les parecen contradictorias o imposibles. Ha sabido “pensar en direcciones opuestas”, aceptar la contradicción. Y lo más importante, la Ley 54/2007 ha sabido asumir el reto de “dejar abiertas las conclusiones”. Esta Ley constituye una *opera aperta* (= el texto escrito de la Ley se enriquece con la aportación de quién lee dicho texto, de quién lo aplica y de quién lo explica). En el fondo, esta Ley 54/2007 se presenta como una obra de “creación coral” que crea una “atmósfera intelectual” propicia para estimular una más justa aplicación del sistema jurídico.

B) La Ley 54/2007 como Derecho transformador de la sociedad.

6. La Ley 54/2007 aparece marcada por el profundo carácter “social” de sus normas de DIPr. Sus normas, y en especial, sus normas de DIPr., persiguen ofrecer una regulación global (= que no exhaus-

³ BOE núm.275 de 17 de noviembre de 1987.

⁴ BOE núm.250 de 18 de octubre de 1990.

⁵ BOE núm.15 de 17 de enero de 1996.

⁶ BOE núm. 119 de 19 de mayo de 1999.

⁷ Texto en *REDI*, 1989, pp. 646-649.

tiva), de la adopción internacional a través de “*policies transformadoras*”. La Ley 54/2007 no contiene un Derecho “meramente regulador” de la sociedad, sino un verdadero “Derecho organizador y transformador” de la sociedad. La finalidad última de sus normas consiste en fomentar el progreso democrático de la sociedad basado, en general, en la dignidad de toda persona, y en particular, en el respeto de los derechos del menor en las vicisitudes jurídicas que comporta la adopción internacional.

7. Para comprender de modo adecuado la anterior afirmación, debe arrancarse de la realidad cotidiana de las adopciones internacionales en el momento presente. Ello exige recordar ciertos datos: 1º) Se aprecian situaciones de desequilibrio social, ya que los potenciales adoptantes procedentes del Primer Mundo son muy numerosos, pero no encuentran menores de escasa edad para adoptar en los países donde habitualmente residen. Por otro lado, el número de los potenciales adoptandos en países no desarrollados es elevadísimo, pero en tales países no se encuentran suficientes personas o familias dispuestas a adoptarlos; 2º) Los modelos jurídicos de adopción de los países no desarrollados son muy diferentes de los propios de los Derechos de los países occidentales; 3º) Los elementos sociales, económicos y psicológicos propios de toda adopción potencian la proliferación de fenómenos inadmisibles para el Derecho social. Así, son por desgracia habituales hechos como el tráfico y compraventa de menores, corrupción de funcionarios, asignación de menores en adopción a cambio de dinero, sobornos y cohechos judiciales y administrativos, secuestro de niños para su prostitución de país a país, pornografía infantil, tráfico de órganos humanos, adoptantes inadecuados, llamativo enriquecimiento de agencias privadas y públicas de adopción internacional, etc.⁸, como ha señalado la doctrina⁹.

8. Este “Derecho organizador y transformador” de la sociedad se refleja en la concepción de toda adopción internacional como una “medida de protección del menor” y nunca como un mecanismo legal que pueda ser utilizado para legitimar o “legalizar” el tráfico de menores y/o la mera obtención de beneficios legales accesorios (M.P. DIAGO DIAGO)¹⁰. La Ley 54/2007 constituye un complejo normativo de Derecho Social cuyo objetivo es la regulación de la adopción internacional como una medida para la protección de menores y para la integración familiar de los mismos, alejada de todo tráfico internacional de menores y de toda utilización de los menores como “objetos de mercado”. A tal fin, la Ley 54/2007 proclama que todos sus preceptos deben ser interpretados con arreglo al “interés superior del niño” y que toda decisión relativa a una adopción internacional, sin excepción alguna posible, debe cumplir con el dicho principio (= “interés superior del niño”: *vid.* Exposición de Motivos LAI, [II])¹¹. La Ley 54/2007

⁸ La prensa es fuente inagotable de los siniestras y truculentas prácticas que se producen en torno a la adopción internacional. Algunos ejemplos pueden resultar ilustrativos y demuestran que esta problemática se ha planteado en España desde hace más de diez años: *Diario El País* 1 noviembre 1996, p. 25: “Decenas de españoles han comprado niños en una red de adopción ilegal en Rumanía”; *diario El País*, 10 noviembre 1996, p. 30: “Legal o ilegal, me traigo a la niña rumana en cuanto me la den”; *diario El País* 27 noviembre 1996, p. 27: “En España hay un centenar de niños rumanos comprados”; *diario El País* 22 marzo 1997, p. 31: “El tráfico de niños genera un negocio millonario en Centroamérica”; *diario El País (Andalucía)* 27 octubre 1995, p. 8: “Un matrimonio jerezano pagó 400.000 pesetas para poder adoptar una niña china abandonada”; *diario El País* 26 abril 1999, p. 38: “Detectados en España 59 casos de compra de niños colombianos”; *diario El País* 8 mayo 1999: “El gobierno reconoce que algunas agencias de adopción internacional se enriquecen”.

⁹ M.V. CUARTERO RUBIO, “Adopción internacional y tráfico de niños”, *BIMJ*, núm.1840 de 1 marzo 1999, pp. 405-413; M.P. DIAGO DIAGO, “Las adopciones ficticias o por conveniencia”, en D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (Dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Ed. Colex 2004, pp. 229-247; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Problemas actuales en torno a la adopción internacional. Adopciones encubiertas y tráfico de niños”, en D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Ed. Colex 2004, pp. 213-228; A. MARIANA HERNANDO, “La adopción internacional. El tráfico de menores. Mecanismos de protección y control”, *Infancia y Sociedad*, nº 33, 1995, pp. 201-211; B. DE MARIANO Y GÓMEZ-SANDOVAL, “Las adopciones transnacionales”, *La Ley*, 1999-I, D-60, pp. 1658-1668; M.E. TORRES FERNÁNDEZ, *El tráfico de niños para su ‘adopción’ ilegal (el delito del art. 221 del Código Penal español)*, Dykinson, Madrid, 2003.

¹⁰ M.P. DIAGO DIAGO, “Las adopciones ficticias o por conveniencia”, en D. ADAM MUÑOZ / S. GARCÍA CANO (dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Ed. Colex 2004, pp. 229-247.

¹¹ Exposición de Motivos LAI [II]: “*En aplicación de la Constitución y de los instrumentos legales internacionales en vigor para España, esta nueva norma concibe la adopción internacional como una medida de protección*”.

persigue la “purificación jurídica” de la adopción internacional, de modo que ésta no sea utilizada, en ningún caso, como una “tapadera legal” para cubrir supuestos de tráfico internacional de menores que “cosifican” a los niños y los convierten en mercancías y objetos que se compran y se venden.

9. En sintonía con lo anterior, toda la LAI gira en torno al concepto del “interés del menor” en la adopción internacional. El “interés del menor” constituye un concepto jurídico indeterminado. Sin embargo, puede afirmarse, para perfilar el “halo del concepto”, lo siguiente.

1º) Desde el punto de vista del Derecho español, el mayor beneficio legal que existe para un menor necesitado de protección, en el contexto internacional, es su “completa integración en una familia adecuada” mediante la figura de la adopción (= pues es la institución legal que presenta un grado mayor de integración familiar en un núcleo familiar: el niño se convierte en “hijo”) (F. CALVO BABÍO)¹². No obstante, debe subrayarse con el mayor énfasis que no existe un “derecho a adoptar” ni tampoco existe un “derecho a ser adoptado” (M. HERRÁNZ BALLESTEROS)¹³.

2º) Debe ser posible constituir una adopción ante las autoridades de aquellos países con los que la situación del menor presenta un “mínimo vínculo de proximidad” (= los foros de competencia judicial internacional deben ser “amplios”).

3º) La Ley aplicable a la adopción debe fijarse con atención extrema a la sociedad en la que el adoptando va a quedar efectivamente integrado (= pues ello disminuye, en general, los “costes de transacción conflictuales”, y en particular, los costes de información sobre la Ley aplicable a la adopción y los costes de adaptación del comportamiento de los particulares a una Ley que les resulta “familiar”). La aplicación de la Ley del país en cuya sociedad se va a integrar el adoptando potencia, por dicha razón, la constitución de la adopción internacional (= de modo que, así expresado, este punto de conexión potencia el interés del menor).

4º) La determinación de la Ley aplicable a la adopción debe tener presentes las posibilidades, y la conveniencia, de que dicha adopción surta efectos jurídicos en los países vinculados con la situación y en especial, con el país de origen del menor (= deben evitarse “adopciones claudicantes”). De ese modo, se elimina la posibilidad de que el adoptando sea considerado “hijo” de unos sujetos en un país, pero no en otro. Esta situación atenta gravemente contra el interés del menor, ya que vulnera el derecho del menor a una “identidad única”, como ha apuntado recientemente, y con el mayor énfasis, el TJCE (STJCE 16 octubre 2008, *Grunkin-Paul*¹⁴) (= derecho del menor a ser considerado “la misma persona” en distintos países, con idéntica filiación). Una adopción internacional que se constituye con arreglo a una Ley estatal pero con “presencia” de las Leyes de otros países en los que puede ser interesante para el menor la validez de esa adopción constituida en España, fortifica legalmente la adopción y la prepara para superar satisfactoriamente el “paso de frontera”.

5º) El reconocimiento en España de adopciones constituidas en países extranjeros debe superar un “filtro legal” que asegure que tales adopciones no encubren un tráfico de menores. Pues bien, cada

de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos. Asimismo, se pretende evitar y prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños (...)”.

¹² F. CALVO BABÍO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Univ. RJC, Dykinson, Madrid, 2003, esp. pp. 31-34. Vid. igualmente, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado*, Discurs d’ingrés Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona, 1993; J. RUBELLIN-DEVICHI, “Le principe de l’intérêt de l’enfant dans la loi et la jurisprudence française”, *Droit de l’enfance et de la famille*, 1996-1, pp. 113-159; M. HERRÁNZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr.*, Lex Nova, Valladolid, 2004, *passim*.

¹³ M. HERRÁNZ BALLESTEROS, “La búsqueda de la armonía internacional de soluciones: ¿un objetivo a cualquier precio en materia de adopción internacional?”, en A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 487-510, esp. pp. 490-491.

¹⁴ M^a. D. ORTIZ VIDAL, “El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008”, *CDT*, vol 1, Núm. 1, 2009, pp. 143-151; Id., “Nuevos interrogantes y nuevas respuestas sobre la STJCE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul*”, *CDT*, vol 1, Núm. 2, 2009, pp. 357-367.

país dispone de “sus” reglas jurídicas en materia de adopción internacional. Tales reglas representan la “perspectiva nacional” de lucha contra el tráfico de menores (= el modo en que cada Estado regula la adopción). Para asegurarse de que la constitución de la adopción en un país extranjero no cubre un supuesto de tráfico de menores, es preciso articular un “segundo control” que verifique que las normas de DIPr. del Estado de constitución de la adopción fueron correctamente aplicadas a la misma, si bien se establece un segundo filtro, el tradicional “orden público internacional” que impide que las adopciones constituidas por autoridades extranjeras puedan surtir efectos en España aunque hayan sido legalmente constituidas en el extranjero en el caso de que produzcan en España efectos que vulneren los principios básicos del Derecho español, y en especial, el principio del “interés del menor”.

6º) A la hora de constituir y reconocer adopciones en casos internacionales, la adopción debe contemplarse integrada en un “conjunto de alternativas” para el bienestar del menor, de modo que la adopción sólo debe constituirse en España o reconocerse en España si, en el caso concreto, beneficia al menor. No en caso contrario. En definitiva, puede afirmarse que todas las cautelas, refuerzos y perfiles que presentan las normas de conflicto contenidas en la LAI confirman una “polifonía de los mensajes valorativos”. Es decir, que toda adopción internacional debe sintonizar con el “interés del menor” y toda la regulación jurídica recogida en la LAI aparece guiada por ese principio clave en la materia (= todas las normas de DIPr. de la LAI convergen en esa misma dirección axiológica).

10. El nuevo Derecho español de la adopción internacional cuenta con la intervención del Estado en las relaciones entre particulares (= relaciones de Derecho Privado) con el objetivo de defender valores globales que, por ser tales, afectan a toda la sociedad (= como son, en el caso de las adopciones internacionales, los valores del “interés del menor” y de la “protección de la infancia”). La misma Exposición de Motivos (I) de la LAI deja traslucir esta idea intervencionista del Estado en la regulación de las adopciones internacionales¹⁵. La defensa y preservación de estos valores sociales es, de todos modos, un objetivo de difícil consecución. Para lograrlo, las “Leyes sociales”, como la misma LAI, presentan ciertos rasgos distintivos (M. PASQUAU LIAÑO¹⁶).

1º) Introducen regulaciones que afectan a diversas ramas del Ordenamiento Jurídico (= Derecho Administrativo, civil, Internacional privado, Penal, Procesal, todo a la vez). Las Leyes sociales de nuestros días no son ya Leyes “de Derecho Civil” o “Leyes de DIPr.”: constituyen, más bien, un “conglomerado legal heterogéneo”. La Ley 54/2007 es una “Ley integral sobre la adopción internacional” que arranca de un claro presupuesto de que los fenómenos sociales actuales son de tan alta complejidad, que exigen una regulación a través de mecanismos legales de distinto alcance y carácter (= Derecho Privado y Derecho Público, Derecho sustantivo y Derecho Procesal, etc.), como ha sido señalado (J. MÉNDEZ PÉREZ¹⁷). La finalidad de la Ley 54/2007 no es constituir un “código regulador de las adopciones internacionales”. La palabra “código” o “codificación” no aparecen en la Exposición de Motivos de la Ley 54/2007. El tiempo de los grandes códigos ha pasado barrido por los vientos de la “Modernidad líquida”. La Ley 54/2007 no tiene como objetivo una “codificación formal” de las normas sobre adopción internacional, sino una “regulación integral” del fenómeno de las adopciones internacionales, lo que es muy

¹⁵ Exposición de Motivos de la LAI (I): “*El aumento de adopciones constituidas en el extranjero supone, a su vez, un desafío jurídico de grandes proporciones para el legislador, que debe facilitar los instrumentos normativos precisos para que la adopción tenga lugar con las máximas garantías y respeto a los intereses de los menores a adoptar, posibilitando el desarrollo armónico de la personalidad del niño en el contexto de un medio familiar propicio. Todo ello en el marco de la más escrupulosa seguridad jurídica que redundará siempre en beneficio de todos los participantes en la adopción internacional, especialmente y en primer lugar, en beneficio del menor adoptado. El transcurso de los años ha proporcionado perspectiva suficiente para apreciar la oportunidad de una Ley que pusiera fin a la dispersión normativa característica de la legislación anterior y reuniera una regulación completa de las cuestiones de derecho internacional privado necesariamente presentes en todo proceso de adopción internacional*”.

¹⁶ M. PASQUAU LIAÑO, *Código civil y ordenamiento jurídico*, Granada, Comares, 1994, pp. 80-88, esp. P. 84: “*el Derecho liberal sólo requiere unos códigos estables y más bien breves, mientras que un Derecho ‘social’ exige más leyes y leyes más mutables*”. Vid. también, en este sentido, y en relación con la adopción, F.J. ARELLANO GÓMEZ, “Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de la adopción”, *Rev. Crít. Derecho inmobiliario*, 1992-II, pp. 2085-2105.

¹⁷ J. MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 24, si bien en relación con la LOPJM 1/1996.

diferente¹⁸. Por ello, el objetivo de la LAI no es reunir en un solo cuerpo legal toda la normativa existente sobre la adopción internacional en España. Ello sería, sencillamente, imposible, pues las reglas jurídicas sobre adopción internacional se generan desde distintos “focos normativos” (= legislación autonómica, legislación estatal y legislación contenida en Convenios y otras normas de génesis internacional).

2º) Visto que los cambios sociales tienen lugar a una velocidad vertiginosa, las Leyes propias del Derecho Social son, *ex ipsa natura sua*, Leyes efímeras. Están sometidas a continuos cambios y reformas. El drama, al mismo tiempo, la fortaleza del Derecho social, es que constituye, *ex ipsa natura sua*, un Derecho complejo e inestable. Sus estructuras y normas están sujetas a frecuentes cambios con el objetivo de suministrar una respuesta jurídica “social” a los nuevos retos que plantean las actuales relaciones jurídicas entre particulares. De frente al tráfico y a la compraventa de niños, el Derecho Social reacciona. Cuando este fenómeno se “sofistica” (= por ejemplo, a través del ofrecimiento de menores “adoptables” a través de Internet incluso por autoridades públicas de ciertos países como Brasil o Argentina), el Derecho social reacciona de nuevo, como ha puesto de manifiesto la doctrina¹⁹. El Derecho Social está siempre en “situación de alerta roja”, siempre en continua reacción. El Derecho Social deberá reaccionar con rapidez en el inmediato futuro, por lo que se refiere al sector de la adopción, ante los previsibles fenómenos futuros de adopción a la carta de niños no nacidos, adopción de niños clonados, contratos privados de gestación para adopción, frecuentemente concluidos por Internet, etc. En consecuencia, el DIPr. del siglo XXI se forma “por aluvión”, por intervenciones legislativas constantes y con frecuencia, inconexas y no siempre coordinadas. El Derecho Social contraataca constantemente para combatir las “desviaciones anti-sociales” y las “desviaciones del mercado” propias de una sociedad caracterizada por la alta tecnología, la velocidad y la evolución dinámica y súbita de los valores sociales.

11. Como manifestación del Derecho Social, la Ley 54/2007 representa un nuevo enfoque en la defensa y promoción de los derechos del menor, y en especial, para los derechos del menor adoptando. En el mundo actual, siempre en movimiento está el futuro, y las amenazas contra los derechos de los menores constituyen un peligro real de gran envergadura. Esa amenaza constituye, para el Derecho, un auténtico desafío. Con el objetivo de combatir contra tales peligros y, al mismo tiempo, de procurar el máximo respeto al interés del menor, en particular, a la hora de integrarse en una nueva familia que le acoge como hijo, esta Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional, constituye, sin duda, una nueva esperanza.

C) Perspectiva intercultural de la Ley 54/2007.

12. Las normas de DIPr. recogidas en la Ley 54/2007 muestran un carácter profundamente “intercultural”. Respetan los espacios de aplicación del Derecho extranjero y los *standards* de cultura extranjeros cuando la adopción afecta a una sociedad extranjera y no a la sociedad española. No imponen una aplicación “imperialista” del Derecho material español a toda adopción a constituir, modificar o anular, por tribunales españoles ni a través de un legefórum exacerbado ni a través de un orden público internacional “agresivo”. En la misma línea, y como se verá más adelante, puede afirmarse que la Ley 54/2007 renuncia a un “imperialismo jurisdiccional” de los tribunales españoles en materia de adopción. Por otra parte, puede también apreciarse que el legislador español que diseñó la Ley 54/2007 ha sido consciente de que “su modo” de entender la regulación material de la adopción no es el único posible y de que los demás “modelos jurídicos” estatales de adopción deben disponer de su propio “espacio aplicativo”.

2. Reacción doctrinal contra la Ley 54/2007: el ataque de los clones.

13. La consecución de los objetivos que persigue la Ley 54/2007 hace necesario que las normas de DIPr. contenidas en dicha Ley sean “normas de textura abierta”. Sólo dicho enfoque permite que

¹⁸ Exposición de Motivos (III) de la LAI: “La Ley tiene por objeto una regulación normativa sistemática, coherente y actualizada que permite dar respuesta al fenómeno de la adopción internacional en España”.

¹⁹ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Algunas reflexiones sobre la adopción internacional en la sociedad de la información”, en A. L. CALVO CARAVACA y OTROS, *Mundialización y familia*, Madrid, Ed. Colex, 2001, pp. 313-323; J.M. UHÍA ALONSO, “Problemática de tipo legal derivada de la adopción internacional”, *La Ley*, 1998-II, D-46, pp. 1960-1966; A. ISABEL HERRÁN, *La adopción internacional*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 47.

la letra de la Ley se adapte a la realidad de la adopción internacional, una realidad en constante movimiento y cambio. Por ello, puede afirmarse que el legislador que redactó la Ley 54/2007 da cobertura al desarrollo judicial de las normas de dicha Ley, dentro de los límites y parámetros marcados por la misma Ley 54/2007.

14. La Ley 54/2007 constituye un “conjunto jurídico global” que, como tal, debe ser entendido y aplicado de manera sistemática, coherente y axiológicamente consistente. Ello exige realizar un correcto análisis integral de las normas de DIPr. contenidas en la misma. Como suele ser habitual, las aproximaciones de la doctrina contribuyen a esa labor de exégesis de las nuevas normas legales. Sin embargo, cabe señalar que ciertos estudios doctrinales dedicados a la Ley 54/2007 han generado un elevado grado de confusión y desconcierto que resulta nocivo para el que se acerca a tales estudios ellos en busca de una “guía de actuación práctica” (= caso de los aplicadores del Derecho), o de una mayor profundización (= caso de los estudiosos del DIPr.). Estos estudios no han comprendido adecuadamente la apertura hacia un desarrollo judicial de la Ley 54/2007 ni tampoco han captado correctamente las novedades técnicas que incorpora dicho texto. Tales estudios, desde postulados críticos que resultan, en ocasiones, desafortunadamente, excesivamente teóricos, y con frecuencia, erróneos, han propagado la idea de que la Ley 54/2007 es una norma jurídica de difícil cuando no imposible aplicación y de que sus presupuestos metodológicos son equivocados. Con ello, estos estudios han creado una preocupante interpretación desviada y caótica de la Ley 54/2007. Pues bien, el objetivo de este trabajo es poner fin a la sensación artificial de caos, inseguridad y oscuridad jurídica que se ha creado a partir de estos estudios. El presente trabajo, por lo tanto, persigue en primer lugar, desmontar las críticas vertidas contra la Ley 54/2007, críticas producto de una interpretación desviada de dicha Ley, y en segundo lugar, proporcionar, de ese modo, lograr una saludable y correcta interpretación de las normas de la Ley 54/2007.

15. Las críticas vertidas contra la Ley 54/2007 han sido numerosas y variadas, y, como antes se ha indicado, han creado la sensación, falsa y artificial, de que dicho texto legal es deficiente. Sin embargo, y con carácter previo, una lectura pausada y ponderada de las mismas permite detectar, con facilidad, que, en realidad, todas estas críticas son siempre las mismas, con repetición clónica de los argumentos que, presuntamente, las sustentan. Como consecuencia de ello, estas críticas han producido un efecto de “retroalimentación” entre sí. En efecto, a las concretas reprobaciones vertidas por un autor contra la Ley 54/2007, le seguían idénticas reprobaciones escanciadas por otro autor distinto, pero ahora, con mayor virulencia (= ya que la crítica anterior “alentaba” el tono reprobatorio del crítico posterior: es la “retroalimentación”). Además, al llegar los reproches desde distintos autores, se creaba también, de modo paralelo, un “fenómeno de amplificación”: la crítica sonaba mucho más fuerte y parecía mucho más sólida porque procedía de ángulos diferentes y convergía sobre un único centro, la Ley 54/2007. Es como si la misma melodía fuera interpretada, al mismo tiempo, desde las cuatro esquinas de una misma habitación. El resultado es claro: la habitación retumba al son de una fanfarria estridente que repite siempre las mismas notas. El sonido, retroalimentado, se ha amplificado, de modo que la habituación sufre un efecto de “reverberación”. Esta melodía crítica contra la Ley 54/2007 es “el ataque los clones”. Recuerda la táctica de los U-boot alemanes en la batalla del Atlántico, diseñada por el Gran Almirante K. DÖNITZ (= *Rudeltaktik* o *Wolf Pack*) durante la Segunda Guerra Mundial, en cuya virtud, los distintos autores críticos con la Ley 54/2007 actúan “en masa” dirigiéndose, de manera previamente concertada, al ataque de un mismo objetivo (= lo que refleja una “orquestración” de las críticas, una previa “conexión interna” entre las mismas).

3. Presupuestos epistemológicos de la refutación de las críticas contra la Ley 54/2007.

16. El objetivo del presente trabajo consiste en proponer una interpretación razonable de las normas de DIPr. de la Ley 54/2007 que permita ver la luz allí donde las críticas que se han vertido sobre dicha Ley sólo han creado oscuridad. Con carácter previo a ello es preciso incorporar una muy breve serie de observaciones preliminares.

17. a) La publicación de determinadas críticas contra la Ley 54/2007 ha creado la sensación de que dicha Ley constituye un texto deficiente tanto desde el punto de vista valorativo (= con criterios de política legislativa equivocados), como desde el punto de vista técnico (= con normas que presentan

errores de redacción y que fomentan la ambigüedad y la imprecisión legal). Sin embargo, y como quedará demostrado en este trabajo, lo que ocurre es que los autores críticos con la Ley 54/2007 no han comprendido dicho texto porque no han leído la Ley 54/2007 con el enfoque correcto (= su perspectiva está distorsionada, por lo que no son capaces de recibir el mensaje valorativo y técnico que contiene la Ley 54/2007). Por tanto, en ocasiones, no se puede pretender que ciertos lectores comprendan el mensaje de la Ley 54/2007. No por maldad, naturalmente, sino porque sus presupuestos y prejuicios cognitivos les impiden captar otras perspectivas de la realidad que no sean las suyas.

18. b) Los críticos clónicos contra la Ley 54/2007 son fervientes seguidores de la llamada “dialéctica erística” (= el arte de “llevar razón” en las discusiones, se tenga o no se tenga razón desde un punto de vista objetivo). Porque “llevar razón” (= *Recht behalten*) no es lo mismo que “tener razón” (= *Recht haben*)²⁰. Estos autores son expertos en la técnica de querer imponerse en una discusión, con independencia de que se tenga o no se tenga razón.

19. c) Los autores de este trabajo han realizado una lectura científicamente transparente y sincera de la Ley 54/2007²¹ y ofrecen una posible interpretación de dicha Ley. Tal interpretación puede ser acogida o no, puede ser compartida o no. Pero, en todo caso, esta interpretación es científica (= se asienta sobre razonamientos falsables en el “sentido popperiano” del término). La visión ofrecida por los autores de este trabajo sólo pretende contribuir al correcto análisis de las normas de DIPr. contenidas en la Ley 54/2007, sin “velos ideológicos” que puedan ser rasgados. Por ello, los firmantes de este trabajo participan en el debate científico sin “intenciones escondidas” (= no se trata de defender el texto de la Ley 54/2007 por defenderlo, como *petitio principii* u *orbis in demonstrando*), sino porque sus soluciones pueden convencer. Desde otro punto de vista, los autores de este trabajo tienen derecho a discrepar de la opinión crítica de otros autores. En dicha línea, las refutaciones que, en este trabajo, se harán en relación con las críticas vertidas por ciertos expertos contra la Ley 54/2007, se hacen siempre con el máximo respeto personal y profesional a dichos expertos legales. Pero, naturalmente, con el derecho a discrepar y a calificar una tesis, en su caso, como “equivocada” o “errónea” o mediante cualquier otro calificativo, cuando, a juicio de los que esto escriben, ello sea así. Los autores de este trabajo no critican a las personas. Critican las ideas. Y lo hacen así porque están firmemente convencidos de que sólo el debate y la discrepancia hacen avanzar a la Ciencia y al conocimiento humano. Y porque, como subrayaba W. LIPPMANN, allí donde todos piensan lo mismo, es que nadie piensa demasiado.

II. Cuestiones polémicas en la Ley 54/2007 e interpretación sistemática de la Ley.

1. Cuestiones generales.

A) El art. 4 LAI, la nacionalidad y la residencia habitual del menor.

20. El art. 4.1 LAI recoge una serie de “*circunstancias que impiden o condicionan la adopción*” de menores “*nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado*”. El legislador español, en estas circunstancias, prohíbe “tramitar solicitudes de adopción internacional”. Se trata de las circunstancias recogidas en los siguientes preceptos: a) Art. 4.1.a LAI, conocida como “cláusula chadiana”²²); b)

²⁰ A. SCHOPENHAUER, *El arte de tener razón (expuesto en 38 estratagemas)*, Alianza Editorial, Madrid 2008, p. 13.

²¹ *Vid.*, antes del presente trabajo, entre otras contribuciones, A.-L. CALVO CARAVACA, “Globalización y adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 23-72; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre: aplicación de la ley extranjera”, *Diario La Ley*, Nº 6997, Sección Doctrina, 25 Julio 2008; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Modificación, revisión, nulidad y conversión de la adopción internacional y la Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007”, *BIMJ*, núm. 2073 de 15 noviembre 2008, pp. 3857-3878.

²² El art. 4.1 LAI precisa que no se podrá realizar ningún trámite relativo a una adopción internacional “cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural”. Esta previsión legal persigue evitar el tráfico de menores que se puede producir en situaciones

Falta de control público de la adopción en el Estado de residencia habitual del menor (art. 4.1.b LAI). Se impide también tramitar solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado cuando “no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción”. La LAI entiende que toda adopción debe llevarse a cabo bajo el control de “autoridades públicas”; c) *Estados que no respetan los principios jurídicos básicos de la adopción de menores internacionalmente reconocidos* (art. 4.1.c LAI). No se tramitarán solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado, “cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la adopción en el mismo no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el art. 3 LAP”.

21. Pues bien, ciertos autores han criticado que el inicio del art. 4.1 LAI, que extiende la aplicación de esta disposición tanto a los menores “nacionales de otro país”, como a los menores “con residencia habitual en otro Estado”. Se subraya, en efecto, que la referencia a la nacionalidad del menor constituye un error, ya que, al prescindir de su residencia habitual, permitiría “bloquear una adopción” en el caso de un menor de nacionalidad extranjera que se halla y que tiene su residencia habitual en España u otro país en el que podría ser adoptado con todas las garantías²³.

22. El sentido del art. 4.1 LAI debe ser extraído, como ocurre en relación con toda norma jurídica, a partir de varias premisas (= premisas que conforman la “teleología inmanente” de este precepto y su *ratio*).

23. a) *La letra del precepto*. Dos consideraciones preliminares, extremadamente útiles, deben realizarse a este respecto.

Primera: el art. 4.1.a) LAI impide tramitar solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado pero sólo en el caso de que “el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural”. En consecuencia, en este caso, se exige, sin paliativos, que el menor tenga su residencia habitual en un país determinado en el momento en el que se verifique, en dicho país, un conflicto bélico o desastre natural. Por lo tanto, si un menor ostenta la nacionalidad de un país en el que acontece un desastre natural (*ad. ex.*: Laos) pero no tiene su residencia habitual en dicho país (*ad. ex.*: el sujeto se halla refugiado en España, y en España tiene ya su residencia habitual) en el momento en el que el desastre natural se verifica en Laos, el art. 4.1.a) LAI no es aplicable y el menor puede ser adoptado. El ejemplo suministrado por algún autor en torno a un menor birmano que tiene su residencia habitual en un país que no es Birmania y entonces acontece en Birmania un desastre natural, no está resuelto de manera correcta por dicho autor: el menor puede, naturalmente, ser adoptado en España²⁴.

Segunda: en relación con países en los que no existe “una autoridad específica que controle y garantice la adopción” (art. 4.1.b) LAI) y con países en los que no se dan “las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la adopción en el mismo no respeten el interés del menor o no cum-

de conflicto bélico y desastre natural y que fue de triste actualidad entre octubre 2007 y enero 2008 en el caso de la ONG francesa “El Arca de Zoé” en el país centroafricano del Chad. Con ello, el legislador persigue que se constituya la adopción en relación con menores que, en la confusión que producen los conflictos bélicos y los desastres naturales, son desplazados de un lugar a otro y desde un país a otro, y se presentan como “huérfanos de la guerra”, cuando en realidad tienen padres que jamás han renunciado a sus hijos.

²³ La crítica puede leerse en S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 47-48. También puede seguirse esta crítica, clónicamente expuesta, en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Recensión a A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*”, Comares, Granada, 2008, *REDI*, 2008, pp. 349-351, esp. p. 349. La misma crítica, otra vez, con idéntica formulación y repetición de sus presuntos argumentos, puede verse en R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), p. 7.

²⁴ *Vid.* este caso, resuelto de manera cuestionable, en S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 48. También, con idéntico error, en S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618.

plan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3 LAI” sí que es cierto que el art. 4.1 LAI permite “bloquear la adopción” si se trata de un menor con residencia habitual en uno de tales países o bien de un menor que ostenta la nacionalidad de uno de tales países. El art. 4.1 LAI está formulado en tiempo “presente”. En relación con los apartados b) y c) del precepto, ello significa que el menor debía tener su “residencia habitual” en uno de tales países u ostentar la nacionalidad de uno de tales países en el mismo momento en el que dicho país carecía de autoridad específica competente en materia de adopciones o en el momento en el que dicho país no ofrecía garantías adecuadas para la adopción. Es claro que cuando el menor tenía su residencia habitual en dicho país, el precepto cumple perfectamente su función: el posible traslado posterior a España de ese menor y el hecho de que tal menor pueda haber adquirido en España su residencia habitual o incluso, pueda haber cambiado de nacionalidad, no “libera” el supuesto y, por tanto, no permite tramitar la adopción de dicho menor en España. La previsión legal es razonable y acertada. Evita no sólo la adopción en tales países (= que no garantizan una “adopción con calidad jurídica suficiente”, y por tanto, no garantiza el interés del menor), sino también evita los secuestros o traslados engañosos de menores desde el país de su residencia habitual con destino a España o a otro país en el que trata de formalizarse una adopción (= adopción “legalizante” de un secuestro o de tráfico de menores). Menos clara resulta la previsión legal cuando el menor ostenta la nacionalidad de uno de estos países a los que alude el art. 4.1.b) y c), pero no tiene ya su residencia habitual en dicho país. Para comprender correctamente este caso particular, es preciso utilizar una segunda herramienta heurística, tan frecuentemente olvidada por ciertos autores²⁵: debe acudir a la *ratio* del precepto, como bien indica el art. 3 CC²⁶.

24. b) La ratio del precepto. El art. 4.1 LAI trata de evitar que menores que presentan vínculos con un país envuelto en una situación descontrolada producida por conflictos bélicos o situaciones calamitosas naturales, o países que no ofrezcan garantías adecuadas para la adopción, sean adoptados en tales países y trasladados posteriormente a otros Estados, o bien, sean simplemente trasladados desde sus países de origen a otros Estados para formalizar allí su adopción. Se elimina, así, el riesgo de adoptar menores que pueden tener una familia biológica en el país de su residencia habitual o en el país de su nacionalidad. En efecto, las situaciones de extraordinaria gravedad a las que alude el art. 4.1, letras b) y c) LAI pueden perturbar de modo muy negativo a la entrega en adopción o al traslado y desplazamiento de los menores. Dicha situaciones pueden ser aprovechadas por desaprensivos para “falsear” la situación de “adoptabilidad real del menor”, su situación de desamparo en relación con su familia biológica. En suma, se trata de evitar que menores con familia, sean adoptados en países sin garantías o sean desplazados desde tales países para su posterior adopción en otro país. El precepto trata de evitar este resultado negativo del modo más radical posible. Ello explica que el art. 4.1 *in primis* LAI emplee dos criterios de vinculación alternativos: la residencia habitual del menor y la nacionalidad del menor. Pues bien, en el caso de que el menor ostente la nacionalidad de uno de estos países pero no tenga su residencia habitual en tales países, el precepto debe ser aplicado con arreglo a su *ratio* (= debe ser aplicado con arreglo, “*fundamentalmente al espíritu y finalidad*” de la norma: *vid.* art. 3.1 CC). De ese modo, cuando el menor procede de un país cuya nacionalidad ostenta y en dicho país no se ofrecen garantías suficientes para una “adopción de calidad”, el art. 4.1 letras b) y c) es aplicable, pues la nacionalidad del menor representa un vínculo sólido y real con ese país, sea cual fuere el país de su residencia habitual. Ejemplo 1: menor nacional camboyano entregado en Camboya a unos sujetos y trasladado desde dicho país a España, donde fija su residencia habitual. En tal caso, si Camboya es un país que no proporciona garantías adecuadas para la adopción, el art. 4.1.b) y c) LAI resulta aplicable, de modo que la adopción de dicho menor en España no será posible (= ante el temor de que el niño disponga de una auténtica familia

²⁵ Es el caso de C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Recensión a A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*”, Comares, Granada, 2008, *REDI*, 2008, pp. 349-351, esp. p. 350, que defiende, de modo clónico, la postura expuesta con anterioridad por S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 48 y, antes, ya en S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618.

²⁶ Así lo recuerda S. ADROHER BIOSCA, “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los santos inocentes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 26.

biológica en Camboya que puede hacerse argo, perfectamente, de dicho menor), y ello aunque el menor tenga su residencia habitual en España y no en Camboya. Ejemplo 2: menor nacional burundés que nunca ha vivido en Burundi, sino en Kenya, y que es entregado en dicho país con la finalidad de que sea adoptado finalmente en España. El menor es trasladado desde Kenya a España, donde establece su residencia habitual. En tal caso, si Burundi es un país que no proporciona garantías adecuadas para la adopción, el art. 4.1.b) y c) LAI no deben ser aplicables, ya que la conexión del menor con Burundi es meramente formal y aparente, de forma que el precepto puede y debe ser reducido teleológicamente. El menor podrá ser adoptado en España.

25. En suma, el art. 4 LAI debe ser aplicado, exclusivamente, a los casos en los que el menor procede del país de su residencia habitual o de su nacionalidad y ha sido trasladado a otro país, como aconseja una lectura razonable del precepto con arreglo a su ratio y teleología inmanente²⁷. No es óbice para esta interpretación, el hecho de que el art. 4.1.b) y c) LAI no mencionen expresamente el “traslado” del menor de un país a otro. En primer lugar, porque la aplicación del precepto en casos de traslado del menor está perfectamente cubierta por la letra del precepto. En segundo lugar, porque la anterior distinción de situaciones (= menor “realmente vinculado” con el país de su nacionalidad, de cuyo contexto ha sido “extraído”, y menor “sin conexión real” con el país cuya nacionalidad meramente ostenta, de cuyo contexto social no ha sido extraído), es la que mejor encaja con la intención regulativa del legislador, con la “razón de ser del precepto”. En tercer lugar, debe recordarse que, a la hora de interpretar una norma, el criterio prevalente, el “criterio director” de la operación interpretativa, es siempre la *ratio* del precepto, que debe imponerse, en su caso, sobre la “letra” de la norma, como indica el art. 3 CC. En cuarto lugar, porque, para su correcta aplicación, numerosos preceptos de DIPr. necesitan ser completados por la habilidad hermenéutica de los prudentes, de los expertos en DIPr., por encima de la mera letra de la Ley. Quedarse en una interpretación meramente literal del art. 4.1 LAI supone apostar en favor de la aplicación ciega de las normas al viejo modo de la jurisprudencia de conceptos, un viejo *modus operandi* que no se corresponde con las buenas artes de la interpretación jurídica.

B) Regulación en la LAI de instituciones jurídicas desconocidas en Derecho español.

26. Se ha objetado al texto de la LAI, y en particular a los preceptos que regulan la competencia judicial internacional y la Ley aplicable en materia de “revisión” o “modificación” de la adopción, que recojan el régimen jurídico de estas “instituciones legales desconocidas”, precisamente, por ser “desconocidas”²⁸. Esta crítica es fácilmente desmontable con apoyo en los siguientes argumentos.

1º) Cuando se habla de “instituciones desconocidas”, dicha expresión debe ser perfilada. En efecto, puede tratarse de instituciones desconocidas en “Derecho español”, pero bien pueden ser conocidas en otros Ordenamientos jurídicos de otros países del mundo. Por tanto, no se trata de regular “lo que nadie conoce”, “lo ignoto”, o “quimeras jurídicas”. Se trata, más bien, de la regulación, por parte del legislador español, de una realidad legal perfectamente existente en otros ordenamientos jurídicos aunque ausente en Derecho español. A partir de dicho dato, se comprende con facilidad que es mejor tener presente la realidad legal extranjera que se suscita ante las autoridades españolas y proporcionar una regulación jurídica a la misma, que elegir una óptica miope del legislador que sólo regula las instituciones legales que él mismo admite en su Ordenamiento jurídico (= un legislador aislado del mundo, que cree que “sólo existe lo suyo”, con nefastas consecuencias en la aplicación de las normas de DIPr., pues dicha postura suscita ingentes problemas calificadorios, obliga a “estirar conceptos nacionales” y lleva al intérprete a recurrir a una analogía que resulta, las más de las veces, imperfecta y/o imposible).

²⁷ En tal sentido, S. ADROHER BIOSCA, “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los santos inocentes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 20.

²⁸ S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 49 y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618, esp. nota [33]. En tono seguidista, *vid.* P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008, p. 2. De manera más original, J.M. ESPINAR VICENTE, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, núm.18, 24 octubre 2008, tomo II, versión *on line* (www.laleydigital.es).

2º) La necesidad de regular instituciones desconocidas es evidente en DIPr. Precisamente, porque el DIPr. se enfrenta, cada vez con mayor frecuencia, a realidades jurídicas procedentes de otros ambientes jurídicos muy distintos al español que no disponen de equivalente en el Derecho sustantivo español. Por ello, no es de extrañar que el legislador español, de un modo completamente consciente, utilice normas de DIPr. cuyos supuestos de hecho (*Tatbestand*) aparecen formulados de manera muy amplia para poder, de ese modo, regular instituciones desconocidas en Derecho español. El *wording* del art. 9.3 CC permite la aplicación de dicho precepto a “*pactos matrimoniales*” desconocidos en Derecho español y que no se corresponden con el concepto de “*capitulaciones matrimoniales*” propio del Derecho español. El art. 9.8 CC es aplicable a la “*sucesión por causa de muerte*” lo que permite proyectar el precepto a la sucesión contractual, -no regulada por el Derecho Civil común español-, así como también al *trust* sucesorio -inexistente en Derecho español-. Por no hablar de las normas que regulan la competencia judicial en materia de *trust* y que se encuentran en el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 (= Derecho vigente en España y en otros muchos Estados miembros en cuyos Derechos sustantivos no existe el *trust*). Afortunadamente, Bruselas se halla lejos de España, porque en caso contrario, podría ser que las voces reprobatorias de ciertos autores españoles llegaran a oídos del legislador comunitario por haberse atrevido a regular los aspectos de DIPr. del *trust*, una institución extranjera que no existe en Derecho español. Renunciar a regular instituciones “desconocidas” (= o mejor dicho, instituciones hoy no reguladas ni recogidas en el Derecho español), llevaría al absurdo, por ejemplo, de no poder regular las adopciones simples (= hoy inexistentes en Derecho español, salvo casos transitorios procedentes del pasado), ni su posible conversión en adopciones plenas. Implicaría también renunciar a regular los perfiles de DIPr. de la *kafala* musulmana, que es una institución inexistente en Derecho español, aunque los *kafils*, como no es extraño en la realidad cotidiana, sean sujetos de nacionalidad española y con residencia habitual en España.

3º) Otros legisladores más avezados que el español han regulado los efectos legales de instituciones jurídicas que suscitan problemas en sus países aunque no se admitan en sus Ordenamientos Jurídicos. Así, el legislador británico ha regulado los matrimonios poligámicos a través de la muy conocida *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act* de 1972. Es de celebrar que dicha regulación ha visto la luz en la Gran Bretaña y no en España. Porque si hubiera sido en España, algunos críticos habrían intentado pasar a cuchillo al legislador español por “haberse atrevido” a regular el matrimonio poligámico, una institución jurídica desconocida en el Derecho español.

C) La adopción de mayores en la LAI.

27. Ciertos expertos en materia de adopción se han lamentado del “olvido” al que la LAI somete a la adopción de mayores, para la que no se dispensan soluciones específicas²⁹.

28. El concepto de adopción internacional mantenido por el art. 1 LAI cubre tanto la adopción de “menores” como la adopción de “mayores”. Sin embargo, resulta indudable que toda la LAI se presenta vertebrada por la idea de proporcionar una nueva regulación a la adopción de “menores” (= como se aprecia en el art. 1.2 LAI³⁰). Ello se puede explicar por varias razones: 1º) En la actualidad, la adopción internacional de menores es el tipo de adopción que suscita más problemas sociales y jurídicos en España. Ello hace razonable pensar que el legislador “focalizara” la regulación legal contenida en la LAI en la adopción de “menores”. Los casos de adopciones internacionales de mayores son escasos, aunque bien es cierto que no inexistentes; 2º) En España, como es sabido, sólo se permite la adopción de menores y muy excepcionalmente, la adopción de mayores (art. 175.2 CC³¹). La Ley 54/2007 se centra en

²⁹ R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), pp. 7-8.

³⁰ Art. 2 LAI: “1. La presente Ley establece el marco jurídico y los instrumentos básicos para garantizar que todas las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del menor. 2. La finalidad de esta Ley es proteger los derechos de los menores a adoptar, teniendo en cuenta también los de los solicitantes de adopción y los de las demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional”.

³¹ Art. 175.2 CC: “Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años”.

el tipo mayoritario de adopciones (= la adopción de menores como “caso ordinario”, en terminología aristotélica) y hacia ella dirige su regulación legal.

29. Sin embargo, es claro que la LAI rige tanto la adopción internacional de menores como la adopción internacional de mayores. No es óbice que en numerosas ocasiones la LAI contenga previsiones sólo relativas a los “menores”. Ello debe interpretarse de manera que, en el caso de adopción de mayores de edad, la Ley 54/2007 debe ser “depurada” de los preceptos y/o incisos que contiene y que son relativos a “menores”. Tales preceptos e incisos no se aplicarán, lógicamente, a la adopción de “mayores”. En el resto de sus disposiciones, la LAI se aplicará a la adopción de mayores. Esta opción de política legislativa es similar a la que se aprecia en la regulación sustantiva de la adopción en el Código Civil. Dicha regulación, también focalizada en torno a la adopción de “menores”, se aplica también a la adopción de “mayores” (= que como se ha recordado, es excepcional en Derecho español), para lo cual basta “no proyectar” los preceptos relativos a “menores” a la adopción de mayores. Por tanto, si dicha línea interpretativa se sigue en Derecho Civil, es perfectamente posible seguirla también en DIPr.

D) Regulación en la LAI de otras “medidas de protección de menores”.

30. El Título III LAI se dedica a regular “Otras medidas de protección de menores”. Ha sido criticado por algunos expertos el hecho de que la Ley 54/2007 se refiera y regule, si bien de modo puramente tangencial, esas “*otras instituciones de protección del menor*”. Se dice que la inminente entrada en vigor para España del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños], regulará esa cuestión, por lo que las normas que la Ley 54/2007 dedica a estas instituciones eran innecesarias³².

31. Frente a ello es posible indicar que, precisamente por la próxima entrada en vigor del citado instrumento internacional, puede observarse que la Ley 54/2007 ha llevado a término una “regulación provisional” de la cuestión. De esta manera se logra una “transición ordenada” desde la regulación anterior, hasta que entre en escena la regulación que verá la luz con la incorporación al Derecho español del citado Convenio. Esta razón explica que los dos preceptos incorporados por la Ley 54/2007 no innoven las soluciones sustanciales hasta ahora existentes, sino que, de un “modo narrativo”, orienten al intérprete sobre el DIPr. vigente (= es un DIPr. pedagógico, con función “ilustrativa” y no “prescriptiva”). Los arts. 32 y 33 LAI constituyen, por tanto, mera “normas recordatorio” cuyos únicos objetivos radican en aclarar a los operadores jurídicos cuál es la normativa de DIPr. que determina la competencia y la Ley aplicable al acogimiento internacional de menores. Hubiera resultado totalmente impropio introducir un nuevo régimen jurídico “español” de la cuestión con las horas de vida ya contadas ante un régimen jurídico “internacional” (= común a los Estados partes en el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños]).

32. Resulta importante subrayar, no obstante que el art. 33 LAI acierta al remitirse a “*los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España*”. Esta remisión tiene presente que en el futuro, parece ser que inmediato, -aunque nunca se sabe-, las medidas de protección de menores, al margen de la adopción, quedarán regidas por el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños].

33. Algún autor ha señalado que el art. 34 LAI revela deficiencias de técnica legislativa porque incluiría también las adopciones simples³³. Es evidente que esta afirmación constituye un error. No es

³² S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 43, que habla del “*fin del bloqueo para la ratificación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996*”. En sentido similar, A. BORRÁS, “Espanne. Nouvelle loi sur l’adoption internationale”, en www.slc-dip.com, citada por el autor anterior.

³³ Es el caso de P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008;, p. 11.

así porque el precepto se refiere a las “*instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación*”. Ello hace radicalmente imposible que dicho precepto comprenda las adopciones simples (= que, *per definitionem*, generan un vínculo de filiación).

E) La adopción consular.

34. Ciertos autores han insistido que la adopción consular debería haber desaparecido del mapa normativo español, por tratarse de una adopción que no se realiza bajo la supervisión de la autoridad judicial (= con lo que se da a entender que la adopción consular presenta menos “calidad jurídica” que la adopción judicial y que la función consular no comprende actuaciones “de tipo judicial” como la constitución de la adopción)³⁴. También se ha dicho que tal adopción manifiesta una “dudosa compatibilidad” con el Convenio de La Haya 1993³⁵ [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional]³⁶.

35. Es cierto que la adopción consular es una figura ligada a tiempos pasados, como ha indicado la doctrina³⁷. En efecto, esta figura se creó para que los colonos occidentales desplazados a América y otros países muy alejados de la metrópoli pudieran constituir adopciones en Estados que no disponían de autoridades al efecto. Ahora bien, su radical desaparición no es aconsejable, por motivos que parecen haber pesado en el ánimo del legislador para conservar la adopción consular: 1º) La LAI no ha eliminado la adopción consular porque la misma puede resultar útil en ciertas ocasiones en las que quizás puede operar en interés del menor adoptando. Sólo imaginar un caso en el que la única posibilidad de adopción de un menor desamparado es la adopción consular, ya justificaría su supervivencia; 2º) No es cierto que el Convenio de La Haya 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] elimine o sea “incompatible” con la adopción consular³⁸. El citado Convenio ni la prohíbe, ni la elimina, entre otras cosas porque, como debería saberse, su objetivo no es regular ni la competencia ni la Ley aplicable en materia de adopción, así que mal podría suprimir la adopción consular. Por eso no la elimina; 3º) En el diseño general de la labor de los Cónsules en materia de estado civil, la adopción consular no parece una función desproporcionada³⁹. Además, el art. 17 LAI ha introducido mejoras técnicas evidentes respecto del antiguo art. 9.5 CC⁴⁰.

³⁴ En este sentido, R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), p. 9. También P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008, p. 4.

³⁵ BOE núm.182 de 1 agosto 1995. Entrada en vigor para España: 1 noviembre 1995.

³⁶ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. p. 423. También P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008, p. 4.

³⁷ Vid. J.A. PARÍS ALONSO, *Manual de Registro Civil para los Registros Civiles Consulares*, 3ª ed., Madrid, 1996; J.M. PAZ AGÜERAS, “La adopción consular. El problema de la propuesta previa”, *BIMJ*, núm.1552, 1990, pp. 519-539; Id., *La adopción consular*. Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1990; C. ESPLUGUES MOTA / J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho internacional privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, València, 2008, p. 357; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Art. 9.5 CC”, *Comentario al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 2ª ed., 1995, pp. 242-259; J.M. ESPINAR VICENTE, “La modificación del art. 9.5 CC en el Proyecto de reforma sobre adopción”, *RJ La Ley*, 1986, pp. 996-1002; Id., “La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la DGRN)”, *AC*, 1997, pp. 757-771; J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 372-374; N. BOUZA VIDAL, “La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre y su proyección en Derecho internacional privado”, *RGLJ*, 1987, pp. 897-931.

³⁸ En tal sentido, erróneamente, *vid.* P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008, p. 4.

³⁹ A. DURÁN AYAGO, “La filiación adoptiva en el ámbito internacional”, *La Ley*, núm.5272, 21 marzo 2001, pp. 3-14; Id., “El papel de las entidades colaboradoras de adopción internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 325-346; J.M. PAZ AGÜERAS, “La adopción consular. El problema de la propuesta previa”, *BIMJ*, núm.1552, 1990, pp. 519-539; Id., *La adopción consular*. Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1990, pp. 32-39; M.A. CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dyinson, 2004, pp. 296-305; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *La adopción internacional*, Oviedo, 1988, p. 137.

⁴⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adop-*

2. Cuestiones relativas a la competencia judicial internacional en materia de adopción.

A) Ausencia en la LAI de regulación de la competencia de las autoridades españolas para recibir declaraciones de voluntad que completan la adopción.

36. La Ley 54/2007 ha incorporado diversos foros de competencia judicial internacional de los tribunales españoles no sólo en relación con la constitución de la adopción internacional, sino también en relación con la modificación, revisión, nulidad y conversión de la adopción internacional. El art. 22.3 LOPJ guardaba un inquietante silencio sobre estas cuestiones. En efecto, dicho precepto sólo recogía los criterios de competencia judicial internacional de los tribunales españoles “*para la constitución de la adopción*” (art. 22.3.5º LOPJ). La redacción de esta norma creaba, de modo evidente, una laguna legal. Y la laguna legal había provocado enormes dudas a la jurisprudencia española por lo que se refería a los criterios de competencia judicial internacional cuando se trataba de verificar la competencia de los tribunales españoles en materia de nulidad. El art. 22.3 LOPJ era poco preciso. Ello generó resoluciones judiciales de escasa calidad (AAP Madrid 25 enero 2002). En sentido opuesto, y de modo muy acertado, la DGRN entendió que los foros de competencia judicial internacional previstos en el art. 22.3 LOPJ para la “*constitución de la adopción*” en favor de los tribunales españoles debían aplicarse, por analogía, para determinar la competencia de los tribunales españoles en relación con la modificación y con la declaración de nulidad de la adopción (correctamente: Con.DGRN 19 noviembre 2003 [adopción presuntamente irregular de menor ruso en España]), como había defendido también parte de la doctrina (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)⁴¹. La Ley 54/2007 acaba con esta lamentable situación y proporciona soluciones claras, racionales y sistemáticas a estas cuestiones suscitadas por la práctica. A la hora de precisar los foros de competencia judicial internacional en materia de adopción, el legislador español de la LAI parece haberse inspirado en el art. 66 de la Ley belga de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado.

37. Pues bien, algunos autores han indicado que la LAI es criticable porque carece de una norma que regule la competencia judicial internacional de las autoridades españolas “*para completar en España la falta de alguna declaración de voluntad o consentimiento exigida por la Ley extranjera reguladora de la constitución de la adopción cuyo reconocimiento se pretende en España*”⁴². Es decir, estos autores, reclaman una mayor especialización en las normas de competencia judicial internacional introducidas por la LAI. Sin embargo, la crítica es desacertada porque el supuesto controvertido puede ser fácilmente incluido en el art. 15 LAI. En efecto, los foros recogidos en dicho precepto pueden ser también utilizados para acreditar la competencia de los tribunales españoles en el caso de una adopción extranjera “incompleta”. Esto es, para prestar “alguna declaración de voluntad” o alguna “manifestación del consentimiento exigido por la ley extranjera reguladora de la constitución de la adopción” (= expresiones empleadas por el art. 26.1.2º.II LAI), puede recurrirse a los foros recogidos por el art. 15 LAI en materia de “*modificación o revisión*” de la adopción internacional.

38. Los argumentos que sostienen esta tesis son los siguientes: 1º) El foro previsto para la constitución de la adopción se circunscribe, exclusivamente, a la actividad judicial de auténtica “constitución” de la adopción internacional (= *vid.* art. 14 LAI, diseñado para ser aplicado, solamente, por los jueces españoles que “constituyen la adopción”, y éste no es el caso). En consecuencia, la actividad judicial consistente en recibir declaraciones de voluntad necesarias para “perfeccionar” o “completar” la constitución de la adopción internacional es distinta de la actividad judicial que se centra en la misma “constitución” de la adopción y que dispone de foros de competencia judicial internacional diferentes;

ción internacional (Reflexiones y comentarios), Comares, Granada, 2008, pp. 17-39, 99-104 y 148-151; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 217-273.

⁴¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 8ª ed., Granada, Comares, 2007, pp. 181-218.

⁴² La crítica puede seguirse en S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 49.

2º) La distinción entre “constituir una adopción internacional” por una parte, y “completar” la correcta formación de una adopción internacional, por otra, resulta clave, ya que el juez competente para constituir la adopción ocupa una posición prevalente, mientras que la autoridad que permite “completar” la adopción internacional desarrolla un papel meramente ancilar al que corresponde al juez competente para constituir la adopción. La actividad de “completar” la adopción supone una “modificación” del estado legal anterior creado por una adopción constituida de modo “incompleto”. Por ello, la inclusión en el art. 15 LAI de la competencia de las autoridades para recibir declaraciones de voluntad que completen una adopción carente de las mismas, resulta obvia, con lo que las críticas vertidas contra esta presunta “ausencia” detectada en la LAI sobre esta cuestión, se desvanecen. El supuesto está claramente previsto por el legislador en el citado art. 15 LAI.

B) Consideración de los foros de competencia judicial internacional recogidos en los arts. 14 y 15 LAI como foros exorbitantes.

39. Se ha indicado por algunos expertos legales que el art. 14 LAI contiene foros de competencia judicial internacional en materia de constitución de la adopción que resultan “exorbitantes” (art. 14 LAI). La misma observación se extiende a los foros de competencia judicial internacional recogidos en el art. 15 LAI (= competencia judicial en materia de modificación, nulidad y conversión de la adopción). Al tratarse, según estos autores, de “foros exorbitantes”, los arts. 14 y 15 LAI resultarían contrarios al art. 24 CE. Esta crítica es una de las más repetidas por ciertos autores⁴³. Como se verá a continuación, el análisis sistemático de estas normas demuestra que no existen foros exorbitantes en la Ley 54/2007 y que estos expertos legales están confundidos. Para ello, se expondrán, en primer término, las bases metodológicas y operativas de ambos preceptos, que se concretan en las siguientes proposiciones.

40. a) Los foros de competencia judicial internacional para proceder a la constitución, modificación, revisión, declaración de nulidad o conversión de una adopción (arts. 14-15 LAI) no son “foros exclusivos” en favor de los tribunales españoles (= lo que indica que pueden surtir efectos jurídicos en España las resoluciones sobre estas cuestiones pronunciadas por autoridades extranjeras) (C. ESPLUGUES MOTA / J.L. IGLESIAS BUHIGUES⁴⁴).

41. b) El foro de la sumisión no puede operar en relación con los expedientes de constitución de la adopción, ya que se trata de actos de jurisdicción voluntaria⁴⁵. La Ley 54/2007 ha eliminado de raíz toda posibilidad de que la “sumisión de las partes” opere como foro de competencia judicial internacional en materia de constitución de la adopción. Se trata ésta de una opción correcta de política legislativa. En efecto, la constitución de la adopción es un acto de jurisdicción voluntaria y por ello, no existen, procesalmente hablando, dos “partes” con intereses opuestos que puedan acordar una sumisión a los tribunales españoles (C. ESPLUGUES MOTA⁴⁶). Del mismo modo, la Ley 54/2007 ha eliminado también de raíz toda posibilidad de que el foro del “domicilio del demandado en España” opere en relación con la constitución de la adopción en España. Esta opción de política legislativa es también correcta, pues en los actos de jurisdicción voluntaria no existe ningún “demandado” (C. ESPLUGUES MOTA, J.M. ESPINAR

⁴³ Esta crítica puede encontrarse en S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 49-51. De modo clónico, puede hallarse también en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Recensión a A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*”, Comares, Granada, 2008, *REDI*, 2008, pp. 349-351, esp. p. 350, así como en R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, *www.reei.org*, 2009 (versión *on line*), pp. 9-11.

⁴⁴ C. ESPLUGUES MOTA / J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, València, 2008, p. 354.

⁴⁵ J.M. ESPINAR VICENTE, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, núm.18, 24 octubre 2008, tomo II, versión *on line* (www.laleydigital.es).

⁴⁶ C. ESPLUGUES MOTA, “El ‘nuevo’ régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *RDIPP*, 1997, pp. 33-74, esp. p. 40.

VICENTE, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, A. MARÍN LÓPEZ⁴⁷). Otros legisladores ya habían seguido esta mismo criterio radicalmente contrario a la operatividad de los foros de la sumisión de las partes y del domicilio del demandado (= *vid.* art. 66 Código belga de DIPr. 16 julio 2004)⁴⁸.

42. c) La amplitud de los foros de competencia judicial internacional previsto por el legislador en materia de constitución, modificación, nulidad y conversión de la adopción se explica por un motivo clave. La intención del legislador ha sido abrir la jurisdicción española de modo generoso, por una razón muy clara. Porque entiende que, con ello, se potencia la válida constitución de la adopción y su ajuste pleno a la Ley, lo que siempre beneficia al menor, como había afirmado hace ya años el profesor J.D. GONZÁLEZ CAMPOS⁴⁹. Unos foros de competencia judicial internacional más restrictivos podían haber incurrido en perjuicio para el “interés del menor”. Esta decisión del legislador debe ser valorada positivamente (M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, C. ESPLUGUES MOTA⁵⁰).

43. d) La generosa apertura del acceso a los tribunales para la constitución de la adopción en los casos internacionales es una opción legislativa seguida también, por la razón antes aludida, en otros países (*vid.* art. 66.I de la Ley belga de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado⁵¹ y art. 40 Ley DIPr. Italia 1995⁵²), como ha explicado la doctrina⁵³. Estos criterios alternativos y muy amplios de competencia judicial internacional eran ya acogidos, antes de la entrada en vigor de la Ley 54/2007, por el art. 23 LOPJ.

44. e) El legislador ha utilizado como foros de competencia judicial internacional en materia de adopción internacional, las “circunstancias subjetivas” de los individuos implicados en la adopción internacional (= nacionalidad y residencia habitual de tales sujetos), y no “circunstancias objetivas” de la relación jurídica. La explicación de este hecho radica en que, en las adopciones internacionales, las “personas” ocupan un lugar prevalente. Los criterios de atribución de competencia judicial internacional a los tribunales españoles se deben fundar, por ello, en circunstancias vinculadas a las personas (= nacionalidad y residencia habitual), que son las circunstancias relevantes que manifiestan la conexión de

⁴⁷ J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 362-363 y nota [32]; C. ESPLUGUES MOTA, “El ‘nuevo’ régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *RDIPP*, 1997, pp. 33-74, esp. p. 40; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Art. 9.5 CC”, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 88; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado I*, 1994, 8ª ed., pp. 208-209; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 225-227; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª edición, Ed. Comares, Granada, 2009, p. 214.

⁴⁸ Art. 66 Ley belga DIPr. 16 julio 2004: “*Par dérogation aux dispositions générales de la présente loi, les juridictions belges ne sont compétentes pour prononcer une adoption que si l’adoptant, l’un des adoptants ou l’adopté est belge ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l’introduction de la demande*”.

⁴⁹ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Filiación y alimentos”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª edición, 1995, pp. 366-375, esp. p. 367: “*Por operar alternativamente la nacionalidad española junto a la residencia habitual del adoptante o adoptando, el volumen de competencia judicial internacional atribuido a los Jueces españoles es muy amplio. Lo que puede justificarse, sin duda, por el objetivo general de facilitar las adopciones, en interés de la infancia*”.

⁵⁰ M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 247; C. ESPLUGUES MOTA, “El ‘nuevo’ régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *RDIPP*, 1997, pp. 33-74, esp. p. 41.

⁵¹ Art. 66 del Código belga de Derecho internacional privado (Ley de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado): “*Par dérogation aux dispositions générales de la présente loi, les juridictions belges ne sont compétentes pour prononcer une adoption que si l’adoptant, l’un des adoptants ou l’adopté est belge ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l’introduction de la demande*”.

⁵² Art. 40 Ley italiana de DIPr. de 31 mayo 1995: “*Giurisdizione in materia di adozione. 1. I giudici italiani hanno giurisdizione in materia di adozione allorché: a) gli adottanti o uno di essi o l’adottando sono cittadini italiani ovvero stranieri residenti in Italia; b) l’adottando è un minore in stato di abbandono in Italia*”.

⁵³ R. BARATTA, “La giurisdizione italiana in materia di adozione di minori”, *RDI*, 1988, vol.LXXI, pp. 48-85.

la adopción internacional con un país u otro (= en materia de adopción internacional, operan los “foros cercanos a la persona”) (M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ⁵⁴). La utilización de circunstancias próximas a la persona como foros de competencia judicial internacional en materia de adopción internacional permite identificar al tribunal competente con unos costes de transacción reducidos para los particulares (= lo que potencia la constitución de las adopciones internacionales).

45. f) Estos foros de competencia judicial internacional recogidos en los arts. 14 y 15 LAI, que operan con carácter alternativo, aparecen inspirados en el principio de “conexión mínima” (*Minimum Contact Test*). Por tanto, para afirmar la competencia de los tribunales españoles, es preciso realizar un “razonamiento en dos etapas”: (a) En primer lugar, debe concurrir alguno de los foros recogidos en los arts. 14-15 LAI (= “razonamiento en abstracto”). Estos foros están diseñados para los casos generales, los casos-tipo, los casos más normales, pues como escribía ULPiano, *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur* (= las normas no se elaboran para personas concretas, sino para todos). En los “casos normales” (= “casos ordinarios” en terminología aristotélica), la nacionalidad de adoptando y/o adoptantes, representará un vínculo real, existente, sólido y evidente para todos los implicados, por lo que resulta razonable que dicha vinculación otorgue competencia judicial internacional a los tribunales españoles en materia de adopción; (b) En segundo lugar, es necesario que, además, ninguno de esos foros opere, en el caso concreto, de modo “exorbitante” (= “razonamiento en concreto”). Es decir, es preciso que la competencia judicial internacional atribuida a los jueces españoles para la constitución, modificación, conversión o nulidad de la adopción por cualquiera de los foros recogidos en los arts. 14-15 LAI no se refiera a un supuesto específico que, realmente, no presenta una conexión mínima real (= y no meramente “formal”) con España. Sólo una “vinculación real” del caso concreto con España justifica la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Así lo indica la Exposición de Motivos de la LAI⁵⁵. Debe ser un foro que, realmente, ponga de relieve una vinculación razonable del caso concreto con la esfera española. Por otro lado, una interpretación sistemática confirma que es ésta la auténtica intención del legislador. En efecto, el art. 26.1.1º LAI exige, para reconocer en España una adopción constituida en el extranjero, que la autoridad extranjera haya conocido del supuesto en virtud de un foro previsto en su Derecho internacional privado que refleje que la adopción presenta “*conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares con el país cuya autoridad haya constituido la adopción*”. Resultaría totalmente absurdo y contrario a la interpretación sistemática de la Ley 54/2007 (= interpretación que revela la auténtica intención del legislador), que se exigiera que la autoridad extranjera no constituya una adopción a través de un foro exorbitante, pero que se permitiera que la autoridad española constituyera una adopción aunque dicha adopción no presentara “*conexiones razonables*” con España (= adopción constituida sobre “foros exorbitantes españoles”).

46. g) En consecuencia, para evitar eventuales efectos negativos de la notable amplitud de los foros de competencia judicial internacional recogidos en los arts. 14-15 LAI, en favor de los tribunales españoles, estos foros deben ser entendidos como “criterios retráctiles” de competencia judicial internacional (= en principio, operan tal y como están descritos en los arts. 14-15 LAI, pero pueden “restringirse” o “retraerse” en casos específicos que no presentan una vinculación mínima y real con España). Es decir, los foros de competencia judicial internacional recogidos en tales preceptos pueden y deben ser reducidos teleológicamente a través de un prudente desarrollo judicial del precepto (M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, A.-L. CALVO CARAVACA⁵⁶). Son foros que se justifican por la vinculación espacial del

⁵⁴ M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 229-232.

⁵⁵ Exposición de Motivos de la LAI (III): “*Inspirada en el principio de «conexión mínima», una autoridad española no debe proceder a la constitución, modificación o declaración de nulidad de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España. De ese modo, se evita la penetración de foros exorbitantes en la legislación española, foros que pueden provocar la constitución de adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor*”.

⁵⁶ M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 247; A.-L. CALVO CARAVACA, “Globalización y adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Ed.Colex, Madrid, 2003, pp. 23-72; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2004, pp. 181-218.

supuesto con España. Ahora bien, dicha vinculación puede fallar, en el caso concreto, y ello convertiría a este foro razonable y usual, en un foro “que opera de modo exorbitante”. El art. 24 CE obliga a “expulsar” del sistema legal español todo “foro realmente exorbitante” (K.H. NADELMANN⁵⁷). Los “foros exorbitantes” no respetan el “principio de previsibilidad de los tribunales competentes” (P. HAY)⁵⁸. Como ha recordado F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “*si el vínculo [que permite la competencia judicial internacional de nuestros tribunales] es manifiestamente irrazonable la norma es inconstitucional*”⁵⁹. De este modo, ciertos autores han procedido, en otros ámbitos del DIPr., a reducir teleológicamente otros preceptos que contiene foros aparentemente exorbitantes para garantizar, con ello, que los tribunales españoles resulten competentes sólo en relación con supuestos que manifiestan una “vinculación clara” (= *Minimum Contact*) con España. Así, M. VIRGÓS y F.J. GARCIMARTÍN⁶⁰ han sugerido un “recorte” de la letra del art. 25 LOPJ para evitar que un tribunal español conozca de litigios laborales sólo por la mera y única razón de que “*el contrato se haya celebrado en territorio español*”, pues tal circunstancia, aisladamente considerada, no supone, en sí misma, una “vinculación real” (= *Minimum Contact*) del litigio con España. En sentido similar, los mismos autores antes citados han recortado igualmente el alcance del art. 25 LOPJ en el caso de que la única vinculación del litigio con España sea la mera existencia de una “*agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación del demandado en España*”⁶¹. Del mismo modo, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO realizan un desarrollo judicial del art. 26 del Reglamento 44/2001 que les permite superar la letra, muy clara, de dicho precepto. Según tales autores, el juez puede, aunque el citado art. 26 R.44/2001 no lo permite, “desvincularse” e “inaplicar” la norma del Reglamento 44/2001 que contiene un foro de competencia judicial internacional que le atribuye dicha competencia, en el caso de que las partes hayan sometido la controversia expresamente a los tribunales de otro Estado miembro⁶². Varias observaciones son pertinentes en este momento: (a) El legislador ha preferido fijar unos foros de competencia judicial internacional muy amplios y permitir que los tribunales puedan “restringir” el alcance de tales foros a través de un desarrollo judicial de los mismos. Esta opción de método es mejor y más sencilla que la contraria: establecer unos foros de competencia judicial internacional “recortados” y permitir que los tribunales los puedan “extender” a casos no previstos. Y la elección del legislador de la LAI es preferible porque la “argumentación explicativa” (= la motivación) que los jueces deben en todo caso proporcionar cuando llevan a cabo un desarrollo judicial del DIPr. es más sencilla cuando se trata de “restringir” el alcance de un foro de competencia judicial internacional, que cuando proceden a “crear” normas no escritas para aplicarlas a supuestos no contemplados. En efecto, la creación de normas directas de competencia judicial internacional por el juez supone una especie de “suplantación del legislador” que exige una “carga explicativa” mucho mayor que la restricción de una previsión legal a un grupo de supuestos más concretos que los previstos por la norma de competencia judicial internacional (= la regla interpretativa *Plus dixit quam voluit* es más fácil de argumentar que la regla *Minus dixit quam voluit*, pues esta segunda regla exige

⁵⁷ K.H. NADELMANN, “Jurisdictionally improper fora”, en *Conflict of Laws, International and Intestate*, The Hague, Martinus / Nijhoff, 1972, pp. 22-237.

⁵⁸ P. HAY, “Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law”, *RCADI*, 1991, vol.226, pp. 281-412, esp. p. 310: “*not requiring contacts in furtherance of such foreseeability, it therefore does not contribute to predictability*”.

⁵⁹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “¿Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional?”, *REDI*, 1995 (II), vol.XLVII, pp. 121-136, esp. p. 123.

⁶⁰ M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2007, p. 184: “*no obstante, para respetar la ‘ratio’ de la norma (i.e., proteger a los trabajadores, pero obviamente no a todos los trabajadores del mundo, sino a los que están en el mercado laboral español), y a los principios valorativos del sistema, es necesario realizar una interpretación contenida de algunos de dichos foros. En concreto, el lugar de celebración debe restringirse a los supuestos de contratación entre presentes o de que haya habido algún tipo de oferta previa en el mercado español, esto es, que el trabajador haya sido ‘captado’ en el mercado laboral español (...) Y el foro de la sucursal, delegación o agencia sólo es aplicable cuando haya sido dicha agencia la que haya contratado al trabajador (...) o dentro de cuyo marco organizativo se localiza la relación laboral*”.

⁶¹ M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2007, p. 184.

⁶² *Vid. ad ex.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, p. 83.

“crear una norma”, mientras que la primera no lo exige); (b) El legislador ha concedido una “autorización expresa” a los jueces para reducir el alcance de los foros de competencia judicial internacional del art. 15.1 LAI en casos concretos de adopción internacional que provocan infracción del principio de “vinculación mínima” del supuesto con España. Así lo indica, con transparente claridad, la Exposición de Motivos de la LAI (III): *Inspirada en el principio de «conexión mínima», una autoridad española no debe proceder a la constitución, modificación o declaración de nulidad de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España. De ese modo, se evita la penetración de foros exorbitantes en la legislación española, foros que pueden provocar la constitución de adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor*”.

47. h) Así pues, a pesar de que concurra uno de los foros previstos en el art. 15 LAI, los tribunales españoles quedan autorizados a activar una “cláusula de desvinculación” por vía de un desarrollo judicial, que les permitirá no proceder a la constitución, modificación, nulidad o conversión de una adopción internacional “*si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España*” (Exposición de Motivos LAI, [III], antes citada). Esta “cláusula de desvinculación” evita los efectos indeseables que producen los foros que operan de modo exorbitante y se justifica por estas razones⁶³: (a) Evita la vulneración del derecho constitucional de tutela judicial efectiva de los interesados (art. 24 CE); (b) Reduce los costes de información judicial de los interesados, que no se verán “atraídos” hacia los tribunales españoles, cuya competencia judicial internacional nunca habrían podido prever, si el caso no presentara un contacto mínimo y real con España. Obligarles a acudir a los mismos provocaría un aumento de los costes de la litigación internacional y de los costes de determinación del tribunal competente; (c) Impide, con frecuencia, que los tribunales españoles dicten resoluciones claudicantes en materia de adopción (= resoluciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor). Las adopciones claudicantes vulneran, con carácter general, el interés del menor, pues suponen una quiebra del derecho a una identidad única del menor (= ya que será hijo de unas personas en un país X, pero hijo de otras personas distintas en otro país Z). En este sentido, los jueces españoles deben rechazar su propia competencia judicial internacional si, tras un examen detenido y prudente de la “recognoscibilidad” en el país extranjero de la resolución sobre la concreta adopción internacional, se observa que, efectivamente, dicha resolución no surtirá efectos legales en dicho país (= “técnica elástica de razonamiento”)⁶⁴. Esta “cláusula de desvinculación” permitirá que el juez español no se declare internacionalmente competente, por ejemplo, en el caso de que la nacionalidad española del adoptante o del adoptando sea una “nacionalidad no efectiva” que el sujeto “ostenta” o “posee formalmente” pero que no “utiliza” en su vida real, y la nueva familia en la que el adoptando se integra ni tiene su residencia habitual en España ni muestra intención de tenerla en el futuro. Un ejemplo ayudará a percibir la interacción entre los foros de competencia judicial internacional previstos en el art. 14 LAI (= formulados para los “casos-tipo”, que son necesariamente, los casos “normales” y “generales”) y la creatividad judicial en forma de un desarrollo de los principios sustentadores de la Ley 54/2007 en la materia (= prevista para los casos más complejos, *Hard Cases*). Se insta ante juez español la constitución de la adopción de un menor eslovaco residente en Eslovaquia por parte de un varón español y de una mujer eslovaca residentes ambos en Eslovaquia, personas que no tienen ninguna intención de venir a residir en España. Además, el español ostenta también la nacionalidad eslovaca y no utiliza en su vida cotidiana, su nacionalidad española. Formalmente, concurre un foro de competencia judicial internacional: la “nacionalidad española” de uno de los adoptantes. Pero si se observa el caso con detenimiento, se aprecia que el vínculo del caso con España, formalmente existente, es sustancialmente inexistente (= no refleja una auténtica conexión del caso con España). Por ello, este foro podría funcionar como un foro exorbitante, lo que es contrario al art. 24 CE. En consecuencia, el juez español no debe considerarse internacionalmente competente para constituir esta adopción, adopción que corre el serio riesgo

⁶³ P.P. MIRALLES SANGRO, “Filiación por naturaleza/biológica y adopción”, en A.P. ABARCA JUNCO (DIR.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 3ª ed., Madrid, UNED, 2008, pp. 187-242, esp. p. 224; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 217-273, esp. pp. 225-227.

⁶⁴ E. JAYME, “Diritto di famiglia, societa multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 1993, pp. 295-304; E. JAYME, “L’adozione internazionale. Tendenze e riforme”, *Rivista di Diritto Civile*, 1984, pp. 545-558.

de no ser reconocida en Eslovaquia. Es más lógico que la adopción se constituya en Eslovaquia con arreglo al DIPr. de ese país o que se constituya ante el Cónsul español acreditado en dicho país, si ello es posible. En el caso de que el juez español acredite que no es intención de la familia trasladarse a residir a España y que la adopción que podría constituir en España tiene muchas posibilidades de no surtir efectos legales en Eslovaquia, haría bien en declarar la falta de competencia judicial internacional de los jueces españoles para constituir esta adopción, y todo ello, mediante un desarrollo judicial del art. 14 LAI, expresamente autorizado por la Exposición de Motivos (III) de la Ley 54/2007. Esta interpretación evita que dicho precepto opere como un foro exorbitante e impide constituir una adopción internacional válida en España pero muy probablemente nula en Eslovaquia (= país de residencia habitual del menor y donde vive su familia adoptiva). Así, se elimina la posibilidad de una adopción en España que generaría unos costes jurisdiccionales (= “costes de transacción litigacionales”) muy elevados para todos los sujetos afectados.

48. i) El legislador ha concedido una “autorización expresa” a los jueces para reducir el alcance de los foros de competencia judicial internacional del art. 14.1 LAI en casos concretos de adopción internacional que provocan infracción del principio de “vinculación mínima” del supuesto con España. Dicha autorización en favor de un “desarrollo judicial” del art. 14.1 LAI se encuentra en dos previsiones legales: (1) El art. 14.1 LAI comienza con una afirmación que presenta un significado claro (= “[c]on carácter general, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la constitución de la adopción en los siguientes casos...” [cursiva añadida]). Pues bien, la expresión “con carácter general” significa no sólo que los foros de competencia judicial internacional se refieren efectivamente a la competencia “internacional” de los tribunales españoles (= algo que ya se deduce claramente de la rúbrica del art. 14.1 LAI)⁶⁵. Significa además, y fundamentalmente, que la regla “general” experimenta “excepciones”, y que los tribunales españoles están autorizados, en casos particulares, a “rechazar su competencia judicial internacional” si observan que les viene atribuido, *ex art. 14.1 LAI*, el conocimiento de un concreto supuesto de constitución de la adopción internacional que no presenta vinculaciones “reales” con España y que, por ello, puede perjudicar a los sujetos implicados, puede conducir a hacer competentes a los tribunales españoles de modo “imprevisible” y con elevados costes de transacción jurisdiccionales para los sujetos afectados y que puede dar lugar a una “adopción internacional claudicante” (= válida en España, cuyos tribunales pueden constituir la, pero sin efectos legales en otros países extranjeros conectados estrechamente con el caso); (2) La Exposición de Motivos de la LAI contiene un mandato muy claro dirigido a los jueces y tribunales españoles. Éstos no deben proceder a la constitución de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España pese a concurrir, “formalmente”, un foro de competencia judicial internacional recogido en la Ley 54/2007⁶⁶.

49. Las bases metodológicas y operativas de los arts. 14-15 LAI, expuestas en los números marginales anteriores, no dejan lugar a dudas: tales preceptos no contienen “foros exorbitantes”, pese a lo que sugieren las desacertadas críticas lanzadas por ciertos autores⁶⁷. Varias consideraciones deben introducirse al respecto.

50. a) Algún autor ha indicado que los foros recogidos en los arts. 14 y 15 LAI son exorbitantes y que se hubiera evitado dicho carácter exorbitante si el legislador español que elaboró la LAI hubiera se-

⁶⁵ Vid. C. ESPLUGUES MOTA, “La nueva ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?”, *RDIPP*, 2008-2, pp. 363-380, esp. p. 371, que enfatiza la expresión “con carácter general”.

⁶⁶ Exposición de Motivos LAI (III): “*Inspirada en el principio de «conexión mínima», una autoridad española no debe proceder a la constitución, modificación o declaración de nulidad de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España. De ese modo, se evita la penetración de foros exorbitantes en la legislación española, foros que pueden provocar la constitución de adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor.*”

⁶⁷ Es el caso de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*. En idéntico sentido, R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), pp. 9-11. También, de modo clónico, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Recensión a A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*”, Comares, Granada, 2008, *REDI*, 2008, pp. 349-351.

guido el modelo del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993, que gira en torno al criterio de la “residencia habitual del menor adoptado”. Esta afirmación es errónea: dicho Convenio no contiene normas de competencia internacional en materia de adopción, por lo que no pudo nunca servir de “modelo” al legislador español a la hora de establecer los foros de competencia judicial internacional en materia de adopción⁶⁸.

51. b) Todos los autores que estiman que los foros recogidos en los arts. 14-15 LAI son “exorbitantes”, olvidan, silencian o quizás no conozcan que idénticos foros en materia de adopción son recogidos por el legislador belga y también por el legislador italiano (*vid.* art. 66.I de la Ley belga de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado⁶⁹ y art. 40 Ley DIPr. Italia 1995⁷⁰). Este dato resulta particularmente grave, porque significaría que no sólo el legislador español es un legislador descuidado, temerario, y poco versado en DIPr., sino que también el legislador belga de 2006 y el legislador italiano de 1995 son legisladores cuyo conocimiento del DIPr. resulta escaso. En los muy documentados trabajos de los autores españoles que acusan a los arts. 14-15 LAI de contener foros exorbitantes de competencia judicial internacional, se pueden encontrar mordaces críticas contra el legislador español, precisamente por dicha razón, esto es, por haber dado acogida a foros exorbitantes. Pero en esos mismos trabajos, no se puede hallar ni el más mínimo vestigio de acusación contra el legislador belga o italiano, lo que resulta especialmente llamativo, visto que la regulación belga e italiana es idéntica a la española. Es decir, que la alternativa es clara: o el legislador español, el belga y el italiano son unos ignorantes y carecen de conocimientos sobre el DIPr. y por ello, han recogido foros exorbitantes de competencia judicial internacional en materia de adopción internacional, o bien los tres legisladores saben lo que hacen. Naturalmente, la segunda opción es la correcta. El legislador belga de 2006 y el legislador italiano de 1995 eran perfectamente conscientes de lo que hacían y de por qué lo hacían al perfilar el alcance de la competencia judicial internacional de sus tribunales en materia de adopción. Lo que ocurre, más bien, es que tanto el legislador español (2007) como el legislador italiano (1995) y belga (2006) siguen una opción metodológica bien asentada en argumentos solventes. Dicha opción consiste en “abrir la jurisdicción nacional” de manera muy generosa con el objetivo potenciar y facilitar la adopción en los casos internacionales, y en dejar a los tribunales, en su caso, la posibilidad de resolver los casos más complejos (*Hard Cases*) en los que el vínculo con la jurisdicción nacional sea meramente aparente o formal y no real.

52. c) Por otro lado, el hecho de que la expresión “*con carácter general*” con la que da inicio el art. 14.1 LAI aparezca en dicho precepto pero no en el art. 15 LAI no debe ser interpretado “*a contrario sensu*” (= *inclusio unius exclusio alterius*), de modo que permita restringir la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los supuestos de constitución de la adopción, pero no en los supuestos de “modificación, revisión, declaración de nulidad o conversión en adopción plena de una adopción simple”. Y ello por dos motivos. En primer lugar, porque esta diferencia en la letra del art. 14 y del art. 15 LAI obedece al hecho de que los supuestos de “constitución” de la adopción presentan una mayor “relevancia valorativa” respecto a los supuestos regulados en el art. 15 LAI. De ese modo, el legislador llama la atención del intérprete en relación con estos casos de mayor impacto valorativo o de mayor polaridad axiológica positiva, sin que ello signifique que en los supuestos contemplados en art. 15 LAI no se deba igualmente, en su caso, proceder a una reducción teleológica de la norma para evitar que los foros operen de manera exorbitante en un caso particular. El legislador subraya el caso axiológicamente más significativo (= art. 14 LAI: constitución de la adopción), pero no niega que ello sea posible en relación con otros casos (= art. 15 LAI: revisión, nulidad y conversión de la adopción). En segundo lugar, porque la referencia base para proceder a una reducción teleológica de los foros recoge-

⁶⁸ *Vid.*, en este sentido, erróneamente, P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008, p. 3-4 y 12.

⁶⁹ Art. 66 del Código belga de Derecho internacional privado (Ley de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado): “*Par dérogation aux dispositions générales de la présente loi, les juridictions belges ne sont compétentes pour prononcer une adoption que si l’adoptant, l’un des adoptants ou l’adopté est belge ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l’introduction de la demande*”.

⁷⁰ Art. 40 Ley italiana de DIPr. de 31 mayo 1995: “*Giurisdizione in materia di adozione. 1. I giudici italiani hanno giurisdizione in materia di adozione allorché: a) gli adottanti o uno di essi o l’adottando sono cittadini italiani ovvero stranieri residenti in Italia; b) l’adottando è un minore in stato di abbandono in Italia*”.

dos en los arts. 14 y 15 LAI se encuentra en la Exposición de Motivos (III) de la LAI, en la que se alude con meridiana claridad, a los casos de constitución, modificación, nulidad y conversión de la adopción, es decir, a todos los supuestos contemplados por el art. 14 y por el art. 15 LAI, sin excluir ninguno de ellos (= “una autoridad española no debe proceder a la constitución, modificación o declaración de nulidad de una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente conectado con España”).

53. d) Todos estos autores, en cuya errónea opinión los foros recogidos en los arts. 14-15 LAI son “exorbitantes”, ignoran o subestiman la expresa llamada de atención que realiza la Exposición de Motivos de la LAI al respecto. Eliminan de su discurso ese dato jurídico porque no encaja en sus teorías (= para ellos, los hechos deben encajar en sus teorías, y si no encajan, los datos “se eliminan”). Estos autores, al no conceder ninguna relevancia jurídica al texto de la Exposición de Motivos que se refiere a los foros de competencia judicial internacional en materia de adopción, suprimen todo “efecto útil” de dicho texto. Para ellos, tal texto no existe. Pero debe subrayarse que los hechos son tozudos y que el texto de la Exposición de Motivos que permite un desarrollo judicial de los arts. 14 y 15 LAI, existe, no es una invención, está ahí, en el texto oficial publicado en el BOE. A este respecto, conviene observar diversos aspectos.

1º) La Exposición de Motivos, dicen estos autores, no presenta “carácter normativo”. En esto llevan razón. En efecto, las Exposiciones de Motivos de las Leyes no contienen “disposiciones prescriptivas” (= en este sentido, no contienen normas que ordenan conductas, que imponen sanciones o que detallan consecuencias jurídicas). Las disposiciones legales con “contenido normativo” (= las “normas prescriptivas”) se contienen en el articulado de la Ley, no en los títulos de la Ley (= *Rubrica legis non est lex*), ni en las Exposiciones de Motivos de las mismas. Éstas sirven para comunicar a los obligados por la Ley y también a los encargados de aplicarla, dos realidades. En primer término, los motivos o razones que han llevado al legislador a adoptar la Ley en cuestión así como los preceptos articulados contenidos en la misma. En segundo término, para orientar, mediante la exposición de los principios inspiradores de la Ley, la correcta aplicación de los artículos de la Ley. Con otras palabras, puede afirmarse que los artículos de una Ley indican, mediante “mandatos normativos”, cuáles son las conductas que deben observar los destinatarios de dichos artículos, mientras que la Exposición de Motivos de la misma indica “cómo aplicar” tales mandatos normativos. Los artículos contienen el “qué” y la Exposición de Motivos recoge el “por qué” y el “cómo”. En consecuencia, los foros de competencia judicial internacional no se contienen en la Exposición de Motivos, sino en los arts. 14 y 15 LAI. Pero es en la Exposición de Motivos de la LAI dónde se ofrece a los jueces españoles un precioso material manual de funcionamiento de los foros de competencia judicial internacional recogidos en los arts. 14 y 15 LAI que se concreta en diversos puntos: (1) La explicación de cuáles son los principios que sustentan, en todo caso, la existencia de dichos foros (= el principio de “conexión mínima”). De ese modo, la aplicación de las normas prescriptivas no puede vulnerar los principios que las sustentan, pues el aplicador que así lo hiciera, vulneraría la misma *ratio* del precepto, que se encuentra, siempre en último extremo, en un principio básico o general. Principio que, además, se halla, en ese caso, expresamente recogido en la Exposición de Motivos de la LAI (apartado III). En consecuencia, en ningún caso los arts. 14 y 15 LAI pueden llevar al resultado de atribuir competencia judicial internacional a los tribunales españoles de modo exorbitante: lo prohíben tales preceptos convenientemente interpretados con arreglo a los criterios suministrados por la Exposición de Motivos de la LAI. Dicho texto lo dice de forma muy clara: no hay foros exorbitantes en la LAI y no cabe interpretar los foros de competencia judicial internacional de la LAI de manera que atribuyan competencias exorbitantes a los tribunales españoles; (2) Las reglas hermenéuticas básicas de la Ley y, en concreto, de los arts. 14 y 15 LAI (= interpretación sistemática de la Ley en sintonía con los principios que la inspiran, atención especial a la *ratio* de las normas, a su espíritu y finalidad); (3) Los instrumentos y herramientas heurísticas adecuadas para la correcta implementación de los arts. 14 y 15 LAI (= la llamada “cláusula de desvinculación” que debe crearse a través de un prudente desarrollo judicial creativo). Estos tres elementos constituyen el “círculo interpretativo y operativo” que debe guiar la aplicación de los arts. 14 y 15 LAI con la finalidad de alcanzar un óptimo funcionamiento del sistema de competencia judicial internacional en materia de adopción. En suma, la Exposición de Motivos de la LAI proporciona a los jueces las indicaciones básicas sobre “cómo deben aplicar” y “hasta qué límites” deben aplicar los foros de competencia judicial internacional contenidos en los arts. 14 y 15 LAI. El sentido último del texto de la Exposición de Motivos (= que se expresa “en términos genéricos” porque alude a los principios sustentadores de la LAI), radica en comunicar al aplicador de la LAI que los arts. 14

y 15 LAI constituyen “normas generales” y que las excepciones que pueden presentar tales preceptos no pueden enumerarse en una lista cerrada y específica, sino que deben fijarse y perfilarse a través de la labor concreta de los tribunales (= por vía jurisprudencial, caso por caso), ya que no es misión de la Ley elaborar un elenco interminable, y forzosamente incompleto, de la infinidad de las excepciones que en casos particulares pueden presentarse en la práctica.

2º) Debe recordarse, además, que aunque la Exposición de Motivos de una Ley no presenta carácter normativo, sí que forma parte de la Ley (= constituye “material jurídico con rango de Ley”, constituye una auténtica “norma jurídica”) y ha sido elaborada por el legislador y expresa el parecer del legislador. En consecuencia, cuando el legislador sitúa en el texto de la Exposición de Motivos, los criterios para la aplicación de las normas prescriptivas, los está colocando en el lugar correcto. El legislador no es ningún perdulario, ni ningún cobarde, ni ningún golfo cierrabares, sino que sigue criterios correctos de técnica normativa. Pero cuidado, visto que el legislador comunitario procede del mismo modo (= ya que ubica en los “Considerandos” de las normas comunitarias de DIPr., los “modos de aplicación” de las normas, así como las expresas autorizaciones para un desarrollo judicial de tales normas, como se verá seguidamente), debe advertirse con seriedad al legislador comunitario de que puede ser reprobado en cualquier momento por estos autores a los que dicho proceder tanto disgusta. De ese modo, el legislador comunitario podrá intentar, si es que todavía está a tiempo, ponerse a salvo de posibles y aceradas críticas.

3º) La doctrina española ha admitido que las Exposiciones de Motivos constituyen elementos preciosos que recogen los principios en los que se apoyan los mandatos prescriptivos de la Ley (= los preceptos articulados de la Ley), que marcan los límites aplicativos de los mismos y que brindan a los tribunales los recursos interpretativos, hermenéuticos y heurísticos para solventar las “carencias de la Ley” mediante un oportuno desarrollo judicial. En definitiva, las Exposiciones de Motivos, entre otras finalidades, enseñan al prudente jurídico “cómo aplicar la Ley”. Así, lo ha señalado M. VIRGÓS SORIANO, que advierte que el mismo legislador español declaran con frecuencia, su propia conciencia de la “falta de plenitud” y de la consiguiente “falta de Justicia” que puede plantear la reglamentación positiva de DIPr. En dicho sentido, la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974 de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil⁷¹, indica, en este sentido: “*no cabe albergar la certidumbre de haber logrado una regulación completa y siempre satisfactoria de las múltiples situaciones jurídicas que con tanta riqueza y variedad de matices ofrece el mundo de nuestro tiempo, definible como un conjunto creciente de interacciones a escala internacional y mundial...*”⁷². Pues bien, como subraya M. VIRGÓS SORIANO, “*el propio legislador español hace una ‘invitación’ al desarrollo judicial del sistema cuando afirma en 1974 (...) que en relación a su reforma de las normas de DIPr. ‘no cabe albergar la certidumbre de haber logrado una regulación completa y siempre satisfactoria de las múltiples situaciones jurídicas que con tanta riqueza y variedad de matices ofrece el mundo de nuestro tiempo’*”. Y en el mismo sentido se pronuncia F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ⁷³. En consecuencia, parece claro que el legislador puede emplear, y de hecho emplea las Exposiciones de Motivos de las Leyes para “invitar” y para “permitir” un desarrollo judicial contenido y prudente de los preceptos legales cuando ello resulta preciso para proporcionar una respuesta legal justa y en sintonía con los principios inspiradores del sistema de DIPr. Ello conduce a afirmar que los autores que sostienen que la Exposición de Motivos de la LAI contiene las bases para un desarrollo judicial de los artículos de dicha norma legal no son los únicos en la Galaxia que mantienen que en las Exposiciones de Motivos de las Leyes se encuentra un espacio especialmente idóneo para habilitar a los operadores jurídicos para llevar a cabo un desarrollo judicial de los preceptos articulados de las Leyes.

4º) El reciente Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I)⁷⁴ proporciona

⁷¹ BOE núm. 163 de 9 julio 1974.

⁷² M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal (un análisis del art.4 de la Ley española de competencia desleal de 1991)*, Ed.Civitas, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 1993, p. 101; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción internacional*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 121, nota [22].

⁷³ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción internacional*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 121, nota [22].

⁷⁴ DOUE L 177 de 4 julio 2008.

un ejemplo perfecto de funcionamiento de las Exposiciones de Motivos o “Considerandos” de una norma jurídica de DIPr. y del oportuno desarrollo judicial que debe realizarse a partir de tales materiales legales. El art. 3 de dicho Reglamento autoriza explícitamente a las partes la elección de la Ley reguladora del contrato, pero no prohíbe de modo expreso que las partes puedan elegir como “ley del contrato”, un conjunto de reglas o normas no estatales. Sin embargo, una tranquila lectura del Considerando 13 del mismo Reglamento permite descubrir que los contratantes no pueden elegir, como *Lex Contractus*, “normativas no estatales”⁷⁵. Dicho Considerando 13 resulta clave para interpretar correctamente el art. 3 Reg. Roma I, ya que permite otorgar su justo alcance al término “ley” empleado por el precepto (art. 3.1 Reg. Roma I). El art. 3 Reg. Roma I contiene la “disposición prescriptiva”, mientras que el Considerando 13 Reg. Roma I recoge y marca el “círculo interpretativo y operativo” de dicho art. 3.1 Reg. Roma I (= el “manual de funcionamiento” de dicho precepto, sus “*Operating Instructions*”). El *modus operandi* que se observa en los arts. 3.1 Reg. Roma I y el Considerando 13 de dicho Reglamento es similar al que se aprecia en los arts. 14 y 15 LAI y la Exposición de Motivos de la LAI (apartado III). Nada de extraordinario, por lo tanto. En consecuencia, el lugar donde se sitúe la “norma habilitante” del desarrollo judicial de los arts. 14 y 15 LAI, es indiferente: ya se encuentre en “cuerpo de la Ley” (= dentro de sus mandatos prescriptivos en forma de “artículos”), o ya se encuentre en el “alma de la Ley” (= en la Exposición de Motivos). En todo caso, está “dentro de la Ley” (= y dentro de la Ley 54/2007). Dicha habilitación para un desarrollo judicial de los arts. 14 y 15 LAI, como se ha podido comprobar, existe, no es ningún invento. Los autores que afirman que no existe ninguna “plataforma habilitante” para un desarrollo judicial de los arts. 14 y 15 LAI, caen en la “falacia de la afirmación gratuita” o “ipsedixitismo”, ya que afirman que tal plataforma no existe “porque lo dicen ellos”, sin aportar ningún dato y sin explicar cuál sería, en tal caso, el efecto útil de la Exposición de Motivos (= qué significa dicho texto, que se puede consultar en el BOE). Y no han borrado el apartado III de dicha Exposición de Motivos porque eso no es físicamente posible (= la versión auténtica del BOE es muy resistente a las alteraciones).

5º) La utilización por los jueces y tribunales de las Exposiciones de Motivos de las normas jurídicas de DIPr. como guía conductora (= “círculo interpretativo y operativo”) en cuyo contexto se practica un desarrollo judicial de tales normas con la finalidad de alcanzar la correcta aplicación de las normas prescriptivas, es extraordinariamente frecuente. Basta contemplar la jurisprudencia del TJCE en relación con los Reglamentos comunitarios que abordan cuestiones de DIPr. Resulta muy difícil encontrar una sola sentencia del TJCE en la que no se aluda a los Considerandos del Reglamento en cuestión, para justificar un desarrollo interpretativo particular que ajusta la solución jurídica para llegar al resultado más adecuado. Es conveniente, por lo tanto, advertir al TJCE del peligro que corre, ya que es posible que estos autores críticos con la Ley 54/2007 reprueben también con mano de hierro las sentencias que dicta tan alto Tribunal desde Luxemburgo, por interpretar el sentido de las normas de DIPr. mediante la cita de los Considerandos de los Reglamentos comunitarios, carentes, como es sabido, de valor normativo.

6º) Los autores que acusan de modo inapropiado a los arts. 14 y 15 LAI de contener foros exorbitantes, ignoran que se ha producido un cambio importante en el escenario legal de la adopción internacional a la hora de concretar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en la materia. Aunque es cierto que toda norma de DIPr., al igual que toda norma jurídica, puede y debe ser, en su caso, convenientemente reducida teleológicamente, es evidente que la plataforma legal para llevar a cabo ese desarrollo judicial de los arts. 14 y 15 LAI ha sido incorporada de manera expresa por el legislador en la LAI (= *vid.* Exposición de Motivos). Este escenario legal es nuevo, ya que el art. 22.3 LOPJ (= norma que contenía los foros de competencia judicial internacional para la constitución de la adopción antes de la entrada en vigor de la LAI), no contaba con el apoyo hermenéutico de ninguna “Exposición de Motivos” que pudiera ser empleada como plataforma para un razonamiento judicial de desarrollo práctico de dichos foros en relación con casos particulares. Ahora sí existe, de modo que negar la evidencia es luchar en vano y convertirse en candidato para compartir, inevitablemente, el destino de Sísifo.

⁷⁵ U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenschaft*, 2004, n.103, pp. 131; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Ed. Colex, Madrid, 2009, pp. 132-143.

3. Cuestiones relativas a la Ley aplicable a la adopción.

A) Distinción entre adopciones sujetas a la legislación española y adopciones sujetas a la legislación extranjera.

54. Un cierto grupo de autores ha criticado la distinción realizada por los arts. 18, 19 y 20 LAI (= adopción regida por la ley española), por un lado, y el arts. 21 LAI (= adopción regida por una Ley extranjera), por otra parte. Se ha indicado, por tales autores, que esta distinción no es correcta “desde un punto de vista estrictamente técnico”, por varios motivos.

55. En primer lugar, se dice que, realmente, es posible que existan adopciones regidas por más de una Ley y no exclusivamente por la Ley española, en contra de lo que dispone la Sección 1ª del Capítulo II LAI, cuya rúbrica es, precisamente, “*adopción regida por la ley española*”. E igual crítica puede dirigirse contra la rúbrica de la Sección 2ª del mismo Capítulo (= “*adopción regida por una Ley extranjera*”), pues puede ser que las adopciones reguladas en dicha sección queden sujetas a varias Leyes estatales⁷⁶. Esta crítica es acertada. Pueden existir adopciones sujetas a varias Leyes estatales y la rúbrica de las dos secciones del Capítulo II LAI podría llamar a confusión. Sin embargo, el alcance de la crítica no debe exagerarse. Por dos motivos. En primer término, porque ambas rúbricas sólo indican que, en condiciones normales, la Ley aplicable a la adopción será, exclusiva o preponderantemente, la Ley española o una Ley extranjera. Tales rúbricas sólo presentan un carácter meramente indicativo con la finalidad de orientar el mapa normativo de los preceptos de la Ley 54/2007. Por ello se detienen en los supuestos ordinarios, en los supuestos más frecuentes. Y, en todo caso, debe recordarse el siempre acertado aforismo romano que indica que *Rubrica legis non est lex*. En segundo término, porque ambas rúbricas no indican que la adopción quedará regida “exclusivamente”, “únicamente” o “solamente”, por la Ley española o por la Ley extranjera. Por ello, aunque sus palabras pueden suscitar ciertas dudas en el intérprete, no resultan étnicamente inexactas.

56. En segundo lugar, se indica que los arts. 18-21 LAI no señalan la Ley aplicable a la capacidad para adoptar y se ofrecen distintas interpretaciones al respecto⁷⁷. Este punto de partida constituye un error. El tenor de las normas citadas es muy claro. El legislador fija un ámbito de aplicación amplio de la Ley reguladora de la adopción. Así, la Ley española correspondiente a la residencia habitual presente o futura del adoptando en España, rige los “requisitos de la adopción”: capacidad para adoptar y para ser adoptado, consentimientos necesarios para llevar a cabo la adopción, audiencias que deben ser dadas a ciertas personas, asentimientos a prestar, necesidad de trámites administrativos previos y, en su caso, de propuesta previa de Entidad Pública (*vid.* AAP Madrid 27 julio 2006 [dictada en aplicación del antiguo art. 9.5 CC]). Idénticas consideraciones pueden realizarse si la Ley que rige la adopción es una Ley extranjera (art. 21 LAI). En consecuencia, no hay ninguna laguna legal en relación con la capacidad para adoptar o ser adoptado. Basta leer con atención el tenor literal de los arts. 18-21 LAI.

57. En tercer lugar, se ha indicado que las nuevas normas de conflicto no cambian el criterio antes existente con arreglo al art. 9.5 CC⁷⁸. Esta afirmación no resulta exacta. Es suficiente comparar los arts. 18-21 LAI y el antiguo texto del art. 9.5 CC, para percatarse de que se trata de normas muy diferentes. El art. 9.5 CC en su versión antes vigente, hacía aplicable a la adopción internacional, en todo caso, la Ley española (*Lex Materialis Fori*). No eran relevantes ni la nacionalidad ni la residencia habitual de los potenciales padres adoptivos ni del adoptando. Por el contrario, puede afirmarse que, con carácter general, el criterio de conexión empleado por el art. 18-21 LAI es la “residencia habitual del adoptando”. Noche

⁷⁶ C. ESPLUGUES MOTA, “La nueva ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?”, *RDIPP*, 2008-2, pp. 363-380, esp. p. 372.

⁷⁷ R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), p. 11.

⁷⁸ R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), p. 11.

y día. Ejemplo: adopción, ante juez español, de menor chipriota con residencia habitual en Nicosia por parte de dos españoles residentes en Madrid. Con el texto antiguo del art. 9.5 CC, la Ley aplicable a esta adopción era la Ley sustantiva española, mientras que con arreglo al art. 21 LAI, la Ley aplicable a esta adopción es la Ley chipriota.

58. En cuarto lugar, se afirma con vehemencia que se aprecia una de “*una nota de subjetivismo en la determinación de la ley aplicable, al asumir como criterio relevante el traslado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España*”⁷⁹. La raíz de la crítica se halla, por una parte, en la dicción del art. 18.1.b) LAI (= precepto que ordena aplicar la Ley material española a la constitución de la adopción “*cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España*”, y por otra parte, en la letra del art. 21.1.a) LAI, que indica que la constitución de la adopción se regirá “*por la ley del país al que ha sido o al que va a ser trasladado el adoptando con la finalidad de establecer su residencia habitual en dicho país*”. Estos autores critican que pueda aplicarse la Ley del país al que el adoptando ha sido o vaya a ser trasladado con la finalidad de establecer, en dicho país, su residencia habitual. Reprueban al precepto que determine la Ley aplicable con arreglo a la “intención” de establecer la residencia habitual en un país. Indican que tal modo de proceder introduce una fuerte “dosis de subjetivismo” y que por ello es deficiente desde el punto de vista técnico.

59. Para comprender correctamente el precepto en lo relativo a la residencia habitual “futura” del adoptando, resulta necesario interiorizar las bases metodológicas de los arts. 18.1.b) LAI y 21.1.a) LAI, que pueden ser sintetizadas, de forma muy sucinta, en los siguientes puntos.

60. a) La opción fundamental de política legislativa que sigue la LAI en materia de “Ley aplicable a la adopción”, consiste en la aplicación de la Ley del país en cuya sociedad está integrado o se va a integrar el menor. Y se trata de una opción de política legislativa plenamente acertada. Una idea, “*indudablemente excelente*”, como ha indicado J.M. ESPINAR VICENTE⁸⁰. Varias razones lo explican.

1º) La aplicación de la Ley en cuya sociedad está integrado o va a integrarse el menor resulta perfectamente “previsible” para todos los implicados en la adopción. En otras palabras, la aplicación de la Ley del país en cuya sociedad se integra el adoptado encaja perfectamente con el “principio de proximidad” (B. AUDIT)⁸¹. Ello significa que la aplicación de dicha Ley comportará “costes reducidos” para los particulares implicados en la adopción (= es una Ley que, presumiblemente, dichos sujetos conocen o que pueden conocer a un coste más reducido que cualquier otra Ley estatal que pudiera regir la adopción). Al reducir los costes derivados de la aplicación de una Ley estatal concreta a una adopción internacional (= costes conflictuales), se facilita y se potencia la adopción, lo que redundará en interés del menor. La Ley del Estado en cuya sociedad está integrado o va a integrarse el menor corresponde, además, con la Ley del país en el que interesa, a los particulares, en mayor grado, que la adopción sea válida y surta efectos jurídicos.

2º) La aplicación de la Ley en cuya sociedad está integrado o va a integrarse el menor asegura la observancia y respeto de la Ley del país cuya sociedad se ve más afectada por la adopción del menor. La sociedad española debe quedar regulada por la legislación española, la sociedad portuguesa debe quedar sujeta a las Leyes portuguesas, la sociedad francesa debe regirse por las Leyes francesas, y así sucesivamente. El legislador español debe asegurar la aplicación de sus Leyes a la “sociedad española”. Sólo de ese modo se preserva el “efecto útil” de su legislación y se protege el modelo social de cada Estado

⁷⁹ S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 51-53. En idéntico sentido clónico, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. p. 424, así como P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008; p. 6. También, de modo idéntico, R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), pp. 14-15.

⁸⁰ J.M. ESPINAR VICENTE, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, núm.18, 24 octubre 2008, tomo II, versión *on line* (www.laleydigital.es).

⁸¹ B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la “crise” des conflits de lois)”, *RCADI*, 1984, vol.186, 1984, pp. 219-398, esp. p. 275.

(= el modo en que cada Estado organiza “su sociedad”). Pues bien, la aplicación de la Ley en cuya sociedad está integrado o va a integrarse el menor logra satisfacer el interés estatal en la salvaguarda de la “autoridad de sus Leyes”, del “efecto útil” de su legislación (H. BATIFFOL / P. LAGARDE, H. MUIR WATT)⁸². La adopción de menores que tienen o van a tener su centro social de vida en España debe quedar sujeta al Derecho español. Sólo de ese modo, las Leyes españolas que regulan la adopción pueden, efectivamente, desplegar su función ordenadora de la sociedad española (= proteger, del modo que el legislador español estima “justo”, a los menores que adoptando que residen, de modo habitual, en España). La aplicación de la Ley en cuya sociedad está integrado o va a integrarse el menor garantiza el derecho de todo Estado a organizar “su sociedad” del modo que estima más conveniente y justo. Y también garantiza el derecho del legislador español a proteger a los menores adoptando que se encuentran integrados en la sociedad española de la manera que estima más conveniente (= modelo constitucional “español” de protección de la infancia). La organización de la sociedad española la decide el Derecho español y la organización de la sociedad nigeriana la decide el Derecho nigeriano. En consecuencia, las entradas en escena (= ya sea “aplicación” o ya sea “toma en consideración”) de “otras Leyes extranjeras” en la constitución de la adopción de un menor con residencia habitual en España, no se justifican por el hecho de que la adopción esté “localizada” también en dichos países. En efecto, la aplicación o toma en consideración de tales Leyes no presenta un “objetivo localizador”. Aplicar o tomar en consideración Leyes extranjeras es una decisión del legislador que se justifica por su interés en que la adopción surta efectos jurídicos y sea válida también en tales Estados extranjeros (= y no porque la sociedad de los otros Estados en los que el menor no tiene su residencia habitual se vea también “afectada”).

3º) La regulación de la Ley 54/2007 es, también en este punto, mucho más adecuada que la contenida en el viejo texto, afortunadamente ya derogado, del art. 9.5 CC. En efecto, este precepto era un ejemplo de legefórmismo exacerbado. El viejo texto del art. 9.5 CC provocaba la aplicación de la Ley española a toda adopción que se constituía ante juez español (= era una especie de “imperialismo legal de la Ley española” en materia de adopción internacional)⁸³. Ello comportaba consecuencias negativas: (a) En efecto, toda norma de conflicto legefórmista aumenta los costes de información jurídica de las partes en los casos en los que el supuesto a regular presenta vínculos más estrechos con otro país distinto al país cuyas autoridades conocen del supuesto (= pues la norma de conflicto construida sobre la regla *Lex Fori* traiciona y/o se aparta con facilidad del llamado “principio de proximidad”); (b) Por otro lado, una norma de conflicto tan legefórmista como el art. 9.5 CC en su redacción anterior, incrementaba las “adopciones claudicantes” (= una adopción internacional constituida, en todo caso, con arreglo a la Ley sustantiva española, tenía amplias posibilidades de no desplegar efectos en el país de origen o procedencia del menor); (c) Un legefórmismo exacerbado en materia de adopción internacional conduce a un incremento espectacular de las prácticas de *Forum Shopping*, visto que los criterios de competencia judicial internacional en materia de adopción no son uniformes ni están unificados a nivel internacional (A.A. EHRENZWEIG / E. JAYME⁸⁴); (d)

⁸² H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, pp. 446-447; H. MUIR WATT, “Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation (aspects de Droit international privé)”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 11-22.

⁸³ El texto del art. 9.5 Cc. vigente hasta el 29 diciembre de 2007, indicaba, en lo relativo al “Derecho aplicable a la adopción”, lo siguiente: “La adopción constituida por Juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la Ley española. No obstante, deberá observarse la Ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios:

1.º Si tuviera su residencia habitual fuera de España.

2.º Aunque resida en España, si no adquiere, en virtud de la adopción la nacionalidad española.

A petición del adoptante o del Ministerio Fiscal, el Juez, en interés del adoptando, podrá exigir, además los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la Ley nacional o por la Ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando.

Para la constitución de la adopción, los Cónsules españoles tendrán las mismas atribuciones que el Juez, siempre que el adoptante sea español y el adoptando esté domiciliado en la demarcación consular. La propuesta previa será formulada por la entidad pública correspondiente al último lugar de residencia del adoptante en España. Si el adoptante no tuvo residencia en España durante en los dos últimos años, no será necesaria propuesta previa, pero el Cónsul recabará de las autoridades del lugar de residencia de aquél informes suficientes para valorar su idoneidad”.

⁸⁴ A.A. EHRENZWEIG / E. JAYME, *Private International Law*, 1973, vol. II, p. 235.

Desde otra perspectiva, la solución *Lex Fori in Foro Proprio*, antes seguida por el art. 9.5 CC, no puede justificarse en el principio del *favor filii* ni tampoco en la “finalidad protectora” de la adopción (= pues eso supone partir del prejuicio de que la Ley sustantiva española es “la mejor del mundo” para proteger a los adoptados, lo que parece mucho suponer). Y tampoco puede justificarse en la “judicialización de la adopción” (= pues el hecho de que la adopción tenga que ser constituida por un juez español, no es argumento suficiente para resolver el conflicto de Leyes en favor de la Ley española, ya que dicha solución no tiene en cuenta ni la previsibilidad del Derecho aplicable ni su contenido material; también el divorcio se pronuncia, en España, por juez español y no necesariamente se debe fallar con arreglo a la Ley sustantiva española [*vid.* art. 107.2 CC]). La Ley 54/2007 cierra con doble llave el sepulcro del legefórisimo en materia de adopción internacional para que no vuelva a cabalgar.

4º) La adopción constituye un “todo jurídico”. Por ello es conveniente que sea “una” sola la Ley estatal que regule la constitución de la adopción (E. POISSON-DROCOURT⁸⁵). Ésa es la regla general que inspira las normas de conflicto recogidas en los arts. 18-21 LAI. Los “espacios de aplicación” que tales preceptos conceden a otras Leyes estatales no tienen como objetivo “localizar” ciertos aspectos de la adopción en otros países y declarar, en consecuencia, la “aplicación” de tales Leyes. El objetivo de tales previsiones es, simplemente, potenciar la validez internacional de la adopción internacional constituida en España. Sólo cuando dicho objetivo quede acreditado, se aplicarán o se tomarán en consideración “otras Leyes estatales”.

61. b) Los arts. 18 a 22 LAI presentan dos objetivos claros. En primer lugar, hacer aplicable a la adopción la Ley del país en cuya sociedad se inserta el adoptando. En segundo lugar, potenciar la validez internacional de la adopción en los países conectados de modo más estrecho con el supuesto. Ahora bien, este segundo objetivo no debe alcanzarse mediante una “aplicación cumulativa”, sin más, de las Leyes de los Estados vinculados con la adopción. Esta “sobrecarga de regulación” supondría una enorme complicación en el proceso de constitución de la adopción, pues incrementaría los costes legales asociados a la misma. El interés del menor que pretendiera defenderse a través de esta aplicación cumulativa de Leyes, acabaría por perjudicar al menor, ya que la constitución de la adopción sería muy compleja e incluso, en ocasiones, imposible (= resultaría muy complicado “ajustar” una adopción a varias Leyes estatales al mismo tiempo: el principio de la protección del menor en materia de adopción internacional se volvería “autoatentatorio”). A este respecto, cabe incorporar varias precisiones: 1º) Cuando la Ley 54/2007 da entrada a Leyes de otros países distintas a la Ley que rige la adopción, evita con exquisito cuidado que se produzca una aplicación “cumulativa de Leyes”, de modo que provoca una “aplicación distributiva de Leyes” (= art. 19.1 LAI, relativo a la Ley reguladora de la capacidad del adoptando y consentimientos necesarios); 2º) En los casos en los que, junto a la Ley que rige la adopción, deben, además, tomarse en consideración otras Leyes estatales, no se produce ninguna “aplicación cumulativa de Leyes estatales”. Explicación: en dichos casos, las Leyes estatales que no rigen la entera adopción no se “aplican”, sino que “se toman en consideración”. Y eso es algo muy diferente, por lo que no hay “cúmulo legal” alguno. Además, en estos casos, la toma en consideración de las Leyes referidas no es “obligatoria”, sino meramente “facultativa” para el juez español (= *vid.* art. 20 LAI, relativo a la Ley reguladora de los consentimientos, audiencias y autorizaciones cuando al adopción se rige por la Ley española; arts. 21.2 y 3 LAI, relativos a la Ley reguladora de la capacidad del adoptando y de los consentimientos necesarios, así como de las audiencias o autorizaciones, cuando la adopción se rige por una Ley extranjera). La regulación de la Ley 54/2007 en este punto es también mucho más adecuada que la contenida en el antiguo art. 9.5 CC (= precepto que, en ciertos supuestos obligaba a una “aplicación cumulativa de Leyes”, lo que desembocaba en una sobre-reglamentación legal que complicaba, ralentizaba y encarecía los “costes legales” de la adopción internacional de un modo innecesario)⁸⁶.

62. c) En cuanto al “modo de formulación” de las normas de conflicto que se ocupan de señalar la Ley aplicable a la adopción, cabe introducir dos precisiones.

⁸⁵ E. POISSON-DROCOURT, “L’adoption internationale”, *RCDIP*, 1987, vol.76, pp. 673-710, esp. p. 692.

⁸⁶ En este sentido, R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), p. 12.

1º) A primera vista, podría parecer que hubiera sido más sencillo que la norma de conflicto recogida en la Ley 54/2007 indicara que “*la adopción internacional se regirá por la Ley de la residencia habitual del adoptando*”. Pero es una impresión engañosa, una solución simplista y no justa. Explicación: optar, sin más, en favor de la Ley de la “residencia habitual del adoptando”, como ya se ha señalado, hubiera sido un grave error, porque, con extrema frecuencia, la residencia habitual del adoptando cambia de país a país debido al mismo hecho de la adopción internacional (= antes o después de la adopción internacional suele producirse un “desplazamiento internacional del menor”). La LAI indica que debe aplicarse la Ley de la residencia habitual actual o futura del adoptando (= es una “conexión anticipada” de la residencia habitual del adoptando) (A.E. v. OVERBECK)⁸⁷. La Ley 54/2007 indica que la constitución de la adopción internacional debe regirse por la Ley del país de la residencia habitual del adoptando, pero en la modalidad de “punto de conexión fluctuante” (= combinación entre residencia habitual “actual” y residencia habitual “futura” del adoptando, según los casos). Debe subrayarse que la “residencia habitual” puede perfectamente precisarse en el presente (= residencia habitual “actual”), a través de “elementos retrospectivos” relativos al adoptando, pero también puede concretarse en el futuro (= residencia habitual “futura”), mediante el empleo de “elementos prospectivos” (M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ⁸⁸).

2º) La complejidad de las normas de conflicto que determinan la Ley aplicable a la adopción internacional en la LAI no es mayor que la que ya existía en el texto derogado art. 9.5 CC. En la mayoría de los supuestos, la Ley aplicable a la constitución de la adopción será la Ley material española y no será preciso aplicar o incluso, “tomar en consideración” otras Leyes extranjeras.

63. d) La determinación de la Ley aplicable a la constitución de la adopción en la LAI sigue el clásico sistema del “conflicto de Leyes”. Es decir, entre los países conectados con el supuesto, la norma de conflicto de Leyes de la LAI detecta cuál es el país más vinculado con el supuesto y ordena la aplicación, a la constitución de la adopción, de la Ley sustantiva de dicho país. Ahora bien, el método clásico de los “conflictos de Leyes” comporta el efecto conocido como la “guillotina conflictual”, del que hablara el gran jurista J. JITTA hace ya más de cien años: se aplica la Ley de un Estado, lo que comporta que las Leyes de otros Estados también vinculados con la adopción y en los que puede interesar también que la adopción internacional surta efectos jurídicos, quedan “guillotizadas”, descartadas (= tales Leyes no se aplican, pues el conflicto de Leyes tiene una “Ley ganadora”, pero también tiene “Leyes perdedoras”)⁸⁹. Este efecto no es conveniente, porque al constituirse la adopción con arreglo a una sola Ley estatal, dicha adopción corre el riesgo de ser considerada como “no válida” por otros Estados vinculados con el supuesto. Para evitar este efecto negativo (= la “guillotina conflictual”, que puede hacer de la adopción internacional, una “adopción claudicante”), la Ley 54/2007 permite “aplicar” o “tomar en consideración” otras Leyes extranjeras. Dichas Leyes “no rigen” la adopción (= puesto que la adopción internacional repercute y afecta a “otra sociedad”, que es la sociedad del país donde el adoptando ha establecido o va a establecer su residencia habitual), pero su aplicación y/o toma en consideración se acepta por el legislador español si con ello la adopción constituida en España aumenta sus posibilidades de ser considerada como “válida” en esos otros países. Los arts. 19 y 20 LAI siguen, en este punto, la línea inspiradora que vertebra el art. 77.1 y 2 Ley Suiza de DIPr. de 18 diciembre 1987⁹⁰.

⁸⁷ A.E. v. OVERBECK, “L’interêt de l’enfant et l’évolution de droit international privé de la filiation”, *Liber amicorum A.F.Schnitzer*, Ginebra, 1979, pp. 361-380, esp. p. 367, donde expone la tesis de la “conexión anticipada” en materias relativas al DIPr. de los menores. La operatividad de la “conexión anticipada” se halla muy bien expuesta, también, en M. HERRANZ BALLESTEROS, “La búsqueda de la armonía internacional de soluciones: ¿un objetivo a cualquier precio en materia de adopción internacional?”, en A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 487-510, esp. p. 508, y en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Adopción internacional y sociedad multicultural”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1998, pp. 175-211.

⁸⁸ M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 244-245.

⁸⁹ J. JITTA, *Método de Derecho internacional privado* (traducción de J. FERNÁNDEZ PRIDA), Madrid, La España Moderna, [no consta la fecha del original], versión facsímil publicada Analecta Editorial, Pamplona, 2005, pp. 118-126.

⁹⁰ Art. 77.1 y 2 Ley Suiza de DIPr. de 18 diciembre 1987: “1. I presupposti dell’adozione in Svizzera sono regolati dal diritto svizzero. 2. Ove risulti che un’adozione non sarebbe riconosciuta nello Stato di domicilio o

64. Una vez expuestas las bases metodológicas de los arts. 18 y 21 LAI, puede también rebatirse, con facilidad, la inapropiada acusación que se ha formulado contra estos preceptos, a los que se ha tilado de ser deficientes “desde un punto de vista estrictamente técnico” porque, en esencia, introducen “una nota de subjetivismo en la determinación de la ley aplicable, al asumir como criterio relevante el traslado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España”⁹¹. Es decir, que se critica que la determinación de la Ley aplicable a la constitución de la adopción se realice con arreglo a la “intención” de establecer la residencia habitual en un país, puesto que ello, se dice, comporta “complejidad” y “riesgo para la seguridad jurídica” (S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ)⁹². Frente a ello, una correcta intelección del precepto exige diferenciar distintos aspectos.

65. Primero. El inciso b) del art. 18.1 LAI indica que la adopción se constituirá con arreglo a la Ley material española “cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España”. El art. 21.1.a) LAI ordena aplicar la “Ley del país al que ha sido o al que va a ser trasladado el adoptando con la finalidad de establecer su residencia habitual en dicho país” siempre que “el adoptando no tenga su residencia habitual en España, y además no haya sido o no vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España”. Los arts. 18.1.b) y 21.1.a) LAI optan por una “conexión anticipada”. Es una conexión que todavía no existe pero que va a verificarse en el futuro: la residencia habitual futura del adoptando en un concreto país. Para que pueda aplicarse la Ley del país de la futura residencia habitual del adoptando, es preciso acreditar varios extremos (= de modo que el juez competente quede plenamente convencido de ello).

1º) Que el adoptando ha sido o va a ser trasladado a España (= elemento físico: un traslado ya realizado o un traslado que se va a producir). La residencia habitual del adoptando puede definirse como el lugar donde éste tiene su “centro social de vida”. La residencia habitual no se acredita mediante su inscripción en ningún Registro Oficial. La residencia habitual es un concepto fáctico. La residencia habitual del adoptando en un concreto país exige verificar varios aspectos: (a) La presencia física del adoptando en España (*domus colere*); (b) La intención de permanecer en tal lugar por parte del adoptando (*animus manendi*). La “residencia habitual” indica el “arraigo real entre una persona y un concreto medio socio-jurídico” (J.M. ESPINAR VICENTE)⁹³. La idea básica que vertebra el concepto de “residencia habitual” es la “integración” de la persona en un medio social y jurídico determinado, lo que se demuestra por datos fácticos concretos y no mediante datos meramente formales o jurídicos. Son elementos irrelevantes para acreditar la residencia habitual del adoptando en un determinado país: (1) La posesión o falta de posesión por el adoptando de “autorización de residencia” en España u otro país con arreglo a la normativa legal de Extranjería; (2) El lugar donde radique el domicilio fiscal o administrativo del adoptando. Los datos del padrón municipal de habitantes no hacen “prueba plena” de la residencia del sujeto en un concreto país a efectos civiles: lo que consta en el padrón puede no ser exacto ni verdadero; (3) La vecindad civil del adoptando en el caso de que éste sea español.

2º) Que dicho traslado se realiza con la finalidad de establecer la residencia habitual del adoptando en territorio español (= elemento intencional: que dicho traslado se realice con la voluntad de fijar en un país, el centro social de vida del adoptando).

66. Segundo. El traslado del sujeto a otro país y la intención de establecer su residencia habitual en dicho país constituyen dos extremos que deben ser valorados y acreditados por el juez español competente para la constitución de la adopción internacional. El juez debe quedar convencido, con un grado

di origine dell'adottante o dei coniugi adottanti, con conseguente grave pregiudizio per il figlio, l'autorità tiene conto anche dei presupposti giusta il diritto di detto Stato. Se anche in tal caso il riconoscimento non sembri assicurato, l'adozione non può essere pronunciata”.

⁹¹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*; ID., “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 52.

⁹² Como por ejemplo, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*.

⁹³ J.M. ESPINAR VICENTE, “Nacionalidad”, *EJB*, 1995, pp. 4379-4385; ID., “Residencia habitual (Derecho internacional privado)”, *EJB*, 1995, pp. 5876-5880.

de certeza muy elevado, de que es España el lugar donde se establecerá, en el inmediato futuro, la residencia habitual del adoptando (= debe alcanzar la plena “seguridad moral” de ambos elementos). En caso contrario (= esto es, si el juez alberga dudas razonables sobre uno o los dos extremos anteriores), operará la “regla general”: aplicación de la Ley del país de residencia habitual “actual” y “real” del adoptando.

67. Tercero. Los arts. 18 y 21 LAI, sin embargo, no precisan “cómo proceder” a la acreditación de ambos extremos para que el juez quede plenamente convencido de los mismos. Este silencio de la Ley 54/2007 en torno al procedimiento de acreditación de ambos elementos constituye un “silencio elocuente” (= nada impone la Ley porque son los jueces los que deben integrar el silencio legal mediante la elaboración de pautas de solución diseñadas para los casos concretos). La acreditación de la existencia de esta conexión anticipada (= la futura residencia habitual del adoptando en un concreto país), exige una “prospección de futuro” por parte del juez (= valoración de las posibilidades de que la residencia habitual del adoptando, efectivamente, vaya a concretarse en un determinado país). Varios datos son importantes al respecto: (1) Esa prospección de futuro debe hacerse por el juez en relación con el caso concreto, mediante una valoración de las circunstancias de hecho y de Derecho que se derivan de cada supuesto específico de adopción internacional. Como antes se ha dicho, el silencio de la Ley 54/2007 al respecto es un “silencio elocuente”, es un “silencio que habla”. Ello es así porque las Leyes se hacen para los “casos generales” y no descienden a detalles cuando no pueden hacerlo y/o cuando hacerlo sería intentar lo imposible; (2) A la hora de acreditar que el traslado internacional del menor a un país concreto, ya producido o que va a producirse, tiene como objetivo o como final “establecer su residencia habitual en España”, (art. 18.1.b) LAI o establecer su residencia habitual en otro país (art. 21.1.a) LAI), ambos preceptos otorgan una completa y total libertad al juez para que valore todo tipo de elementos, circunstancias y datos que le resulten útiles para acreditar dicho extremo. En efecto, con tal objetivo, el juez utilizará todos los elementos de hecho y de Derecho que estime relevantes, y en especial, los vínculos presentes o actuales del adoptando con España y con otros países, que denoten una vinculación futura todavía más estrecha del mismo con un concreto país (= escolarización, empadronamiento, vínculos afectivos del adoptando, lugar de estancia, presencia y/o residencia *de facto*, personas con las que habita el adoptando, opinión personal del adoptado en el caso de que tenga suficiente juicio para ser tenida en cuenta, etc.); (3) El juez español debe acreditar, con el más alto grado de probabilidad posible, que la residencia habitual del adoptando va a establecerse en un determinado país. A la hora de valorar dicho extremo, el juez debe ponderar todos los datos que puedan coadyuvar a acreditar dicha residencia habitual futura en España o en otro país (= la lista de datos es abierta). Entre tales datos, deberá valorar la “intención” de los sujetos implicados de establecer la residencia habitual del adoptando en España. Ahora bien, la mera y sola “intención” de tales sujetos, en especial de los potenciales padres adoptivos, no prueba nada ni acredita nada en relación con la residencia habitual futura del adoptando en España. Las declaraciones de voluntad de tales sujetos en dicho sentido, son, por sí solas, jurídicamente irrelevantes. En efecto, no debe aplicarse “la Ley del país al que los adoptantes afirman que van a trasladar al menor adoptando”⁹⁴. Semejante afirmación constituye un desatino. La “intención” de los particulares implicados es, solamente, un dato más que el juez tendrá presente en un proceso de valoración y ponderación moderada de todos datos objetivos y subjetivos del supuesto, para inferir la existencia o inexistencia de una intención real de establecer la residencia habitual del adoptando en España o en otro país. Tras las anteriores consideraciones, puede afirmarse que la aplicación de la Ley de la residencia futura del adoptando no dependerá, exclusivamente, de la simple declaración de unos sujetos al respecto. Afirmar que la aplicación de una Ley estatal u otra depende de las “*declaraciones de voluntad de los interesados sobre su intención*” significa no haber entendido ab-

⁹⁴ En tal sentido, erróneamente, *vid.* R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), p. 14: “*En estos supuestos bastará con afirmar una voluntad de traslado futuro del niño a un Estado que permita tal adopción para conseguir el resultado querido*”. Claro que afirmaciones como la anterior no deben sorprender a los que se acerquen a esta valiosa contribución doctrinal, pues en su primera página los autores indican que “*en el presente trabajo se realiza un examen exhaustivo de las normas de DIPr. contenidas en la Ley 54/2007*”, para afirmar, quince líneas más abajo, que “*el objeto de este trabajo es realizar un somero análisis de las normas de DIPr. de la LAI*”. A menos que “*exhaustivo*” y “*somero*” tengan el mismo significado en la lengua de Cervantes, que va a ser que no, entonces no se comprende qué querían decir estos autores.

solamente nada del proceso de “ponderación abierta de información”. El juez debe llevar a cabo una valoración de la información pertinente para acreditar, sin sombra de duda, que el adoptando ha sido o va a “ser trasladado a España” o otro país con la finalidad de establecer allí su residencia habitual”⁹⁵.

68. Cuarto. Las normas de la Ley 54/2007 que determinan la Ley aplicable a la constitución de la adopción por las autoridades españolas introducen un amplio margen de apreciación judicial. Las soluciones recogidas en los arts. 18 y 21 LAI implican al juez (= “*coinvolgimento creativo del giudice*”) en la creación de un DIPr. de calidad orientado a la Justicia del caso concreto. Sin embargo, tal proceder no pone en peligro el respeto a las soluciones legalmente recogidas ni la seguridad jurídica. La Ley crea soluciones generales (= para “supuestos-tipo”), y los jueces perfilan reglas específicas (= para los casos concretos, normalmente, para los supuestos más complicados, los *Hard Cases*). Pero que no cunda el pánico: la seguridad jurídica está a salvo. En esta línea, los jueces españoles deben poder valorar los datos del caso concreto para modular la respuesta de la norma de conflicto en supuestos específicos. Los jueces deben disponer de la facultad de introducir ciertas variantes en la determinación de la Ley aplicable a la adopción. Ahora bien, no debe olvidarse que los jueces españoles deben siempre “motivar” sus decisiones relativas a la determinación de la Ley aplicable a la adopción internacional. Dicha motivación debe, en todo caso, tener presentes dos variables, ambas recogidas en la Exposición de Motivos de la Ley 54/2007: 1º) El “interés superior del menor”, frente al que deben ceder cualesquiera otros intereses; 2º) La potenciación de la validez internacional de la adopción constituida en España en los países vinculados con el supuesto concreto. En tal sentido, la Ley 54/2007 deja que sean los tribunales españoles los que determinen: (1) El país de la residencia habitual “futura” del adoptando (art. 18.1.b y 21.1.a LAI), lo que puede presentar una incidencia de primer orden en la precisión de la Ley reguladora de la adopción; (2) La posibilidad de aplicar o “tomar en consideración” otras Leyes estatales distintas de la Ley estatal que rige la adopción (arts. 19.2, 20, 21.2 y 21.3 LAI); (3) La valoración del “impacto internacional” de la adopción constituida en España, de modo que el juez español debe evaluar las posibilidades de que la adopción que constituye en España surta efectos legales en otros países vinculados con el supuesto del que se trate y en la medida en que ello pueda redundar en interés del menor (art. 19.2, 20.a), 21.2 y 3 LAI); (4) La conveniencia de aceptar o negar un posible “reenvío de retorno” que las normas de conflicto extranjeras puedan hacer en favor de la Ley española (art. 21 LAI).

69. Con arreglo a lo expuesto, puede afirmarse que no hay ningún “subjetivismo” en la determinación del país de la residencia habitual futura del adoptando. Lo que realmente recogen los arts. 18 y 21 LAI es un “proceso de ponderación de elementos” a través del cual el juez competente para la constitución de la adopción determina, en su caso, cuál es el país de la residencia habitual futura del adoptando, de modo razonado y motivado (= en ningún caso, mediante una elección judicial *ad libitum* o mediante una selección “subjetiva” o voluntarista de la Ley aplicable).

70. Por otra parte, no está de más recordar que numerosas normas de DIPr. determinan la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales a través de “procesos flexibles de ponderación de elementos”. En tales procesos, el tribunal debe alcanzar la certeza moral que le permitan individualizar el país más estrechamente vinculado con una determinada situación privada internacional. No se trata de aplicar una fórmula matemática que permita determinar, con algebraica precisión, el país cuya Ley debe regir un supuesto internacional. Casos complicados exigen soluciones sofisticadas, no enfoques simplistas. Tal modo de precisión de la Ley aplicable no implica ningún “subjetivismo”. Implica aceptar que la determinación de la “sede de la relación jurídica” debe hacerse con atención a las circunstancias del caso concreto y mediante un proceso razonado en el que no sólo “se cuentan”, sino en el que también “se pesan” los contactos del caso con distintos países. En relación con los arts. 18 y 21 LAI la voluntad

⁹⁵ Es el caso de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*, así como de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. p. 424, y es también el caso de R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), p. 14.

del legislador es lograr la aplicación de la Ley del país en cuya sociedad se integrará el adoptando (= Ley del país más vinculado con la situación concreta). Todos los sistemas actuales de DIPr. evolucionan en la dirección marcada por esquemas abiertos para la precisión de la Ley aplicable y abandonan, lenta pero inexorablemente, los puntos de conexión rígidos que pueden conducir a resultados inadecuados (= incremento de costes conflictuales, resoluciones claudicantes, etc.). Esta tendencia metodológica no tiene nada que ver con ningún “subjetivismo”. Llamar “subjetivismo” al espacio de libertad concedido al juez para la precisión de la Ley aplicable, espacio que cuenta con poderosos límites bien marcados, constituye una lamentable confusión de conceptos. Por otro lado, tras esta crítica lo que se esconde es un temor a los conceptos jurídicos indeterminados y a los conceptos flexibles como elementos o parámetros para fijar la Ley aplicable. Este temor comporta graves consecuencias, porque revela temor a operar y a convivir con la complejidad legal y social propias del DIPr. Debe, además, advertirse que es posible que más pronto que tarde, los autores que lanzan su clónicas críticas contra la Ley 54/2007 coloquen, en el ojo de sus críticas, innumerables preceptos del Código Civil, ya que en ellos se encuentran conceptos como “buena fe” (= *vid. ad ex. arts. 7.1, 18, 53, 61 CC, etc.*) o “arbitrio judicial” (= *vid. ad ex. art. 181, 184, 899 CC*), “diligencia de un buen padre de familia” (= *vid. ad ex. arts. 270 497, 1094 1104, 1719 CC*), “buenas costumbres” = *vid. ad ex. arts. 792, 1116, 1271 CC, etc.*), o el mismísimo “orden público internacional” (art. 12.3 CC e incontables Convenios internacionales en vigor para España). En efecto, visto que todos estos conceptos comportan una fuerte carga de “subjetivismo” (= según el incorrecto calificativo dado por estos autores a los conceptos jurídicos indeterminados o flexibles), resultará que “atentan contra la seguridad jurídica” (?). La gravedad de esta situación aconseja, naturalmente, y siguiendo el hilo argumental de estos autores, la eliminación de todos estos preceptos y su sustitución por conceptos perfectamente definidos y delimitados. De esta manera, en el caso del DIPr., podrá determinarse la Ley aplicable mediante un sistema de puntos de conexión rígidos, estáticos, fijos, inmutables, imperecederos y eternos. Un DIPr. “a la búlgara”. Sin fallos. Puede que sea injusto, pero, gracias a la eliminación de toda posible interpretación de las normas jurídicas, el sistema no tendrá fallos (?).

B) Distinción entre “aplicar” y “tomar en consideración” una Ley extranjera y para la aplicación distributiva de distintas Leyes a la constitución de una adopción.

71. Según ciertos autores, los jueces serán incapaces de aplicar determinados preceptos de la Ley 54/2007, debido a la complejidad de los mismos.

72. En primer término, se dice que los jueces no sabrán apreciar la sutil diferencia entre “aplicar” una Ley extranjera y “tomar en consideración” o “tener en cuenta” una Ley extranjera (= diferencia que recoge el art. 20 LAI)⁹⁶. Frente a ello, y para rebatir esta crítica, debe insistirse en que la diferencia terminológica no es un mero “juego de palabras”, sino que parece haber sido conscientemente buscada por el legislador (= *vid. Exposición de Motivos LAI*, que explica las razones de ello, y cuya lectura es aconsejable). Las palabras que las Leyes emplean son importantes (= reflejan la “ideología del enfoque”). Cuando se emplean palabras distintas, normalmente se quieren comunicar mensajes diferentes. Debe subrayarse que el mismo TS sí ha sabido captar esta diferencia entre “aplicar” una Ley y “tener en cuenta” una Ley extranjera en sus famosas sentencias relativas al reenvío en materia sucesoria (STS 15 noviembre 1996, STS 21 mayo 1999, STS 22 septiembre 2003), que tanto disgustan a los detractores del reenvío. En diversas ocasiones, el TS supo interpretar la expresión “tener en cuenta” que consta en el art. 12.2 CC como expresión sinónima de “tomar en consideración” y evaluar la conveniencia de la aplicación de una Ley extranjera reclamada por la norma de conflicto española. Esta desconfianza que los autores responsables de estas críticas contra la Ley 54/2007 muestran contra los jueces, revela una oscura preferencia por el positivismo legalista más retrógrado que concede a los jueces un “protagonismo cero” en la aplicación del DIPr. Se trata de un enfoque contrario a la realidad de la práctica de los tribunales (= el positivismo legalista es un mito: no existe). Un enfoque reaccionario, afortunadamente

⁹⁶ Así lo indica S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 53. También, en idéntico sentido, P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008;, p. 6

ignorado por los tribunales que aplican cada día el DIPr. español. Por tanto, el temor a que los jueces españoles no puedan captar las sutilezas del art. 20 LAI, resulta plenamente infundado y es producto, exclusivamente, de condicionantes ideológicos y de prejuicios cognitivos.

73. En segundo término, también se dice que los jueces bien pueden no saber apreciar el significado de una aplicación distributiva de Leyes (= que se recoge en el art. 19 LAI). En relación con esta cuestión, cabe recordar que, al establecer la regulación de la Ley aplicable a la adopción, el legislador dio entrada a las tesis de la aplicación distributiva de Leyes estatales, sostenidas con singular acierto, por P. RODRÍGUEZ MATEOS⁹⁷, frente a otras posturas más radicales que apostaban por una aplicación cumulativa de Leyes estatales. De manera paralela a ello, el legislador acogió la diferencia entre “aplicar” y “tener en cuenta” o “tomar en consideración”, que habían sido ya defendidas por el profesor J.D. GONZÁLEZ CAMPOS⁹⁸. En tal sentido, la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, se regirán por la ley nacional del adoptando y no por la ley sustantiva española, en estos casos: 1º) Si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción; 2º) Si el adoptando no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española, aunque resida en España. Debe recordarse que la aplicación de Leyes extranjeras por el juez español *ex art. 19 LAI* sólo procede si ello potencia la validez extraterritorial de la adopción. Y, naturalmente, la “aplicación” o “toma en consideración” de las Leyes de los países que prohíben o no contemplan la adopción, en nada ayuda y en nada potencia la validez extraterritorial de la adopción constituida en España. En relación con la cuestión de la adopción de menores cuya Ley nacional desconoce o prohíbe la adopción, pero permite la *kafala* musulmana, otros países siguen un criterio radicalmente opuesto, ya que no permiten constituir la adopción (art. 370-2 *Code civil* Francia; Sent. Cass Francia 25 febrero 2009 [*kafala* de niño argelino]). Sin embargo, no es ése el caso de España, pues el art. 19.2 LAI, *a contrario*, admite la posibilidad de adoptar en España al menor cuya residencia habitual se concreta en España aunque su Ley nacional no contemple o prohíba la adopción, como se verá más adelante.

C) Dificultad de precisión de la Ley aplicable a la nulidad de la adopción.

74. Se dice por ciertos autores, que la redacción del art. 22 LAI (= Ley aplicable a la conversión, nulidad y revisión de la adopción), no distingue situaciones y que, por lo tanto, la Ley aplicable a la nulidad de la adopción es, en todo caso, la que determinan los arts. 18 a 21 LAI⁹⁹.

75. Esta crítica resulta especialmente fácil de rebatir. Por dos motivos. En primer lugar, la nulidad de un acto jurídico constituye el reverso de su validez. En otras palabras, un acto es válido o es nulo con arreglo a la misma Ley. En efecto, atentaría contra la seguridad jurídica más elemental que un acto jurídico fuera válido con arreglo a una Ley estatal X pero pudiera declararse nulo con arreglo a otra Ley estatal Y (= que podría contener un diferente régimen jurídico de dicho acto). Se trata de una afirmación “lógica”. La nulidad de la adopción consiste en declarar que una adopción constituida en el pasado no reunía, en dicho momento, los requisitos sustanciales necesarios para ser constituida (= para “existir como adopción” o producir su “efecto constitutivo”). El legislador, arranca, como no puede ser de otro modo, de dicho presupuesto básico (= “presupuesto implícito” para la correcta intelección del art. 22 LAI). Dicho presupuesto constituye una “premisa general” de toda interpretación jurídica, razón por la que debe proyectarse también en relación con el art. 22 LAI. Este precepto parece haber tomado como modelo el art. 71 § 2 Ley belga DIPriv. 2004, en el que está claramente inspirado, y que se pronuncia en este senti-

⁹⁷ P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Adopción internacional”, *EJB*, 1995, pp. 353-354; Id., “Art. 9.5 CC”, *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., 1995, pp. 242-259.

⁹⁸ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Filiación y alimentos”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., 1995, pp. 366-375.

⁹⁹ En tal sentido, S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 53-56. De modo idéntico, R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), pp. 16-17.

do¹⁰⁰. Se trata, además, de una solución ya seguida por el legislador español en relación con la validez / nulidad del matrimonio (= *vid.* art. 107.1 CC¹⁰¹). Por otro lado, no existen motivos específicos que inviten a apartarse de tan sensata regulación ahora en relación con la adopción internacional. Interpretar en otro sentido el art. 22 LAI, como han hecho ciertos autores, significa complicar la solución más sencilla mediante ardidés artificiales y con evidente intención de alcanzar un resultado absurdo. En segundo lugar, debe también recordarse que la redacción del art. 22 LAI está enfocada, primordialmente, a la declaración de nulidad en los casos en los que la adopción haya sido constituida por autoridad española (= de ahí la llamada a escena de los “*criterios anteriores*” contenidos en los arts. 18-21 LAI, preceptos que nunca pudo haber aplicado una autoridad extranjera si la adopción hubiera sido constituida por dicha autoridad). En consecuencia, el mandato recogido en el art. 22 LAI no impide al operador jurídico sostener que la nulidad de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras puede regirse por una Ley distinta a la que se refiere el art. 22 LAI (= pues tales adopciones exceden del “círculo de preocupaciones” de dicho precepto). Por lo tanto, y en aplicación del principio según el cual “validez y nulidad del acto jurídico” se deben regir por el mismo “conjunto normativo”, deben diferenciarse dos supuestos.

76. a) Primer supuesto: adopción constituida por autoridad judicial española. En este caso, las circunstancias empleadas como puntos de conexión por los arts. 18-21 LAI (= residencia habitual del adoptando y, en su caso, nacionalidad y residencia habitual del adoptado y de otros sujetos), deben valorarse en el “momento de la constitución de la adopción”. En efecto, de ese modo, encuentra aplicación a la nulidad de la adopción la Ley efectivamente aplicada a la constitución de la adopción por el juez español o, mejor dicho, la Ley que debió aplicar el juez español para que la adopción fuera válidamente constituida. Naturalmente, la Ley que rige la creación o constitución de una relación jurídica es la que debe regir su nulidad, pues ello significa que lo que debió nacer como ajustado a la Ley, no nació de tal modo. Así, se aplicará a la nulidad de la adopción, la Ley material que se aplicó a su presunta constitución. Varias consideraciones son necesarias: 1º) La Ley aplicada a la adopción y que rige su nulidad puede ser la Ley sustantiva española si el adoptando tenía su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción o había ya sido o iba a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España (art. 18 LAI); 2º) La Ley aplicada a la adopción y que rige su nulidad puede ser “doble” si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción o si el adoptando no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española, aunque resida en España (art. 19 LAI). En dicho caso, la Ley aplicada a la adopción y que regirá también su nulidad, será, por una parte, la Ley nacional del adoptando en lo que se refiere a la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, y por otra parte, será la Ley sustantiva española en relación con el resto de las cuestiones, circunstancias y requisitos necesarios para la constitución de la adopción. Un ejemplo puede ayudar a comprender este supuesto. Se insta ante juez español la extinción de una adopción constituida en España en 2009 por adoptantes ucranianos en relación con adoptando menor también ucraniano. En el momento de constitución de la adopción, los adoptantes tenían su residencia habitual en Getafe y el adoptando en Kiev, y dicho adoptando iba a ser trasladado a España para fijar en Getafe su residencia habitual. El juez español aplicó la Ley sustantiva española a la constitución de la adopción (*ex* art. 18.1.b LAI), si bien aplicó también la Ley ucraniana a la capacidad del adoptando y a los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción (*ex* art. 19.1.a LAI), ya que el adoptando tenía su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción (= residencia habitual en Ucrania). En 2010 se insta la nulidad de dicha adopción por parte de la madre biológica del adoptando, que afirma que no le fue requerido su consentimiento con arreglo a las normas legales ucranianas. Pues bien, la nulidad de esta adopción, solicitada por dicho motivo, debe quedar sujeta a la Ley sustantiva ucraniana, que es la Ley que se aplicó por el juez español a los consentimientos necesarios para la constitución de la adopción en 2009

¹⁰⁰ Art. 71. § 2 Ley belga de Derecho internacional privado de 16 julio 2004: “*La révocation d’une adoption est régie par le droit applicable en vertu des articles 67 à 69. Toutefois, les facteurs de rattachement sont appréciés en fonction de leur concrétisation au moment de l’établissement de l’adoption*”.

¹⁰¹ Art. 107.1 CC: “*La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración*”. *Vid.*, al respecto, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 183-186.

según el art. 19 LAI. No debe sorprender que la nulidad de la adopción deba, en su caso, “fragmentarse” y regirse por Leyes estatales distintas según cuál sea la causa de la nulidad. Este sistema se sigue también, por ejemplo, en relación con la nulidad del matrimonio. En efecto, en DIPr. español, no existe una única Ley que regule la “validez del matrimonio” (*Lex Matrimonii*), y de igual modo, puede suceder que no exista una única Ley que regule la constitución de la adopción (*vid.* arts. 18-19 LAI). Así, en relación con la nulidad del matrimonio, la referencia que realiza el art. 107.1 CC debe entenderse hecha a “las Leyes” que regulan la “celebración del matrimonio” (B. CAMPUZANO DÍAZ, M^a.P. DIAGO DIAGO)¹⁰². De este modo, la autoridad judicial que debe decidir acerca de la nulidad o validez del matrimonio, aplicará el art. 9.1 CC para determinar la Ley aplicable a la capacidad matrimonial, los arts. 49 y 50 CC para precisar la Ley aplicable a la forma de celebración del matrimonio, y de nuevo el art. 9.1 CC para fijar la Ley reguladora del consentimiento matrimonial. Un sistema similar “fragmentado” ha sido el acogido por el legislador en relación con la nulidad de la adopción (= *vid.* arts. 18-21 LAI, aplicados por remisión del art. 22 LAI); 3º) La Ley sustantiva aplicada a la adopción y que rige su validez y nulidad puede ser también la Ley sustantiva extranjera designada por el art. 21 LAI, a menos que opere el reenvío de retorno (art. 12.2 CC), caso en el que la nulidad de la adopción se regirá por la Ley española, que también fue la Ley aplicada a la constitución de la adopción; 4º) Las Leyes designadas por los arts. 20 y 21, párrafos 2 y 3, LAI, son Leyes cuya aplicación o toma en consideración sólo tiene el propósito de potenciar la validez internacional de la adopción. Estas normas de conflicto no presentan “propósito localizador”, por lo que las Leyes a las que remiten no “rigen” en exclusiva ni la totalidad ni tampoco cuestiones concretas de la adopción. En consecuencia, las Leyes a las que conducen los arts. 20 y 21.2 y 3 LAI no son aplicables a la nulidad de la adopción, pues no se trata de Leyes que “rigen” la adopción. Las dudas suscitadas en la doctrina al respecto arrancan del error de no distinguir entre Leyes aplicables “con propósito localizador” y Leyes tomadas en consideración “con propósito no localizador” (= esto es, como “refuerzo de la validez extraterritorial de la adopción”)¹⁰³.

77. b) Segundo supuesto: adopción constituida por autoridad extranjera. En este caso, dos precisiones son importantes. (1) Para proceder a la declaración de nulidad de la adopción constituida en el extranjero, la resolución extranjera de adopción debe haber sido “reconocida en España”. No se puede anular una adopción que “no existe” en España (= que no surte “efectos constitutivos” en España); (2) Debe procederse a un prudente desarrollo judicial contenido de los arts. 18-21 LAI. En efecto, este desarrollo judicial es necesario, pues el juez o autoridad pública extranjera que constituyó la adopción no habrá aplicado, lógicamente, la Ley designada por los arts. 18-21 LAI (= principio de exclusividad del DIPr., art. 12.6 CC)¹⁰⁴. Por tanto, visto que la teleología inmanente del art. 22 LAI es, en relación con la nulidad de la adopción, y como no puede ser de otra manera, la aplicación de la “Ley aplicada” en su momento a la adopción (= validez y nulidad del acto jurídico deben regirse por la misma Ley reguladora), debe afirmarse que, en el caso de adopción constituida por juez o autoridad extranjera, un juez español debe aplicar a su posible declaración de nulidad, la Ley que fue aplicada por la autoridad pública extranjera en virtud de sus normas de conflicto sobre adopción internacional (= o, en su caso, la Ley estatal que debió aplicar la autoridad extranjera con arreglo a su sistema de normas de conflicto). Esta solución refuerza la certeza legal de la adopción internacional, cuya validez será valorada con arreglo a una sola Ley, la Ley que debió aplicarse a la constitución de la misma por la autoridad, española o extranjera, que constituyó la adopción. Un argumento sistemático

¹⁰² B. CAMPUZANO DÍAZ, “Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 Cc.”, en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 177-193; ID., “Del fenómeno de la migración y cómo esto incide en la vitalidad del Derecho internacional privado”, en J.L. COLLANTES GONZÁLEZ / F. SERRANO MIGALLÓN, *El Derecho español y europeo, Derecho civil a 200 años del Código de Napoleón*, Ed. Porrúa - UNAM, México, 2005, pp. 619-639; M^a.P. DIAGO DIAGO, “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 271-294.

¹⁰³ Es el caso, *ad ex.*, de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*. Sobre la cuestión, *vid.*, también, E. ALONSO CRESPO, “Ley de adopción internacional: formas de dejar sin efecto -o variar- una adopción de este tipo (nulidad, modificación o revisión, conversión), y sus consecuencias en la adopción nacional”, *Diario La Ley*, núm. 6925, 15 abril 2008, versión *on line*.

¹⁰⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 7-8.

apoya, igualmente, esta interpretación, ya que encaja con precisión de relojero suizo, con el art. 26.1.2º LAI, precepto que indica que una adopción constituida en el extranjero surtirá efectos en España como adopción, sólo si se acredita “*Que [la adopción] se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción*”. Ejemplo: si una adopción constituida en Francia por autoridad local con arreglo a la Ley sustantiva francesa debió haber sido constituida, según las normas de conflicto francesas, con arreglo a la Ley española por ser ésa la Ley nacional de los adoptantes, el juez español deberá aplicar la Ley sustantiva española para valorar la validez o nulidad de la adopción. A pesar de lo afirmado por algún autor¹⁰⁵, no se produce ninguna “paradoja”, sino que se observa una elegante y equilibrada solución jurídica de la cuestión por parte del legislador.

D) La Ley aplicable, por parte de las autoridades españolas, a las condiciones jurídicas de las adopciones que se van a constituir en el extranjero.

78. Ciertos autores han indicado en el caso de adopciones que se inician ante autoridades españolas (= no judiciales, sino administrativas), pero relativas a menores que se hallan en otros países y que, probablemente se trate de adopciones que se constituyan en el extranjero, la Ley 54/2007 no contiene ninguna norma que señale cuál es la Ley aplicable a las “condiciones jurídicas” de los adoptantes. Esta laguna legal ha sido calificada, por dichos autores, como un defecto de la Ley 54/2007¹⁰⁶.

79. Esta crítica resulta particularmente fácil de rebatir. La Ley 54/2007 no contiene regulación alguna sobre la cuestión porque, en estos casos, las autoridades españolas competentes (= autoridades “administrativas” y no “judiciales”, a pesar de que este dato es obviado por los críticos), deben realizar una serie de controles administrativos para acreditar que el entorno familiar de destino del menor es el adecuado (= deben corroborar que los futuros padres adoptivos son “adecuados y aptos para adoptar”), pero tales controles se realizan desde el punto de vista psicológico, social, médico, personal, sociológico y ético, y desde la doble perspectiva del Estado de origen. Se trata de acreditar la “adecuación psico-social de los solicitantes para ser padres adoptivos”. Por lo tanto, en general, dichas autoridades administrativas competentes no pueden practicar, porque no es su función, un control “legal” exhaustivo sobre la futura adopción internacional (= pues la capacidad jurídica debe ser acreditada por el juez competente mediante la aplicación de la Ley reguladora de la adopción cuando ésta se constituya)¹⁰⁷. Es decir, tales autoridades no valoran, en ningún momento, la “legalidad” de la futura adopción. El control legal de la adopción escapa a sus funciones. Con otras palabras, puede afirmarse que dichas autoridades realizan un control de carácter psicológico, médico, personal, sociológico y ético, y no realizan ningún control “legal” de la adopción. Las autoridades (administrativas) del Estado de recepción (= normalmente, España) deben limitarse a realizar una “consideración general” sobre la capacidad de los adoptantes (= una mera aproximación sobre el sí/no de la capacidad legal de los adoptantes, un mero “juicio básico” sobre dicha capacidad). Dicho “juicio básico sobre la capacidad” tiene como objetivo descartar los supuestos más evidentes de incapacidad para evitar seguir adelante con un expediente relativo a una adopción que resultaría legalmente inviable. Así, por ejemplo, las autoridades administrativas españolas podrían descartar la emisión del informe favorable sobre los adoptantes en los supuestos en los que el solicitante sea una persona incapacitada judicial o legalmente, o una persona jurídica, y también se evitaría, por ejemplo, que se emitiera un informe favorable a la adopción de un sujeto que es evidentemente mayor de edad. De ese modo, la autoridad que ejerce funciones administrativas ya sea en aplicación o no, del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993, no suplanta en sus funciones a la autoridad que debe proceder a la constitución de la adopción (=

¹⁰⁵ Es el caso de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*.

¹⁰⁶ Así lo subraya S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 58-59.

¹⁰⁷ En este sentido, muy correctamente, E. GÓMEZ CAMPELO, *La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate*, Ed. Reus, Zaragoza, 2009, p.49: “*se pretende asegurar una capacidad genérica, global, casi social-no jurídica...*”.

que es la que realmente ostenta la función legal de “constituir la adopción”: en España, los jueces y tribunales, no las autoridades administrativas competentes para la aplicación, en España del referido Convenio de La Haya de 1993). Debe recordarse que estas autoridades administrativas no son competentes para “constituir la adopción”. En consecuencia, deben limitarse a una mera “apreciación general” de la capacidad de adoptantes y adoptando, ya que tales normas están diseñadas para ser “aplicadas” por las autoridades que, realmente, son las únicas competentes para constituir la adopción. Dicha apreciación general está regulada por el Derecho Administrativo español (art. 8 CC)¹⁰⁸.

80. Esta tesis puede sostenerse tanto en los casos en los que es aplicable el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional], como en los casos en los que no resultare aplicable. Ello explicaría, además, el hecho, aparentemente extraño, de que el citado Convenio no precise qué Ley estatal debe aplicar las autoridades competentes en virtud de los arts. 4, 5, 15 y 16 de dicho Convenio para acreditar los extremos que aconsejan entregar en adopción a un concreto niño a unos padres adoptivos específicos. En efecto, el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] no concreta esta cuestión porque los extremos que deben acreditar tales autoridades de los Estados de origen y de recepción constituyen meras “cuestiones de hecho” (= por ejemplo, la situación social de la familia receptora, el perfil psicológico del niño, la situación económica de los adoptantes, sus cualidades sociales, psicológicas, éticas y morales, y otras cuestiones de este tipo). Por lo tanto, tales extremos se acreditan mediante meros “exámenes fácticos” de la situación que no requieren la aplicación de ninguna Ley estatal concreta. Además, resulta extraordinariamente llamativo que un Convenio elaborado por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado guarde silencio en relación con dicho extremo. Estaríamos en presencia de una presunta laguna legal “de Derecho internacional privado” en un Convenio elaborado por una Organización especializada “en el Derecho internacional privado”. Pues bien, no hay ninguna laguna legal y no la hay porque, en general, las autoridades de los Estados partes no necesitan aplicar ninguna Ley estatal para cumplir con las funciones de carácter no jurídico que les asigna el Convenio. En todo caso, las apreciaciones de tipos psico-social que realizan las autoridades administrativas españolas, se ajustarán a los *standards* jurídicos españoles (= las autoridades administrativas españolas intervienen, en todo caso, con arreglo a los criterios jurídicos y fácticos “españoles”)¹⁰⁹.

81. Esta tesis permite afirmar, igualmente, que, visto que el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] no regula ni la competencia judicial internacional ni la Ley aplicable a la adopción internacional, en el caso de que las autoridades competentes en virtud de Convenio deban acreditar la “capacidad jurídica básica” de los adoptantes y del adoptado, tales autoridades no deben aplicar ninguna concreta norma de competencia judicial internacional y ninguna concreta norma de conflicto. La precisión de la norma de DIPr. aplicable, en efecto, no es necesaria. Ello permite explicar de manera adecuada el silencio que mantiene el Informe Explicativo del Convenio en relación a las normas de conflicto que deberían, teóricamente, resultar aplicables a estos extremos. En efecto: la acreditación de la capacidad jurídica de adoptantes y adoptando que realizan las autoridades competentes según el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] no es más que una “aproximación básica” que, en modo alguno, vincula a la autoridad competente para constituir la adopción internacional. La autoridad que constituye la adopción internacional decidirá de modo independiente y con plena libertad, sobre la capacidad jurídica de tales sujetos. De hecho, puede suceder que, superada la fase administrativa recogida en el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] (= un conjunto de controles regulados por normas de Derecho Administrativo, no de DIPr.)¹¹⁰, la autoridad (= normalmente, una autoridad judicial) competente para la constitución de la adopción, decida no proceder a la misma por

¹⁰⁸ N. BOUZA VIDAL, “La nueva ley 21/1987 de 11 de noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado”, *RGLJ*, 1987, núm.6, pp. 897-931, esp. pp. 914-918.

¹⁰⁹ Como ha apuntado muy correctamente N. BOUZA VIDAL, “La nueva ley 21/1987 de 11 de noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado”, *RGLJ*, 1987, núm.6, pp. 897-931, esp. p. 916.

¹¹⁰ Con acierto, S. ADROHER BIOSCA, “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los santos inocentes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 21.

falta de capacidad de los adoptantes o adoptando, o por cualquier otra causa recogida legalmente. Por otra parte, la adopción puede constituirse en el país de recepción del niño, con lo que puede suceder que la Ley reguladora de la capacidad de éste para ser adoptado se rija, en dicho país, por una norma de conflicto distinta y por una Ley material distinta a la que aplicará la autoridad que realmente, constituye la adopción en el Estado de recepción del niño. Y viceversa: la adopción puede constituirse en el Estado de origen del menor, con lo que la Ley reguladora de la adopción será la fijada por la norma de conflicto de dicho Estado, que bien puede ser diferente de la norma de conflicto y de la Ley material que aplicó la autoridad del Estado de recepción del niño a la hora de valorar la capacidad legal de los adoptantes. Por ello, puede afirmarse que las referencias de los arts. 4, 5, 15 y 16 del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] a la capacidad jurídica para adoptar de los adoptantes y a la adoptabilidad del niño, no son más que “aproximaciones generales” cuyo sentido es permitir que la autoridad que aplica dicho Convenio acredite que, en general, los padres adoptivos y el menor, no parecen incurrir en incapacidades legales para la adopción (= aproximación básica sobre la capacidad legal para adoptar y ser adoptado), sin que sea preciso que la autoridad que aplica el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] realice un control legal estricto, con arreglo a la Ley designada por sus normas de conflicto, de la capacidad legal de niño y potenciales padres adoptivos. Finalmente, cabe recordar que las autoridades competentes en virtud de los arts. 4, 5 15 y 16 del tantas veces citado Convenio de La Haya suelen ser autoridades administrativas, carentes de la formación jurídica y de las funciones legales propias de los jueces y tribunales. Este dato aconseja limitar su intervención a la acreditación de la conveniencia psico-social de la adopción sin permitir que se pronuncien sobre la legalidad de constitución de la adopción.

82. En conclusión, puede afirmarse que la Ley 54/2007 no presenta ninguna laguna en relación con esta cuestión (= se trata, más bien de una “cuestión fáctica”). En cuanto al ejemplo ofrecido por algún autor en relación con estos casos y en aplicación del art. 17.c del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional]¹¹¹, cabe señalar que no está correctamente planteado. Dicho autor se preguntaba en torno a “*cuál es la ley que determina la diferencia de edad que ha de existir entre adoptante y adoptado para estos supuestos*” en los que las autoridades centrales (= normalmente, autoridades administrativas y no judiciales) que aplican el referido Convenio internacional, deben alcanzar un consenso sobre la cuestión de si debe proseguir el procedimiento de adopción. La respuesta es sencilla: ninguna Ley. La pregunta de dicho autor está incorrectamente formulada. En efecto, es oportuno recordar de nuevo, como antes se ha dicho, que resulta muy llamativo que un Convenio elaborado por la Organización internacional más especializada del mundo en Derecho internacional privado no precise la Ley aplicable a una cuestión internacional como es la “diferencia de edad” entre adoptante y adoptado (= cuestión de Derecho internacional privado no regulada por un Convenio de Derecho internacional privado elaborado por una Organización especializada en Derecho internacional privado). Ello es así porque las autoridades encargadas de la implementación de este Convenio no deben aplicar ninguna Ley estatal a esta cuestión (= ni la Ley que regula la adopción, ni la Ley que rige la capacidad de obrar “en general” según las normas de conflicto del Estado de origen o del Estado de recepción). Las autoridades administrativas deben limitarse a proyectar, sobre esta cuestión, criterios puramente fácticos, de modo que, según el parecer de tales autoridades administrativas, se trate de una diferencia de edad “suficiente” o “aceptable” y no necesariamente, de la diferencia de edad necesaria para adoptar según la Ley del país de origen o la Ley del país de recepción. Esa cuestión estrictamente jurídica ya la determinará la autoridad que la tiene que determinar que es, en el caso de España, la autoridad judicial competente para constituir la adopción, y en el caso de que la adopción se formalice en país extranjero, la autoridad competente, en tal país, al efecto.

E) La aplicación de la Ley nacional del adoptando a la capacidad del adoptando y consentimientos necesarios para la adopción.

83. Algún autor ha señalado que la previsión recogida en el art. 19.3 LAI y a tenor de la cual,

¹¹¹ Que puede verse en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 59 y nota [51].

“[n]o procederá la aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo cuando se trate de adoptandos apátridas o con nacionalidad indeterminada” constituye una “aclaración totalmente innecesaria” (sic), pues en tal caso, “habrá que considerar como Ley personal la de su residencia habitual” (sic)¹¹².

84. La crítica se comenta por sí sola. El propósito del legislador en el art. 19 LAI ha sido someter “la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción” a la “Ley nacional” del adoptando, no a la “Ley personal” del mismo. Por ello, la referencia contenida en el art. 19.3 LAI sirve para evitar que, en caso de adoptandos apátridas o con nacionalidad indeterminada, se aplique una Ley extranjera¹¹³. El legislador indica que, en el caso de adoptandos apátridas, no debe aplicarse su “Ley personal”, sino su “Ley nacional”. Como es evidente, la “Ley personal” no es, necesariamente, la “Ley nacional”. Un estudio sereno del art. 9 CC así lo revela¹¹⁴.

85. Existen poderosas razones que explican el contenido del art. 19.3 LAI: (a) Como es obvio, es imposible aplicar la Ley nacional de un adoptando que carece de nacionalidad; (b) Estos menores, precisamente por su apatridia, suelen encontrarse escasamente integrados en un concreto Estado (= son menores “socialmente desubicados” que incluso pueden también carecer de residencia habitual en un Estado concreto). Esta circunstancia hace que carezca de sentido también aplicar la Ley del país de la residencia habitual o de la mera “situación física” o “estancia” del adoptando (= el recurso a la “Ley personal” del sujeto resultaría inconveniente). En efecto, pierde también interés la validez de la adopción constituida en España en países con los que el adoptando no presenta una conexión relevante. Por tanto, en los supuestos de adoptandos apátridas o con nacionalidad indeterminada la adopción se constituirá con arreglo, exclusivamente, a la Ley material española si los adoptandos tienen su residencia habitual presente o futura en España (art. 18 LAI).

F) Exigencia de proximidad del supuesto con España para la intervención del orden público internacional.

86. Ciertos autores han indicado que el art. 23 LAI contiene una solución equivocada ya que, para permitir la intervención del orden público internacional contra la aplicación de una Ley extranjera, el precepto exige tener en cuenta “los vínculos sustanciales del supuesto con España”. Se dice que tal enfoque es erróneo, ya que, según ciertos autores, están en juego “derechos absolutos” (= que deben respetarse sean cuales fueren los vínculos del supuesto con España) y también porque se aprecia una profunda “dificultad de determinar la existencia de esos vínculos”¹¹⁵.

87. La crítica es insustancial, pues carece de argumento alguno que la sostenga. El art. 23 LAI indica que, para que intervenga el orden público internacional español y se descarte la aplicación en España de la

¹¹² P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008; p. 6. La misma errónea observación se contiene, con ciertos matices, en R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), p. 12 y nota [27], que califican de previsión “innecesaria” la regla recogida en el art. 19.3 LAI, a tenor de la cual, “[n]o procederá la aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo cuando se trate de adoptandos apátridas o con nacionalidad indeterminada”.

¹¹³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRECTORES), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Ed. Comares, 2009, pp.

A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 217-273, esp. pp. 229-236.

¹¹⁴ Es el caso de P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008; p. 6.

¹¹⁵ P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008, p. 8. En igual sentido, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, es. p. 425: “el interés del menor se conecta con derechos fundamentales difícilmente graduables por razones de conexión territorial”.

Ley extranjera designada por la norma de conflicto española en materia de adopción, el supuesto fáctico debe presentar una “mínima conexión” (= *Inlandsbeziehung* o *Binnenbeziehung*), con España (= país cuya sociedad resulta amenazada y cuyo orden jurídico resulta perturbado)¹¹⁶. Esta tesis del orden público internacional “de proximidad” español logra disminuir el radio de acción del orden público internacional (= y confirma su carácter de “excepción”). En efecto, el orden público internacional sólo debe operar en relación a casos “cercaños” al país cuyos tribunales conocen del asunto. La justificación es clara: la aplicación de la Ley extranjera a casos que resultan “lejanos” al país cuyos tribunales conocen del asunto, no puede dañar el orden público internacional “de tal país”, porque no afecta a “su” sociedad. La Resolución del *Institut De Droit International* de 25 agosto 2005 (sesión de Cracovia), cuyo título es “*Cultural differences and ordre public in family private international law*” (Rapporteur: Prof. P. LAGARDE), y cuya lectura resulta altamente aconsejable, ha proporcionado un impulso muy significativo a esta tesis. Así, por ejemplo, la citada resolución indica, en materia de filiación, que “*Les Etats pourront opposer l’ordre public aux lois étrangères prohibant l’établissement de la filiation hors mariage, en tout cas lorsque l’enfant se rattache par sa nationalité ou sa résidence habituelle à l’Etat du for ou à un Etat permettant l’établissement de cette filiation*”. Por tanto, si la norma de conflicto española (*ad ex.*, el art. 9.4 CC) conduce a la Ley egipcia y dicha Ley impide el establecimiento de la filiación de un sujeto egipcio con residencia habitual en Egipto, carece de sentido oponer el orden público internacional “español” contra la aplicación de la Ley egipcia. Idénticas consideraciones pueden realizarse, *mutatis mutandis*, en el campo de la adopción internacional. Por todo ello, cabe indicar que es “*muy adecuada la redacción que se da a la cláusula de orden público internacional*”, como ha sido subrayado por doctrina autorizada (S. ADROHER BIOSCA)¹¹⁷.

88. La precisión de la necesaria “vinculación” que el caso debe presentar con el país cuyas autoridades conocen del asunto es una cuestión que no puede fijarse previamente por el legislador. Es necesario, por lo tanto, conceder a los tribunales una autorización para precisar, *in casu*, cuándo y en qué circunstancias, un supuesto presenta “vínculos sustanciales” con España. Afirmar que dicha precisión comporta “dificultad” es como lamentarse del escollo que supone para los tribunales precisar, cuando procede, qué se entiende por “diligencia de un buen padre de familia”, o “buena fe” o “buenas costumbres”, o por “país más vinculado con la situación privada internacional”. Es decir, se trata de un lamento que esconde un prejuicio cognitivo del entero sistema de DIPr.

4. Cuestiones relativas a la validez en España de adopciones constituidas en el extranjero.

A) Exigencia del certificado de idoneidad, exclusivamente, para los adoptantes españoles.

89. Se ha criticado por ciertos expertos legales que el art. 26.3 LAI exija que la Entidad Pública española competente deba “*declarar la idoneidad del adoptante previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero*” pero solamente “[*c*]uando el adoptante sea español y residente en España”. Se ha señalado que hubiera sido conveniente que la exigencia de dicho “certificado de idoneidad” se hubiera extendido, por dicho precepto, también a los extranjeros residentes en España o a todos los adoptantes, “*con independencia de la nacionalidad o residencia*”¹¹⁸.

90. La crítica presenta una estructura miope (= por olvido de alternativas: es la falacia del “falso dilema” o “falacia booleana”) y resulta sencillo mostrar que la intención del legislador es sólida y la regula-

¹¹⁶ B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, París, 4ª ed., 2006, p. 262; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *BIMJ*, 2008, núm. 2065, pp. 2351-2378.

¹¹⁷ S. ADROHER BIOSCA, “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los santos inocentes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 45.

¹¹⁸ En este sentido, S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 60-61. Mismas observaciones pueden encontrarse en P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008, p. 10. Idénticas aseveraciones se hallan en R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), pp. 27-28.

ción contenida en el art. 26.3 LAI, más que razonable y con encaje sistemático con las normas registrales.

91. En primer lugar, cabe recordar que el objetivo de este requisito es evitar que sujetos no declarados “idóneos” para ser adoptantes acudan a países que no controlan con rigor la idoneidad de los adoptantes e insten en tales países una adopción que, posteriormente, intentan “introducir” en España. La exigencia de este certificado de idoneidad responde, por lo tanto, al “interés del menor”, pues dicho certificado asegura que los adoptantes presentan las circunstancias apropiadas para asumir la adopción de un concreto menor y ejercer la patria potestad (= el certificado de idoneidad debe acreditar los extremos exigidos por la Ley española: *vid.* art. 176.2 CC, art. 10 LAI, art. 1829 LEC 1881 y normas autonómicas correspondientes).

92. En segundo lugar, conviene no olvidar que extender esta exigencia a todos los adoptantes, con independencia de su nacionalidad y/o residencia habitual, resultaría ser una exigencia requerida de modo “imperialista”. Debe recordarse que el precepto exige el certificado de idoneidad “español”. Por ello, parece excesivo exigirles el certificado de idoneidad “español” a los sujetos extranjeros y/o que no residen en España. Así, en primer término, no se debe ignorar que las adopciones en las que los adoptantes y el adoptando no son españoles, no acceden al Registro Civil español. Extender la exigencia de este certificado de idoneidad a los sujetos extranjeros no residentes en España supondría exigir un certificado de idoneidad a todos los adoptantes del mundo. En segundo término, exigir este certificado a los españoles sin residencia en España, no parece razonable (= la adopción surtirá efectos, sustancialmente, en el país donde residen los adoptantes, que no es España). Finalmente, en tercer término, exigirlo a los extranjeros con residencia habitual en España podría resultar más razonable, pero ello colisiona con el hecho de que tales adopciones no serán inscritas en el Registro Civil español (art. 15 LRC), salvo que el adoptando sea español.

93. En tercer lugar, y para comprender bien el criterio de política legislativa que ha seguido el legislador español, conviene no olvidar que la Ley 54/2007 arranca, para la regulación de esta cuestión, de un “postulado escénico” que se aprecia en toda la Ley 54/2007: el legislador español no está solo en el planeta Tierra. Otros legisladores también elaboran normativas jurídicas sobre la adopción internacional y también controlan la “idoneidad” de los adoptantes que se trasladan a países extranjeros con la intención de adoptar. Visto que estas normas se aplican con arreglo a criterios unilaterales (= “unilateralismo introveso”: el legislador español señala qué adoptantes deben obtener el certificado de idoneidad “español” y cuáles no deben hacerlo, y así proceden todos los demás legisladores), es preciso tener en cuenta este dato (= múltiple regulación unilateral de la cuestión). La manera en la que el legislador español ha tenido presente este hecho se refleja en intentar no sobrecargar de “exigencias de idoneidad” a los adoptantes. Por ello, sólo aquéllos que estén clara e indudablemente vinculados con España, claramente integrados en la sociedad española, deben obtener el certificado de idoneidad “español”.

La precisión de cuáles son los sujetos claramente vinculados con España (= plenamente integrados en la sociedad española de tenerlo en cuenta) la realiza el legislador español a partir de dos criterios. Primer criterio: los sujetos a los que se exige el certificado de idoneidad español deben ser sujetos “españoles”. Ello garantiza que se tratará de adopciones que, necesariamente accederán al Registro Civil español. Se detecta aquí un razonamiento propio de “Derecho conflictual registral”: al Registro Civil español sólo acceden las adopciones en las que adoptantes o adoptando son españoles (= es el “ámbito de la Ley nacional” que todavía marca el sistema español de DIPr.: *vid.* art. 15 LRC). Los actos relativos al estado civil que tienen lugar en países extranjeros sólo acceden al Registro Civil español si afectan a ciudadanos “españoles”. No si afectan a ciudadanos extranjeros. Por ello, la exigencia recogida en el art. 26.3 LAI sintoniza sin problemas con el art. 15 LRC (= “encaje sistemático” entre el art. 26.3 LAI y el art. 15 LRC). Segundo criterio: además de ser españoles, los adoptantes deben residir en España. La mera nacionalidad del adoptante no garantiza un “estrecho vínculo real” de tales adoptantes con España que justifique la aplicación unilateral de las normas españolas que regulan el certificado de idoneidad. El legislador español restringe aquí, con sabia prudencia, la aplicación unilateral de sus normas y exige, para ello, el cumplimiento del binomio “nacionalidad española + residencia en España” (= con lo que puede estimarse que se elimina “el vértigo de la Ley nacional”). No se exige que la residencia sea “habitual” ni que tengan los adoptantes su “domicilio” en España.

El resto de los adoptantes se encuentran “menos vinculados con la sociedad española”, por lo que la Ley española que regula la expedición del “certificado de idoneidad” del adoptante, no resulta de aplicación. Proyectar la Ley española en relación con estos adoptantes que adoptan fuera de España podría resultar, efectivamente, “imperialista”. El texto del art. 26.3 LAI ya ha amplificado el radio de acción de esta exigencia respecto del art. 9.5 CC (= pues el certificado de idoneidad “español” se exige a los sujetos “realmente vinculados con España”, esto es, a adoptante “español” y “residente en España”, sin que sea necesario exigir su residencia “habitual” o su “domicilio” en España). Pero en el caso de adoptantes no españoles y no residentes en España, parece excesivo exigirles el certificado de idoneidad “español”. Por ello, el art. 26.3 LAI no lo requiere, porque arranca del presupuesto de que lo más habitual, es que se trate de adoptantes más vinculados con otros países, y que las normativas de tales países que regulan la expedición de los certificados de idoneidad les resulten aplicables a través de las “normas unilaterales” de dichos países. Exigir el certificado de idoneidad a estos sujetos podría comportar una “sobre-regulación de la adopción”, es decir, llevaría a requerir el “cumplimiento cumulativo de requisitos de idoneidad” a los mismos adoptantes (= los previstos en las Leyes españolas y los previstos en las Leyes extranjeras). Ello tendría como desenlace una complicación de la adopción y un endurecimiento legal, probablemente innecesario, de la misma, lo que en nada beneficiaría al interés del menor.

B) Severidad del control exigido a la adopción constituida en el extranjero.

94. Ciertos expertos jurídicos han subrayado que los criterios contemplados en el art. 26 LAI para otorgar el reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero debían haber sido similares a los que contiene el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional]. De ese modo, según estos autores, se habría facilitado el reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Estados extranjeros que no son partes en el citado Convenio de La Haya y “*se habría mantenido la coherencia del conjunto del sistema*”¹¹⁹. Por el contrario, el art. 26 LAI no ha seguido dicha línea de política legislativa (= el art. 26 LAI no ha copiado ni se ha inspirado en los controles que recoge el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional]). En consecuencia, ciertos autores critican: 1º) Que el art. 26 LAI acoge controles jurídicos mucho más exigentes que los que contiene el citado Convenio de La Haya de 29 mayo 1993, con lo que se dificulta el reconocimiento en España de adopciones constituidas en Estados no partes en el Convenio mencionado; 2º) Que tales controles no transparentan la “confianza” presente en dicho Convenio¹²⁰; 3º) Que “*hubiese sido conveniente que la norma de origen autónomo se hubiese inspirado en los principios que rigen el reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero en dicho instrumento [Convenio de La Haya de 9 mayo 1993]*”¹²¹; 4º) Que el art. 9 LAI no ha sido observado por el mismo legislador al redactar el art. 26 LAI (= ya que dicho precepto debería haber extendido los principios inspiradores de tal Convenio, también a los Estados no partes en el mismo, en sintonía con el citado art. 9 LAI)¹²²; 5º) También se afirma que el art. 4.1.c) LAI impide que prosiga el procedimiento de adopción en el extranjero en el caso de que “*en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la adopción en el mismo no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3*”, “*garantías*

¹¹⁹ R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), p. 4.

¹²⁰ S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 62.

¹²¹ R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), p. 4.

¹²² Art. 9 LAI: “*Comunicación entre autoridades competentes españolas y autoridades competentes de otros Estados. La comunicación entre las autoridades centrales españolas competentes y las autoridades competentes de otros Estados se coordinará de acuerdo con lo previsto en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 y ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995, si las autoridades extranjeras corresponden a Estados que forman parte del Convenio de la Haya o de otros tratados y convenios internacionales existentes en materia de adopción internacional.*

Con respecto al resto de los Estados, se procurará seguir el mismo procedimiento”.

adecuadas para la adopción”, con lo que, entonces, el régimen jurídico del reconocimiento en España de la adopción extranjera debería haber sido menos estricto y menos complejo que el que finalmente vio la luz en el art. 26 LAI, ya que si la adopción se constituye en un país extranjero, ello significa que dicho país ofrece garantías para una adopción adecuada¹²³.

95. Esta crítica aparece construida, como se verá a continuación, sobre diversos presupuestos erróneos. Por ello, su refutación no resulta especialmente complicada.

96. En primer lugar, los Estados partes en el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional], son Estados que han introducido en sus legislaciones una “fase previa” a la constitución de la adopción transnacional que se contempla en los arts. 4-22 de tal Convenio. De ese modo, la adopción constituida en un Estado parte en el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional], es una “adopción reforzada”, pues garantiza la “adecuación psico-social de los solicitantes para ser padres adoptivos” y la “adecuación psico-social del niño a adoptar”. La adopción constituida por autoridades de Estados no partes en dicho Convenio no garantiza tales “*standards* psico-sociales”. Por lo tanto es una adopción que presenta un perfil más débil desde el punto de vista de la protección del menor. De ese modo, la confianza hacia tal adopción extranjera por parte del legislador español debe ser, necesariamente, menor, y todo ello, en interés del adoptando. El régimen de reconocimiento de las adopciones recogido en el art. 26 LAI (= que se proyecta sobre adopciones formalizadas en Estados no partes en el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional], Estados que no pertenecen al “selecto club de Estados” que garantiza, *ex* Convenio de La Haya de 29 mayo 1993, un control administrativo previo que evita el tráfico de niños), debe ser, en consecuencia, más severo y rígido que el recogido en tal Convenio¹²⁴. No puede existir una “alta confianza” hacia las adopciones formalizadas en Estados que no han querido ajustarse a las reglas que aseguran la “adecuación psico-social de adoptantes y adoptandos” y que tratan de impedir el comercio de menores, reglas que sí han aceptado y asumido los Estados partes en el Convenio citado. Esta decisión de política legislativa seguida por el legislador de la Ley 54/2007 es obvia y acertada. En efecto, los criterios contenidos en el citado Convenio de La Haya de 1993 sólo deben resultar operativos en relación con Estados que se han comprometido a practicar una serie de controles previos exigentes relativos a la adopción internacional, pero no en relación con Estados que no se han comprometido a nada con España. En consecuencia, la eficacia en España de las resoluciones de adopción procedentes de estos “otros Estados” debe estar sujeta a requisitos más severos que los contenidos en el citado Convenio de La Haya de 1993. También los requisitos para lograr el reconocimiento en España de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil son más severos en el art. 954 LEC 1881 que en el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000, por la misma razón (= los Estados que se han comprometido a satisfacer una serie de *standards* legales a través de dicho Reglamento son los únicos cuyas resoluciones disponen de una circulación internacional privilegiada, frente las resoluciones procedentes de otros terceros Estados).

97. En segundo lugar, el art. 9 LAI, al que inoportunamente se alude por algún autor¹²⁵, no tiene nada que ver con la cuestión del reconocimiento y de la validez legal en España de las adopciones constituidas en Estados no partes en el citado Convenio de La Haya de 1993. En efecto, como se puede observar, dicho precepto sólo aborda la cuestión de la “*comunicación entre autoridades competentes españolas y autoridades competentes de otros Estados*” (= *vid.* su rúbrica, que delimita de modo muy claro, el radio de acción operativa del precepto, rúbrica que es aconsejable no perder de vista). El art. 9 LAI introduce dos

¹²³ En tal sentido, S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 62.

¹²⁴ Como muy bien subrayan R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), p. 5: “[I]a ausencia de esta normativa compulsoria explica que el Derecho autónomo deba establecer mecanismos en la fase de reconocimiento que permitan garantizar que tanto el adoptado como los adoptantes resultan idóneos y que la adopción se ha realizado con las debidas garantías”.

¹²⁵ Es el caso de S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 62.

ideas distintas. La primera idea es “meramente recordatoria”. El precepto advierte a los aplicadores de la Ley 54/2007 que “[l]a comunicación entre las autoridades centrales españolas competentes y las autoridades competentes de otros Estados se coordinará de acuerdo con lo previsto en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 y ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995, si las autoridades extranjeras corresponden a Estados que forman parte del Convenio de la Haya o de otros tratados y convenios internacionales existentes en materia de adopción internacional”. La segunda idea, contenida en el párrafo siguiente del art. 9 LAI, se limita a expresar el *desideratum* de que, en relación con las autoridades de Estados no partes en el Convenio de La Haya de 1993, se siga el mismo “procedimiento de comunicación entre autoridades”. Nada que ver, por tanto, con la cuestión del reconocimiento. Por otra parte, la extensión de los parámetros del tantas veces citado Convenio de La Haya de 1993 a la regulación de las comunicaciones entre autoridades competentes a los Estados no partes en tal instrumento legal, resulta razonable (= la adopción todavía no se ha formalizado y la cooperación entre autoridades puede coadyuvar al “buen fin jurídico” de la adopción). Como ha sido indicado de modo muy oportuno¹²⁶, la “fase española” de la cooperación administrativa con un Estado no parte en el Convenio de La Haya de 1993 o en cualquier otro Convenio internacional ratificado por España, puede ajustarse a lo recogido en el Convenio de La Haya de 1993. Ello, sin duda, potenciará el interés del adoptando. Por el contrario, la extensión, a la Ley 54/2007, de los principios del Convenio de La Haya de 1993 en materia de reconocimiento de adopciones comunicaciones entre autoridades competentes, es completamente desaconsejable: la adopción ya se ha constituido en el tercer país y nada garantiza que en ella se haya asegurado la “adecuación psico-social de adoptantes y adoptando”. No hay analogía posible entre ambas situaciones (= comunicación entre autoridades competentes en materia de adopción, por un lado, y validez extraterritorial de adopciones, por otro). En consecuencia, el legislador español, con una adecuada *prudentia juris* y con un buen saber hacer jurídico, “aconseja” extender los criterios del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 [protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional] en materia de comunicaciones entre las autoridades españolas y las autoridades de terceros Estados. Pero evita hacerlo en relación con los principios o condiciones del reconocimiento en España de adopciones formalizadas en terceros países.

98. En tercer lugar, el art. 4.1.c) LAI es un precepto que ordena no tramitar solicitudes de adopción en relación con menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado “[c]uando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la adopción en el mismo no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales...”. El precepto trata de impedir que se constituya la adopción internacional cuando ello depende de las autoridades españolas (= que pueden negarse a colaborar con las autoridades extranjeras si se verifican las circunstancias recogidas en el art. 4.1.c) LAI). Ahora bien, conviene recordar que el art. 4.1.c) LAI sólo vincula a las autoridades españolas. Si la adopción se constituye en un Estado extranjero en el que no se respetan las garantías adecuadas para la adopción y cuyas autoridades no han tenido contacto alguno con las españolas (= por ejemplo, porque los adoptantes españoles se han trasladado temporalmente a dicho país para formalizar la adopción, razón por la que no ha existido ninguna “fase española” de la adopción internacional), el art. 4.1.c) LAI no impedirá que, finalmente, se constituya la adopción en el extranjero. Por ello, existe el riesgo de que, efectivamente se constituya una adopción en un “tercer país” que no ofrezca garantías jurídicas para una adopción “adecuada”. Ésta, simplemente, es la razón por la que el art. 26 LAI se muestra especialmente exigente con los requisitos que deben superar la adopción formalizada en un tercer Estado. Tras esta especial dureza del art. 26 LAI descansa el “interés superior del menor”. Es aconsejable no olvidarlo.

99. Así pues, la crítica resulta desmantelada al haber quedado demostrado que el “carácter interpartes” del Convenio de La Haya impide que los principios de confianza que presiden la regulación de

¹²⁶ S. ADROHER BIOSCA, “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los santos inocentes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 22 y nota [31]; F. CALVO BABÍO, “Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional”, *Iuris*, n. 125, marzo 2008, p. 59.

la validez de adopciones entre los Estados partes puedan proyectarse a las adopciones procedentes de “terceros Estados”; al haberse probado que el art. 9 LAI nada tiene que ver con el reconocimiento de adopciones extranjeras y que no puede aplicarse por analogía a estas cuestiones, dado que no se aprecia ni la más lejana “identidad de razón” entre la cuestión que regula y la relativa al reconocimiento de adopciones extranjeras; y, finalmente, al haber quedado claro que el art. 4 LAI bien puede no impedir la constitución de una adopción en un tercer país que no ofrece garantías para una adopción adecuada, adopción que, posteriormente, se intenta introducir y hacer valer en España.

C) Reconocimiento de la adopción en España y control de la competencia judicial internacional del juez de origen.

100. Ciertos autores han lanzado críticas contra el sistema de reconocimiento recogido en el art. 26.1.1º LAI, y en cuyo contexto se controla la competencia judicial internacional de la autoridad del Estado que constituyó la adopción¹²⁷.

Una primera crítica indica que este modo de controlar la competencia de la autoridad de origen es un “*elemento extraño al sistema de control de la competencia de la autoridad de origen y no garantiza que la adopción sea válida en el país de origen, ni que esté limpia de fraude o irregularidades*”¹²⁸. En esta línea, se añade que esta exigencia podría llevar a negar efectos jurídicos en España a las adopciones en las que la autoridad de origen no ha respetado sus foros de competencia judicial internacional a pesar de que tal adopción puede no ser nula o inválida en el Estado de origen.

Una segunda crítica ha subrayado que el control a través del sistema de los “contactos razonables” introduce “*una cierta inseguridad jurídica*”, ya que el legislador nada dice sobre el significado de la expresión “*conexión razonable*”¹²⁹.

101. En cuanto a la primera crítica, no resulta difícil su refutación, pues los argumentos que presuntamente la sostienen, no constituyen argumentos, sino un entramado de tautologías coloreadas con un uso extendido de la muy conocida “falacia de la casuística” (= se rechaza una afirmación general mediante la invocación de excepciones irrelevantes o poco significativas).

102. En primer lugar, cabe señalar que no demuestra nada afirmar que un nuevo modo de controlar la competencia judicial internacional de la autoridad extranjera produce consecuencias negativas, simplemente, porque es “*extraño al sistema de control de la competencia de la autoridad de origen*”¹³⁰.

¹²⁷ Art. 26 LAI: “*Requisitos para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales.*”

1. En defecto de Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España que resulten aplicables, la adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España como adopción si se cumplen los siguientes requisitos:

1.º Que haya sido constituida por autoridad extranjera competente.

La adopción debe haberse constituido por autoridad pública extranjera, sea o no judicial. Se considera que la autoridad extranjera que constituyó la adopción es internacionalmente competente si se respetaron, en la constitución de la adopción, los foros recogidos en su propio Derecho.

No obstante lo establecido en la regla anterior, en el caso en que la adopción no presente conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares con el país cuya autoridad haya constituido la adopción, se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional”.

¹²⁸ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 65-66. En igual sentido, P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008, p. 9 y de modo también clónico, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. pp. 426-427. Al igual que R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*). p. 24.

¹²⁹ C. ESPLUGUES MOTA, “La nueva ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?”, *RDIPP*, 2008-2, pp. 363-380, esp. p. 375.

¹³⁰ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos

Lo que realmente quieren indicar estos autores es que este modo de controlar la competencia judicial internacional de la autoridad extranjera rompe con el sistema tradicional (= el método bilateralista), modo que, por cierto, ya fue abandonado por el TS en aplicación del art. 954 LEC 1881 (= el TS introdujo, en 1998, un nuevo método, el método de los “contactos razonables”, que deja atrás la utilización de las normas españolas de competencia judicial internacional para controlar la “razonabilidad” del contacto de la autoridad extranjera con el caso, pese a los clamorosos errores de ciertos autores al respecto¹³¹). Este sistema de control recogido en el art. 26.1.1º LAI representa un “tercer nivel” en la evolución del control de la competencia judicial internacional de la autoridad de origen. Pero en resumidas cuentas, la crítica se fundamenta (?) en que este método es “nuevo” y porque, por tanto, no se ajusta a la tradición jurídica española. Naturalmente, esta afirmación no es un “argumento” (= entendido como “razonamiento empleado para convencer a alguien o para demostrar algo”), ya que no prueba ni justifica nada y nada dice sobre la bondad o perversidad del nuevo sistema de control ni del tradicional sistema de control de la competencia judicial internacional de la autoridad extranjera. Se trata de una afirmación gratuita y anticientífica.

103. En segundo lugar, lo afirmado por ciertos críticos de la Ley 54/2007 constituye una aseveración apodíctica que reduce y falsea la realidad del alcance, de las ventajas y de los presupuestos metodológicos del sistema de control de la competencia judicial internacional de la autoridad de origen en el art. 26.1.1º LAI. Para poder demostrar el carácter vacuo de la crítica, resulta conveniente recordar que todo el sistema de reconocimiento de adopciones “extranjeras” recogido en el art. 26 LAI está construido sobre un enfoque metodológico muy definido: el método del *Annerkennungsprinzip*. Este enfoque indica que una adopción situación legalmente constituida en un Estado debe ser “reconocida” en España mediante un “control en origen” de dicha adopción. La adopción debe haberse ajustado a las exigencias legales requeridas en el Estado cuya autoridad constituyó tal adopción (= en el fondo se trata de un “conflicto de sistemas” resuelto *ab origine*)¹³². Eso debería ser suficiente para que la adopción sea considerada “válida” y “existente” en España (= efecto constitutivo en España de la adopción constituida por autoridad extranjera). Este nuevo enfoque metodológico facilita la vida internacional de las personas y su circulación transnacional (D. BUREAU / H. MUIR WATT¹³³) y sus bases metodológicas se encuentran

y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 65.

¹³¹ Es el caso de P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008, p. 3.

¹³² A. BUCHER, “Über die räumlichen Grenzen der Kollisionsnormen”, *Festschrift Frank Vischer*, Zürich, 1983, pp. 93-105; PH. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, pp. 189-203; Id., “Nota sent. Rabat 24 octubre 1950”, *RCDIP*, 1952, p. 89; Id., “Nota sent. Paris 7 julio 1954”, *RCDIP*, 1954, pp. 582 ss.; Id., “Conflits de lois (Principes généraux)”, *E.Dalloz DI*, vol.I, París, 1968, pp. 470-497. En lengua castellana, la más completa y mejor exposición de la cuestión se debe a E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Comares, Granada, 2001.

¹³³ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 264, 269 y 579-593. Sobre este nuevo *Approach* metodológico, *vid.* D. HENRICH, “Anerkennung statt IPR. Eine Grundsatzfrage”, *IPRax*, 2005, pp. 422-429; E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 355; D. COESTER-WALTJEN, “Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf”, en *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 121-132; Id., “Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht”, *IPRax*, 2006, vol. 26, núm.4, pp. 392-402; E. JAYME / CH. KÖHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPRax*, 2001, pp. 501-512; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 8ª ed., Granada, Ed. Comares, 2007, pp. 329-333; P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RebelsZ*, 2004, pp. 225-243; H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l’ordre juridique français*, Paris, L.G.D.J., 2005; S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004; P. PICONE, “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé”, *RCADI*, 1999, pp. 9-296; G.P. ROMANO, “La bilateralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, 2006, pp. 457-520; S. BOLLÉE, “L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”, *RCDIP*, 2007, pp. 307-355; A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *RCADI*, 2000, vol. 283, pp. 19-186; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973; H.-P. MANSSEL, “Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums”, *RebelsZ*, 2006, núm. 4, pp. 1-40; A. BONOMI, “Globalización y Derecho internacional privado”, *Globalización y*

recogidas, con precisión, en la misma Exposición de Motivos LAI¹³⁴. Y en relación con las adopciones internacionales, este enfoque potencia el interés superior del menor adoptando. El anclaje teórico del nuevo método es fuerte. El art. 8 CEDH constituye una base jurídica sólida para afirmar que los Estados no deben utilizar sus normas de DIPr. (= tanto sus normas de competencia judicial internacional como sus normas de conflicto) para romper la “continuidad transfronteriza de las situaciones individuales”.

En consecuencia, las normas de competencia judicial internacional españolas y las normas de conflicto españolas no deben jugar ningún papel en el reconocimiento en España de adopciones constituidas por la competente autoridad extranjera. La bilateralización de los foros españoles de competencia judicial internacional para comprobar si la autoridad extranjera que constituye la adopción era “competente” y la utilización de un control de la Ley aplicada por la autoridad extranjera a realizar con arreglo a las normas de conflicto españolas, es un error metodológico grave, producto de una visión hoy superada de la función y los métodos del DIPr. (= un imperialismo jurídico escondido en el procedimiento de reconocimiento: la Justicia extranjera debe haber intervenido “como lo hubiera hecho la Justicia española”, lo que es absurdo). El control de la competencia y de la Ley aplicada con arreglo a parámetros que no son los del Estado de origen, no garantiza la “legalidad originaria” de la adopción y por ello, no permite asegurar que la adopción no encubre un supuesto de tráfico de menores (= una adopción constituida en Congo sin respetar las reglas jurídicas de dicho país muy probablemente esconde prácticas ilegales que vulneran el interés del menor adoptando).

En efecto, una adopción constituida por una autoridad extranjera debe “circular” y superar el “cruce de frontera” si ha sido, efectivamente, constituida legalmente en el “país de origen”. El control en origen (= “*la position de l'ordre juridique source*”) debe ser verificado por segunda vez en el Estado de destino (= un “doble control” que acredita que la adopción fue legalmente constituida en un país extranjero). Existe un “primer control” porque la autoridad extranjera debió realizar, en su momento, un control de la legalidad, con arreglo a sus normas de competencia judicial internacional y con arreglo a sus normas de conflicto, de la adopción que constituyó. Posteriormente, la autoridad española ante la que se solicita el reconocimiento de la adopción vuelve a controlar la legalidad de dicha adopción (= “segundo control”). Existe, por lo tanto, un “doble control” realizado, en todo caso, con arreglo al mismo *standard* legal (= el DIPr. del Estado de origen de la adopción). El nombre “doble control” está tomado de la jurisprudencia del TJCE relativa al modo de controlar la regularidad de la notificación como requisito para acreditar el respeto de los derechos de defensa y poder, así, otorgar el *exequatur* en relación a la resolución extranjera en otro Estado miembro, todo ello en aplicación del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 (= la regularidad de la notificación se precisaba con arreglo al Derecho del Estado de origen de la resolución: STJCE 16 junio 1981, *Klomps*, STJCE 15 julio 1982, *Plastic*, STJCE 3 julio 1990, *Lancray*, STJCE 12 noviembre 1992, *Minalmet*). El esquema metodológico es el mismo: dos controles de la regularidad de la adopción (= uno llevado a cabo por la autoridad del Estado de origen y otro realizado por la autoridad del Estado de recepción de la adopción) y ambos controles se realizan con referencia al mismo sistema legal (= las normas de competencia judicial internacional y las normas de conflicto del Derecho del Estado de origen de la adopción). Una lectura de esta jurisprudencia resulta muy ilustrativa al respecto desde un punto de vista metodológico.

Cada país dispone de sus reglas jurídicas en materia de adopción internacional. Tales reglas constituyen la “perspectiva nacional” de lucha contra el tráfico de menores (= el modo en que cada Estado

comercio internacional, XX Jornadas AEPDIRI, Madrid, 2005, pp. 223-237; B. ANCEL, “Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères”, *TCFDIP*, 1986/1987, pp. 25-56; B. ANCEL, “Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères”, *RDIPP*, 1992, pp. 201-220; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “Le Forum Shopping devant les juridictions françaises”, *TCFDIP*, 1998-1999, 2001, pp. 49-70; P. VAREILLES-SOMMIÈRES, *Forum Shopping in the European Judicial Area*, 2007.

¹³⁴ Exposición de Motivos LAI (III): “(...) Con base en lo anterior, la Ley establece un régimen para el reconocimiento en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normativa internacional aplicable. Dicho régimen gira en torno a una idea elemental: la adopción sólo será reconocida en España si se ha constituido válidamente en el Estado de origen y si, además, satisface determinadas exigencias de regularidad jurídica o que giren en torno al interés del adoptando. De ese modo, se evita que una adopción que no haya sido regularmente constituida en un país extranjero, pueda desplegar efectos legales en España y que las adopciones constituidas sin un respeto suficiente a los mínimos niveles de justicia, con especial atención al interés del menor, surtan efectos en España”.

regula la adopción para garantizar que no encubre un tráfico de menores). Pues bien, para asegurarse de que la constitución de la adopción en un país extranjero fue correcta y no escondió ningún tráfico de menores, resulta necesario articular un “segundo control de legalidad” en España que acredite que las normas de DIPr. del Estado de constitución de la adopción fueron correctamente aplicadas a la misma. Además, debe añadirse un “control adicional” de respeto a ciertos “standards de Justicia” (= ya que, a diferencia de la situación en Europa, caracterizada por la presencia de una cierta “comunidad legal”, el sistema legal extranjero puede diferir muy notablemente del sistema legal español). Este enfoque se enmarca en el escenario metodológico propio de la Ley 54/2007: el legislador español es consciente de que no está solo en el planeta Tierra. Existen otros legisladores estatales que regulan la adopción como tienen por conveniente y, en principio (= es decir: salvo externalidad negativa que dañe la estructura de la sociedad española y provoque la intervención del orden público internacional), tales regulaciones son tan válidas como la española. No se trata, por lo tanto de imponer una “adopción a la española” a todos los países del mundo, de modo que no se reconozcan en España las adopciones extranjeras que no hayan sido constituidas con arreglo a los foros de competencia judicial internacional “españoles” ni con arreglo a las normas de conflicto “españolas”. Este sistema es absurdo, retrógrado, imperialista, reaccionario, provinciano, penaliza la circulación internacional de las adopciones y perjudica, por ello, el interés del menor, por mucho que se haya seguido en España durante numerosos años. El art. 26.1.1º LAI supera ese estadio legal decimonónico e introduce al DIPr. español en el siglo XXI desde el punto de vista del control de la competencia judicial internacional del juez de origen. Las críticas que entonan cantos de retorno en favor de un control “a la española” de la legalidad de la adopción extranjera, son críticas decimonónicas, superadas, pasadas de moda y metodológicamente pobres, cuyo carácter sesgado resulta patente.

104. Sobre tales bases de método, es fácil deducir que el art. 26.1.1º LAI impide que surta efectos legales en España una adopción que se ha pronunciado de manera contraria a la Ley en el Estado de origen, por no haberse respetado los foros de competencia judicial internacional de dicho Estado. En consecuencia, “adopción ilegal en el Estado de origen por no haberse ajustado a tales foros de competencia judicial internacional” significa “adopción que no surge efectos legales en España”. Naturalmente, el juez de origen puede cometer errores (= como los puede cometer un juez español), y naturalmente, ello no evita la presencia de fraudes u otras irregularidades en la adopción constituida en el extranjero. Naturalmente, es posible que la adopción constituida en el extranjero sin respetar los foros de competencia judicial internacional de dicho país puede no ser nula, pero sin duda, será jurídicamente irregular (= constituida, *per definitionem*, contra las Leyes del Estado de origen en materia de competencia judicial internacional). Pero es indudable que al controlar “dos veces” y con arreglo a las mismas normas, la legalidad de los foros de competencia judicial internacional utilizados para pronunciar la adopción, se reduce el riesgo de una adopción fraudulenta o ilegal y se potencia el ajuste a la legalidad de la adopción constituida por autoridad extranjera. Así, con ello se evita que una adopción no constituida regularmente en un país extranjero, pueda desplegar efectos legales en España (= pues podría encubrir un caso de “tráfico de menores”). En efecto, carece de sentido y vulnera el principio de “libre circulación de adopciones internacionales” admitir el reconocimiento en España de una adopción que no es válida o que es irregular en el Estado de origen (= Estado cuyas autoridades han constituido la adopción). Este control de la competencia judicial internacional según los parámetros legales del Estado de origen refuerza la legalidad de la adopción extranjera (= adopción “preparada para cruzar la frontera”), por lo que potencia la validez internacional de la adopción. Es obvio que este requisito de ajuste de la adopción extranjera a las normas de competencia judicial internacional extranjeras se justifica en el interés del menor. Las autoridades extranjeras deben ejercer sus competencias dentro de los límites marcados por su propio legislador a través de tales normas de competencia judicial internacional. También es evidente que ello exigirá una prueba, por parte de los interesados, del Derecho extranjero que regula la competencia judicial internacional. Aunque ello aumente la carga burocrática de la adopción internacional, no es un obstáculo insalvable, ya que si las ECAIs hoy día acreditan sin especiales dificultades las condiciones de fondo que se exigen a los adoptantes españoles en un país extranjero, podrán también acreditar si demasiados problemas, cuáles son los foros de competencia judicial internacional de la legislación de dichos países. Y ello, como se ha dicho, en interés del adoptando.

105. En cuanto a la segunda crítica, que no cunda el pánico. Aunque el legislador no haya definido qué debe entenderse por “*conexión razonable*”, que no cunda el pánico. También el TS utiliza dicho sistema para controlar la competencia del juez de origen en el contexto del art. 954 LEC 1881 y la noción no se halla definida en la LEC. Es preciso conceder un espacio operativo a los jueces con el objetivo de que puedan precisar dicho concepto en relación con el caso concreto, ya que la multiplicidad de supuestos y matices que pueden surgir en la práctica de las adopciones internacionales supera cualquier intento sistematizador y cualquier intento de “colocar en una lista” los supuestos en los que se verifica una conexión razonable”. El legislador emplea con extrema frecuencia dichos conceptos en las normas de DIPr. precisamente, por la riqueza fáctica de los casos reales de la vida internacional (= imposible de encerrar en normas escritas y cerradas). El concepto de “orden público internacional” es paradigmático al respecto. Ningún texto legal de DIPr. contiene una “lista de casos” en los que la aplicación de la Ley extranjera provoca infracción del orden público internacional. Y ello no tiene por qué conducir a una “inseguridad jurídica”. Numerosas normas de DIPr. son deliberadamente “abiertas” en su “textura legal” para permitir ese “desarrollo judicial” (= normas que recurren a “*unbestimmte Begriffe*”). Como expresa H. MUIR-WATT, “*la mayor parte de las leyes recientes en materia de Derecho internacional privado consagran reglas de textura abierta, que dejan una parte importante a la apreciación del juez, llamado, ya a concretar o ya a corregir la conexión prevista*”¹³⁵. En la misma línea, G.S. MARIDAKIS ha indicado que “*el juez completa la obra del legislador cada vez que, sin salir del cuadro trazado, [el juez] crea la regla individual de DIPr. válida para el caso concreto*”, idea que se encuentra ya en la *Política* de Platón¹³⁶. Igualmente, F. RIGAUX ha remarcado la extrema importancia de los “conceptos jurídicos indeterminados” en DIPr., que “*abren un campo prácticamente ilimitado al ‘savoir-faire’ de los jueces*”¹³⁷. Legislador y jueces colaboran a través de la formulación y concreción de los conceptos jurídicos indeterminados que utilizan las normas de DIPr., con el objetivo de alcanzar el mejor resultado.

D) Reconocimiento de la adopción en España y control de la Ley aplicada por el juez de origen.

106. Ciertos autores han indicado que el modo en que el art. 26.1.2º LAI controla la Ley aplicada por la autoridad de origen para constituir la adopción no es adecuado porque se trata de un control que no evita que la adopción sea declarada inválida en el Estado de origen, que no garantiza que la adopción sea válida en el país de origen y que no evita el reconocimiento en España de adopciones fraudulentas¹³⁸. Debe recordarse que el art. 26.1.2º LAI precisa que, para ganar el reconocimiento en España, es necesario que la adopción constituida en país extranjero, “*se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción*”. A ello se añade que “*si la autoridad española comprueba que no se ha prestado alguna declaración de voluntad o no se ha manifestado el consentimiento exigido por la ley extranjera*

¹³⁵ H. MUIR-WATT, “Les principes généraux en droit international privé français”, *JDI Clunet*, 1997, pp. 403-415, esp. p. 407: “*la plupart des lois récentes en matière de droit international privé consacrent des règles à texture ouverte. laissant une part importante à l’appréciation du juge, appelé soit à concrétiser, soit à corriger le rattachement prévu*”.

¹³⁶ G.S. MARIDAKIS, “Introduction au Droit international privé”, *RCADI*, 1962, vol. 105, pp. 375-515, esp. p. 413: “*C’est dire que le juge complète l’oeuvre du législateur toutes les fois que, sans sortir du cadre ainsi travé, il crée la règle individuelle de droit international privé valable pour le cas d’espèce*”.

¹³⁷ F. RIGAUX, “Les concepts indeterminés en droit international privé et en droit communautaire”, *Estudios em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 623-647, esp. p. 636: “*les concepts utilisés dans ces règles [règles de rattachement] sont eux-mêmes indéterminés et ouvrent dès lors un champ à peu près illimité au savoir-faire des juges*”. Vid. también, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Sobre la vinculación del juez a la Ley en Derecho internacional privado”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thompson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 6309-6322, esp. p. 6315.

¹³⁸ En este sentido, S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 63-65, y en idéntica línea clónica, P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008, p. 9, así como J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. p. 427. y también, R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), pp. 26-27.

reguladora de la constitución de la adopción, dicho requisito podrá ser completado en España, ante las autoridades competentes españolas con arreglo a los criterios contenidos en esta Ley, o ante cualquier otra autoridad extranjera competente". Pues bien, frente a tales afirmaciones, cabe oponer los siguientes argumentos.

107. Primero: el art. 26.1.2º LAI permite combatir con eficacia las adopciones fraudulentas, irregulares y resultado de prácticas de corrupción judicial y administrativa que pudieran haberse dado en la adopción constituida por la competente autoridad extranjera. En efecto, una adopción que no se ajustó a la Ley que debió aplicar la autoridad extranjera con arreglo a su sistema de normas de conflicto, por mucho que se haya dictado en dicho país extranjero, es una adopción pronunciada "fuera de la Ley", una adopción "jurídicamente irregular en origen". Por ello no debe producir efectos legales en España.

El precepto recoge la necesidad de practicar un "control conflictual con arreglo a las normas de conflicto extranjeras" (*Anerkennungsprinzip*). El art. 26.1.2º LAI exige que la autoridad española controle que la autoridad extranjera aplicó a la constitución de la adopción internacional la Ley a la que conducen sus propias normas de conflicto de Leyes. Este modo de controlar la Ley aplicada a la constitución de la adopción internacional es plenamente lógico. Carecería totalmente de sentido exigir que una autoridad extranjera hubiera aplicado una Ley que no es la Ley que debió aplicar con arreglo a sus normas de conflicto. El art. 26.1.2º LAI requiere que la autoridad española acredite que la autoridad extranjera aplicó a la "constitución de la adopción", sus normas de conflicto y en consecuencia, las Leyes estatales designadas por tales normas. El control se detiene ahí, porque una mayor profundidad del mismo desvirtuaría el procedimiento de reconocimiento de la adopción en España ya que lo acercaría peligrosamente a una "revisión total del caso" ya fallado por la autoridad extranjera. Y no se trata de "volver a revisar" todo el proceso de adopción, ya que en tal caso, resultaría inútil todo el sistema de reconocimiento de adopciones y se obligaría a los interesados, en la práctica, a constituir una nueva adopción en España. La autoridad española debe proyectar el "control conflictual" sobre todos los aspectos legales de la "constitución de la adopción": capacidad, fondo y forma de la adopción. Por otro lado, la "no revisión del fondo" de la resolución extranjera por la que se constituye una adopción presenta una excepción muy específica (art. 26.1.2º.II LAI): el necesario control de los consentimientos y declaraciones de voluntad exigidos por la ley extranjera reguladora de la constitución de la adopción. Resulta así necesario controlar, por la autoridad española, *ex art. 26.1.2º.II LAI*, los "consentimientos", las "audiencias" y los "asentimientos" exigidos por la Ley reguladora de la constitución de la adopción. Esta interpretación refuerza el "interés del menor". Se trata, en consecuencia, de "reforzar los controles" de la adopción extranjera pero sin caer en la perversión de un sistema de *révision* a la francesa. Se trata de llegar hasta donde es razonable llegar en el control de ajuste a la Ley extranjera (= "control conflictual"). Exigir el control material de la corrección de la aplicación de la Ley aplicable y exigir, vigilar y controlar la corrección de la observancia de una posible "fase administrativa" previa de la adopción constituida en el extranjero, equivaldría a dinamitar todo el sistema de reconocimiento, a destruir toda confianza en la Justicia extranjera y a supondría un enorme incremento de costes para los particulares implicados (= obligados, en la práctica, a constituir la adopción "dos veces": una en el Estado de origen y otra, en España, ya que un control muy profundo de la legalidad de la adopción extranjera, se semeja, peligrosamente, a una constitución de la adopción).

Debe recordarse que la STEDH 28 junio 2007, *Wagner*, declaró que las autoridades de Luxemburgo habían vulnerado el art. 8 CEDH 1950 [derecho al respeto a la vida familiar] al haber negado el reconocimiento en Luxemburgo a una adopción constituida en Perú, por la razón de que las autoridades del Perú no habían aplicado a la constitución de la adopción la Ley nacional del adoptante, que es el criterio que se sigue en Luxemburgo, Ley que prohíbe adoptar a personas solteras. El TEDH indicó que existía una "familia" legal y válidamente formada con arreglo al Derecho aplicable según el DIPr. peruano, por lo que negar su existencia en Luxemburgo, suponía vulnerar el art. 8 CEDH. La negativa a reconocer la adopción peruana en Luxemburgo surgió por el simple hecho de que, para decidir si la adopción peruana surtía efectos legales en Luxemburgo, las autoridades luxemburguesas aplicaron "sus normas de conflicto" (luxemburguesas). Ello resultaba completamente ilógico y absurdo, ya que las autoridades peruanas aplican, para constituir una adopción, "sus" normas de conflicto (peruanas). Al establecer un control conflictual con arreglo a las normas de conflicto del "Estado de origen de la adopción", el art. 26.1.2º LAI, evita que España pueda incumplir el art. 8 CEDH. El art. 26.1.2º LAI, de este modo, respeta la "legalidad"

surgida en otro país (= la adopción constituida en un Estado extranjero a través de la aplicación de las normas de conflicto extranjeras). El art. 26.1.2º LAI respeta la familia adoptiva que nace con arreglo a las normas de conflicto de otros países. No se exige que las autoridades extranjeras que han constituido una adopción, hayan aplicado las normas de conflicto “españolas”, lo que carecería de todo sentido y resultaría imperialista, chauvinista y contrario a la circulación internacional de los modelos familiares. Eso fue lo que vino a decir, con claridad cristalina, el TEDH en su STEDH 28 junio 2007, *Wagner*: que los Estados partes en el CEDH 1950 deben respetar y asumir los modelos de familia constituidos legalmente y nacidos legalmente en otros países con arreglo a su sistema de normas de conflicto.

108. Segundo: el art. 26.1.2º LAI evita, efectivamente, que la adopción sea declarada inválida en el Estado de origen, lo que podría suponer la invalidez de la misma también en España. Este objetivo no se puede conseguir con un mero control de ajuste de la adopción extranjera al orden público internacional español. En efecto, una adopción que se constituye en un país X mediante la aplicación de un Derecho (L1) que, según las normas de conflicto del Estado X, no es el Derecho que debe regir la adopción, corre el riesgo de ser declarada nula en el Estado X. El control del ajuste a la Ley aplicable recogido en el art. 26.12º LAI impide reconocer dicha adopción extranjera en España, lo que a su vez, evita que una ulterior declaración de nulidad de la adopción en el Estado X conduzca a la indeseable situación de contemplar que la adopción resulta nula en el Estado X, pero es válida en España.

109. Tercero: visto que el “control conflictual” recogido en el art. 26.1.2º LAI se limita, en efecto, a comprobar que la autoridad extranjera ha aplicado a la adopción las Leyes designadas por las normas de conflicto extranjeras del país al que pertenecen tales autoridades (= “control conflictual”), es posible que se hayan constituido adopciones nulas en el extranjero en relación con las cuales se hayan inobservado o se hayan aplicado de modo incorrecto, las normas materiales que rigen la adopción. Ejemplo: puede haberse constituido una adopción por autoridad rusa que no respetó los requisitos de capacidad de los adoptantes exigidos por la Ley rusa, pero puede suceder que la resolución rusa de adopción logre superar el control de Ley aplicable recogido en el art. 26.1.2º LAI y que alcance su reconocimiento en España. Pues bien, este posible supuesto no debe conducir a afirmar, apresuradamente, que el art. 26.1.2º LAI no impide el reconocimiento o la validez en España de adopciones nulas en el país de origen, como han indicado incorrectamente algunos autores¹³⁹. En efecto, la Ley 54/2007 constituye un “todo sistemático” (= dotado de un completo arsenal entrelazado de herramientas jurídicas para lograr sus objetivos). Por ello, hay que leer este art. 26.1.2º LAI en su contexto global (= sin aislarlo del “escenario jurídico” en el que se inserta). Ello permite recordar que, ante estas adopciones nulas en el Estado de origen pero que sí pueden superar el control conflictual del art. 26.1.2º LAI, dos soluciones, expresamente contempladas en la Ley 54/2007, pueden activarse: (a) Instar, ante los tribunales españoles (arts. 15.1 y 22 LAI), la nulidad de la adopción; (b) Instar la nulidad de la adopción extranjera ante los tribunales extranjeros y, posteriormente, solicitar en España el reconocimiento de dicha sentencia extranjera de nulidad de la adopción. De ambos modos, la adopción será nula tanto en el Estado cuyas autoridades la constituyeron como en España.

E) Eficacia en España de adopciones constituidas en país extranjero y excepción de orden público internacional.

110. Determinados autores han señalado que el art. 31 LAI resulta inexacto porque dicho precepto se olvida de señalar que indica que se denegará el reconocimiento en España de la adopción “plena” que produzca efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español”, pues el art. 31 LAI sólo alude a la “*adopción simple, o menos plena*”¹⁴⁰.

¹³⁹ Es el caso de P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008, p. 9.

¹⁴⁰ S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 66-67. También P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008, p. 11.

111. Esta crítica es ajustada y certera. Aunque resulta, sin duda, exagerada, por lo que se adivina, con facilidad, que dicha crítica persigue un propósito no explicitado. Es cierto, en efecto, que el art. 31 LAI contiene un “error por omisión”. Debía haber mencionado, igualmente, tanto la adopción “simple” o “menos plena”, como la adopción “plena” y no lo hizo. La propuesta del Gobierno contenía dicha referencia, que fue eliminada, sin duda, por un error en la tramitación parlamentaria. En todo caso, sin embargo, la situación no debe alarmar. Para resolver la cuestión, es perfectamente posible recurrir a diversos expedientes¹⁴¹. En primer lugar, cabe aplicar ese mismo art. 31 LAI por *analogía legis* a las adopciones “plenas”. En segundo lugar, es posible también recurrir a la *analogía juris*, de modo que el principio general del DIPr. español y según el cual no pueden surtir efectos jurídicos en España las resoluciones extranjeras que producen efectos contrarios al orden público internacional español, puede proyectarse sin problemas, también, a las adopciones plenas. En tercer lugar, cabe igualmente, recordar que, visto que en virtud del art. 26.1.2º LAI debe controlarse la aplicación de la Ley correspondiente según las normas de conflicto del Estado de origen, puede “tomarse en consideración” el círculo hermenéutico del art. 23 LAI, y proyectarlo ahora a las cuestiones de reconocimiento de adopciones extranjeras en España¹⁴². De ese modo, cuando la aplicación de la Ley que debió regir la constitución de la adopción “*resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español*” (art. 23 LAI), se rechazará el reconocimiento en España de esa adopción plena.

5. Cuestiones relativas a la adopción simple y *kafala*.

A) El concepto de adopción simple y el art. 15.4 LAI.

112. Ciertos autores han criticado el concepto de “adopción simple” que se contiene en el art. 15.4 LAI. El precepto establece que: “*A efectos de lo establecido en esta Ley, se entenderá por adopción simple o menos plena aquella constituida por autoridad extranjera competente cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española*”. Indican estos autores que, con tal definición, quedaría excluida la adopción simple que pudiera ser constituida por la autoridad española¹⁴³.

113. Para rebatir esta crítica resulta necesario recordar ciertos datos preliminares relativos al régimen de la adopción simple en la Ley 54/2007.

1º) Las adopciones “no plenas” cubren, en realidad, un arco muy amplio de supuestos heterogéneos, no iguales entre sí, como muy bien ha sido puesto de relieve por F. CALVO BABÍO¹⁴⁴. Debe por tanto deslindarse entre: (a) La adopción simple o adopción con efectos atenuados (= como la adopción del Derecho de Guatemala o la que existe también en Argentina, Uruguay y Venezuela). Esta adopción simple crea un vínculo de filiación entre adoptante y adoptado pero no entre éste y la familia de aquél; (b) La adopción plena revocable o semiplena. Y naturalmente, la regulación de todos estos tipos de adopciones en los distintos Derechos estatales difiere en no pocos aspectos sustanciales.

2º) Resulta indudable que la adopción simple o menos plena sólo puede constituirse por aplicación de una Ley extranjera, ya que en España, y salvo ciertos supuestos de Derecho transitorio hoy ya muy residuales, sólo existe la “adopción plena” (= llamada por el Código civil, “adopción”, sin más), desde la entrada en vigor de la Ley 21/1987 de 11 noviembre, sobre modificación del Código civil y de

¹⁴¹ S. ADROHER BIOSCA, “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los santos inocentes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. pp. 34-35.

¹⁴² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, pp. 193-194.

¹⁴³ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*; Id., “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 66. En idéntico sentido, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp.p. 423.

¹⁴⁴ F. CALVO BABÍO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Univ. RJC, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 123-178.

la Ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores¹⁴⁵.

3º) El art. 1.2 LAI incluye, sin duda ninguna, en el concepto de “adopción internacional”, tanto la adopción plena como la adopción simple. En consecuencia, las reglas sobre competencia judicial internacional para la constitución, revisión, y nulidad de la adopción contenidas en los arts. 14-17 LAI son aplicables a la adopción simple. Igualmente, las normas de conflicto recogidas en los arts. 18-23 LAI señalan la Ley aplicable tanto a la adopción plena, como a la adopción simple. En el caso de que el adoptando tenga su residencia habitual presente o futura en España, la Ley que rige la adopción es la Ley sustantiva española, por lo que no cabrá constituir una adopción simple por juez español (= esa adopción se integra en la sociedad española y la sociedad española se rige por la Ley española, que no admite la adopción simple). Sin embargo, en el supuesto de que el adoptando tenga su residencia habitual presente fuera de España y no vaya a ser trasladado a España para fijar su residencia habitual en España, la adopción se registrará por una Ley extranjera (= pues dicha adopción afecta a la sociedad “extranjera”, no a la sociedad “española”). Si en dicha Ley se contempla la adopción simple, el juez español podrá constituir dicha adopción simple. Debe recordarse que el concepto español de “filiación” comprende tanto las adopciones plenas (= la “adopción” hoy reguladas por el Código Civil), como la adopción “simple” (= cuyos efectos son reconocidos con carácter transitorio por el mismo Código Civil español como casos, también, de “filiación adoptiva”). Por ello, puede decirse que la adopción “simple” no es una institución desconocida para el legislador español¹⁴⁶. Por otro lado, el juez español podrá, sin embargo, rechazar la constitución de tal adopción simple contemplada por una Ley extranjera si considera que dicho ordenamiento produce consecuencias contrarias al orden público internacional español y en particular porque la adopción simple no encaje con el interés superior del menor (= ya que la adopción simple podría perjudicar al menor si otra institución de protección del mismo le resulta más conveniente). La posibilidad de constituir una adopción simple por parte de autoridades españolas es lógica, pues si se permite que tengan eficacia legal en España las adopciones simples como tales “adopciones simples”, resulta difícil negar la constitución en España de tales adopciones simples cuando una Ley extranjera así lo determine¹⁴⁷.

114. Con arreglo a lo expuesto, la crítica anterior resulta fácilmente rebatible mediante dos argumentos complementarios.

Primero. El número de adopciones simples que puede constituir un juez español por aplicación de una Ley extranjera que lo permita, conformará una minoría muy reducida en comparación con la inmensa mayoría de casos de adopciones simples cuyos efectos se intentan hacer valer en España (= que serán las constituidas por autoridades extranjeras). Ésa es la razón de que el art. 15.4 LAI indica que la “adopción simple” es aquella que “*ha sido constituida por autoridad extranjera competente*”. El legislador se detiene en el tipo de adopción simple más usual, es decir, en la adopción constituida por autoridades extranjeras (= le legislador se ha fijado en la “adopción simple más frecuente”). En consecuencia, no procede realizar una interpretación *a contrario* de dicho precepto y excluir del concepto de “adopción simple” aquella que puede ser constituida por un juez español por aplicación de una Ley extranjera que así lo contemple (= que sólo muy raramente se planteará ante las autoridades españolas). Basta comprobar que la jurisprudencia española que se ha referido a las adopciones simples ha recaído en relación con adopciones simples constituidas por autoridades de otros Estados y que las decisiones judiciales españolas relativas a adopciones simples acordadas por jueces españoles, son rarísimas, si no inexistentes.

Segundo. El art. 30 LAI se refiere a los efectos jurídicos en España de la “*adopción simple o menos plena legalmente constituida por autoridad extranjera*” (= *vid.* la rúbrica del precepto). Significa ello que el legislador asume que existen adopciones simples que pueden no haber sido constituidas por autoridades extranjeras sino por los jueces españoles. En caso contrario, el precepto se referiría, simplemente, a las “adopciones simples”, lo que no hace. Por lo tanto, las adopciones simples pueden haber sido constituidas por autoridad extranjera o por autoridad española y si el art. 15.4 LAI se concentra en las primeras

¹⁴⁵ BOE núm.275 de 17 noviembre 1987.

¹⁴⁶ Otra perspectiva en J.M. ESPINAR VICENTE, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, núm.18, 24 octubre 2008, tomo II, versión on line (www.laleydigital.es).

¹⁴⁷ Sobre la cuestión, *vid.* J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, p. 370.

es, simplemente, porque serán las que, con mayor asiduidad, susciten cuestiones jurídicas en España.

B) La Ley reguladora de la conversión de la adopción simple en adopción plena.

115. El art. 30.4 LAI indica que las “*adopciones simples o menos plenas constituidas por autoridad extranjera competente podrán ser transformadas en la adopción regulada por el Derecho español cuando se den los requisitos previstos para ello*” y que “[l]a conversión se regirá por la ley determinada con arreglo a las disposiciones de esta Ley”. Para que la adopción simple surta efectos legales en España, la LAI no obliga a los interesados a instar el procedimiento de “conversión de la adopción simple en adopción plena española” recogido en el art. 30.4 LAI (*contra*: AAP Toledo 15 junio 2009 [adopción guatemalteca y nueva adopción plena en España], que estima que, en estos casos, el procedimiento recogido en el art. 30.4 LAI es obligatorio y excluyente). En efecto, los interesados podrían también instar *ex novo* la constitución de una adopción plena “española” en relación con un sujeto que ha sido adoptado en forma simple o menos plena en un país extranjero.

116. Con esta regulación, el art. 30.4 LAI ha acogido expresamente las propuestas que ciertos autores habían realizado, de modo muy certero, en orden a permitir la transformación de la adopción “simple” extranjera en adopción “plena” española¹⁴⁸. Y ha seguido la sugerencia recogida en el art. 27 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993¹⁴⁹. La opción seguida por el legislador español representa “*una indudable apertura a la diversidad de medidas posibles existentes en países con tradición cultural diversa*”¹⁵⁰. Sin embargo, otros autores sostienen que este precepto no exige ninguna consulta del Derecho extranjero que reguló la constitución de la adopción simple, y que por tanto, podría aplicarse y “forzar a una transformación” de la adopción simple extranjera en adopción plena española. No sería preciso, en consecuencia, considerar si la Ley extranjera permite o no permite la conversión de la adopción simple en plena. Sostienen, igualmente, estos autores que exigir que la Ley extranjera aplicada a la adopción simple deba “permitir” la transformación de dicha adopción en adopción “plena” supone “viajes jurídicos innecesarios” y “obstáculos aleatorios”, y que resulta, en definitiva, un mero “peaje”¹⁵¹.

117. La refutación de esta crítica resulta sencilla. Para ello es preciso no olvidar que, a los efectos de “convertir” una adopción simple en una adopción plena, existe un amplio arco de posibilidades jurídicas. El procedimiento previsto en el art. 30.4 LAI para la “conversión de la adopción simple o menos plena en una adopción plena española” es sólo una de tales posibilidades. Pues bien, el procedimiento regulado en el art. 30.4 LAI supone un “cambio de la Ley aplicable a la adopción” (= una adopción “simple” regida, inevitablemente, por un Derecho extranjero con arreglo al cual se constituyó dicha adopción “simple” pasa a ser una adopción “plena” regida por el Derecho español. Este procedimiento de transformación de

¹⁴⁸ A. RODRÍGUEZ BENOT, “La eficacia extraterritorial de la adopción simple (el reconocimiento en España de las adopciones simples constituidas al amparo de ordenamientos iberoamericanos)” en N. GONZÁLEZ MARTÍN, *Estudios sobre adopción internacional*, México 2001, pp. 365-385; S. ADROHER BIOSCA, “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los santos inocentes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 50.

¹⁴⁹ Texto del Convenio en BOE núm.182 de 1 agosto 1995. El art. 27 de dicho Convenio establece: “1. Si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio dicha adopción podrá ser convertida en un adopción que produzca tal efecto, si: a) La Ley del estado de recepción lo permite. b) Los consentimientos exigidos en el artículo 4, apartados c) y d), han sido o son otorgados para tal adopción. 2. El artículo 23 se aplicará a la decisión sobre la conversión de la adopción”. Vid. también el art. 4.1.c) de dicho Convenio, cuyo contenido parece haber sido seguido muy de cerca por el legislador español en el art. 30.4 LAI.

¹⁵⁰ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. pp. 54-55.

¹⁵¹ S. ADROHER BIOSCA, “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los santos inocentes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 51.

adopción simple en adopción plena recogido en el art. 30.4 LAI es un procedimiento totalmente voluntario. Los interesados pueden optar por una conversión de la adopción simple en adopción plena regida por el Derecho extranjero o por una constitución *ex novo* de una adopción plena española que tiene presente la situación legal del adoptando en forma simple. La opción varía en función del “impacto espacial”, perseguidos por los interesados, en relación con los efectos jurídicos de la adopción. Si se pretende que la adopción plena surta efectos única o primordialmente en el país cuya Ley regula la adopción simple, los interesados optarán por prescindir del art. 30.4 LAI y elegirán transformar la adopción con arreglo a la Ley extranjera regulada en los arts. 18-21 LAI, si ello es posible (= el Derecho español no es aplicable porque no interesan los efectos legales de la adopción en España, de modo que la adopción simple “extranjera” se transforma en adopción plena también “extranjera”). Si se pretende que la adopción plena surta efectos, exclusivamente, en España, es preferible optar por la constitución *ex novo* de la adopción en España (= caso en el cual, son de aplicación los arts. 16-21 LAI, que conducirán con un grado muy elevado de probabilidad, a la aplicación de la Ley sustantiva española). Si, por último, se pretende que la adopción plena “española” produzca efectos jurídicos tanto en España como en el país extranjero cuya Ley rigió la constitución de la adopción simple, el art. 30.4 LAI es el procedimiento adecuado. En efecto, dicho procedimiento conduce a una adopción plena “española” (= los plenos efectos legales de dicha adopción en España quedan garantizados), pero que no ignora la realidad, insoslayable, de que dicha adopción plena española arranca de una previa adopción simple regulada por el Derecho extranjero. Así es, se toma como punto de partida dicha realidad (= la plataforma jurídica para la adopción plena española es, siempre, una adopción simple “extranjera”), y se trata de “sintonizar” con dicha realidad. Se trata de no soslayar que la adopción simple extranjera existe y se trata de procurar que la transformación en plena de tal adopción surta efectos legales en el país extranjero del que se trate. De ahí la necesidad de interpretar que la Ley extranjera con arreglo a la cual se constituyó la adopción simple debe “permitir” la transformación de tal adopción simple extranjera en adopción plena española. Así, ésta última podrá extender sin dificultad sus efectos jurídicos tanto en España como en el país de origen. Esta “tesis acumulativo-distributiva” aparece claramente confirmada por la letra del art. 30 LAI. En efecto, este precepto remite, en primer lugar, a la Ley extranjera (= “*la conversión se regirá por la ley determinada con arreglo a las disposiciones de esta Ley*”), y en segundo lugar, a la Ley española (= “*En todo caso, para la conversión de una adopción simple o menos plena en una adopción plena, la autoridad española competente deberá examinar la concurrencia de los siguientes extremos (...)*”). Esta previsión (= que es una “aplicación contemporánea de Leyes”) resulta plenamente lógica: se trata de convertir una adopción simple en adopción plena y de garantizar, en la medida de lo posible, que dicha nueva adopción plena será considerada como tal y surtirá efectos jurídicos como tal, tanto en España como en el extranjero, y especialmente, en el Estado cuyas autoridades constituyeron la adopción simple. La Ley extranjera “ya aplicada” a la constitución de la adopción simple debe ser consultada a los efectos de “permitir” la conversión de la adopción de “simple” en adopción “plena”. Debe tratarse de la Ley extranjera “ya aplicada”, como se infiere del art. 15.2 LAI¹⁵², pues se trata de sintonizar la Ley española que “ahora” va a aplicarse para convertir una adopción simple en plena, con la Ley extranjera que se aplicó “en su momento” para constituir la adopción simple (= el principio del que deriva el art. 30 LAI, y que vertebró dicho precepto, es la “coordinación” entre la Ley extranjera aplicada a la adopción simple y la Ley española que ahora se aplicará a la adopción plena).

118. Por lo tanto, si la consulta del Derecho extranjero que reguló la constitución de la adopción simple resulta más compleja que la pura aplicación de la Ley sustantiva española a la conversión en plena de la adopción simple, ello está perfectamente justificado. Por varios motivos.

Primero: porque la consulta previa al Derecho extranjero constituye un “requisito necesario” para la validez internacional de la adopción plena surgida de la transformación de la adopción simple y dicha validez resulta fundamental para el respeto del derecho a la “identidad única del menor”. Por tanto, dicho requisito no constituye ni un “viaje jurídico innecesario”, ni un “obstáculo aleatorio” ni tampoco un “peaje”. Constituye un presupuesto para la validez internacional de la adopción, que, a su vez, es la garantía

¹⁵² Art. 15.2 LAI: “*Si la ley aplicada a la adopción prevé la posibilidad de adopción simple, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la conversión de adopción simple en adopción plena en los casos señalados en el apartado anterior*”.

para potenciar el derecho a la identidad única del menor. En consecuencia, la “validez internacional de la adopción plena” no es “cuestión menor” ni es ningún “fantasma” ni es ninguna “obsesión” del legislador¹⁵³. La validez internacional de la adopción es, como el mismo Convenio de La Haya de 29 mayo 1993¹⁵⁴ admite, una cuestión capital, pues de la misma depende el derecho a la identidad única del menor, que es un derecho de todo menor recogido en los arts. 3 y 8 de la art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (CDN), en vigor para España¹⁵⁵. En efecto, el menor tiene derecho a disponer de una “identidad única” (= derecho a ser considerado “el mismo sujeto”, con iguales datos de identidad en los países con los que presenta una “conexión vital”), como ha sido indicado anteriormente (E. JAYME, A. GATTINI)¹⁵⁶. Así lo ha indicado el TJCE en STJCE 16 octubre 2008, *Grunkin-Paul*. Interpretar el art. 30.4 LAI en el sentido que han sugerido ciertos autores, supone vulnerar este derecho subjetivo de todo menor, lo que resulta particularmente grave. Por el contrario, este derecho subjetivo, tal y como se contiene en los arts. 3 y 8 de la referida Convención de los derechos del niño, constituye un auténtico “parámetro aplicativo del Ordenamiento Jurídico”, una insoslayable “clave hermenéutica de interpretación del Derecho” (F. MORO)¹⁵⁷ que debe guiar la interpretación de todas las normas de DIPr.

Segundo: porque esta consulta previa al Derecho extranjero como un “requisito necesario” para la validez internacional de la adopción plena surgida de la transformación de la adopción simple, constituye un requisito que es consecuencia del enfoque general de la Ley 54/2007. En efecto, el Derecho extranjero “existe”, las adopciones constituidas con arreglo a un Derecho extranjero “existen” (= y existen con arreglo a tal Derecho extranjero). El legislador español no impone “por la fuerza” la aplicación de su Derecho sustantivo a la conversión de la adopción simple en plena. Por el contrario, el legislador español trata de sintonizar su regulación de la adopción plena (= regulación española reflejada en el art. 30.4 LAI), con la regulación de la adopción simple propia del Derecho extranjero (= regulación jurídica de la “ya existente” adopción simple). Es una cuestión de enfoque: para el legislador español, la “coordinación de Leyes estatales” (= resultante de la interpretación del art. 30.4 LAI que aquí se sostiene), es preferible a la “imposición radical de una Ley estatal sobre otra” (= perspectiva que sostienen otros autores). La segunda perspectiva opta por ignorar la existencia de una adopción simple regida por un Derecho extranjero, y por despreciar temerariamente la validez internacional de la adopción y el derecho a la identidad única del menor. La primera perspectiva se inclina por opta por el respeto del Derecho extranjero y de la coherencia de la situación individual del menor afectado (A. GOUTTENOIRE¹⁵⁸). No resulta difícil preferir la primera y desechar la segunda, carente de argumentos y plagada de consecuencias indeseables.

C) Equiparación entre la adopción simple y el acogimiento familiar.

119. Algún autor ha estimado que la Ley 54/2007 procede a equiparar la adopción simple con el acogimiento familiar, y que tal proceder es “*contrario al Convenio de La Haya de 1993*” (*cuyos principios pretende seguir la LAI*), en el que la adopción simple debe ser reconocida como tal”, de modo que “*la equiparación es incorrecta y degenera la adopción simple*”¹⁵⁹ (sic). Debe admitirse que la citada crítica presenta el mérito de reunir muchos errores en poco texto, lo que no es fácil.

¹⁵³ P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008, p. 2

¹⁵⁴ Art. 1 c) CH 1993: “*El presente Convenio tiene por objeto: ... c) Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio*”.

¹⁵⁵ BOE núm. 313 de 31 diciembre 1990.

¹⁵⁶ E. JAYME, “Cognome e diritto di famiglia nella recente riforma tedesca”, *Rivista di Diritto civile*, 1995, núm.1, pp. 71-80, esp. p. 72; A. GATTINI, “Diritto al nome e scelta del nome nei casi di plurima cittadinanza”, *RDI*, 1996, pp. 93-109, esp. p. 95.

¹⁵⁷ F. MORO, “Observations sur la communitarisation du droit de la famille”, *RDIPP*, 2007, pp. 675-712.

¹⁵⁸ Vid. comentario de A. GOUTTENOIRE en www.blog.dalloz.fr, 30 noviembre 2007, en relación con la Sent. cour d’Appel de Paris de 25 octubre 2007: “*le respect du droit étranger et la cohérence de la situation individuelle des enfants concernés*”.

¹⁵⁹ P. PARADELLA AREÁN, “Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional”, www.reei.org, 2008, p. 10. En igual sentido se pronuncian, gracias al procedimiento de la “clonación de la crítica”, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. p. 430.

120. Sobre la cuestión debe indicarse lo siguiente: 1º) Las adopciones simples surten efectos jurídicos en España “como tales adopciones simples”, y no son, en ningún caso, “degeneradas” a ninguna otra figura o institución legal. El art. 30.1 LAI, cuya lectura es aconsejable por los que lanzan la crítica que consta en el número anterior, acoge la tesis del “reconocimiento material a través de la Ley nacional del adoptando” (Res.Circular DGRN 15 julio 2006). Esta tesis significa que la adopción simple será considerada “existente” y “válida” en España si la misma se ajusta a la Ley nacional del adoptando. En dicho caso, la adopción simple será considerada “existente” y “válida” en España, pero como una “adopción simple”. No se la reconoce como un “acogimiento familiar” ni tampoco se la reconoce “como adopción”. No se la “degrada”, pero tampoco se la reconoce como “lo que no es” (= porque no es una “adopción plena” tal y como la regula el Derecho español); 2º) La equivalencia entre “adopción simple” y “acogimiento familiar” es una equivalencia meramente “funcional”, esto es, se realiza a los solos efectos y en la medida en que ello puede facilitar la conversión de una adopción “simple” en adopción “plena”. La adopción simple o menos plena será considerada como un “acogimiento familiar” aunque sólo a los efectos de su conversión en una adopción plena española, puesto que si ése no es el objetivo perseguido, la adopción simple surte en España los efectos de una adopción simple, y no de un “acogimiento familiar”: art. 30.1 y 2 LAI. No hay ninguna “equiparación incorrecta” ni ninguna “degeneración” de la adopción simple.

D) El tratamiento jurídico de la *kafala* musulmana.

121. Ciertos autores han indicado que la Ley 54/2007 propicia que se constituyan adopciones, en España, en relación con menores que han sido entregados en régimen de *kafala* en países musulmanes, países que prohíben o desconocen la adopción¹⁶⁰. Según estos autores, “*la ‘conversión’ de las kafalas en adopciones se realiza sin apenas garantías y controles*”¹⁶¹.

122. Esta crítica es exagerada e incurre en diversos errores. Un análisis sereno del art. 34 LAI permite descubrir que el régimen jurídico de la cuestión es adecuado, ya que la constitución de la *kafala* en un país musulmán no supone, en ningún caso, que el *makful* pueda, por ese mero hecho, ser adoptado posteriormente en España. En efecto, el art. 34 LAI presenta dos objetivos: 1º) Impedir una equiparación directa, sin más, entre la *kafala* constituida por autoridades extranjeras y la adopción española; 2º) Permitir la “equiparación funcional” de la *kafala* a un acogimiento “español” o a una tutela “española”, como plataforma legal para facilitar la constitución *ex novo*, en España, de una adopción regida por la

¹⁶⁰ Es el caso de R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*). p. 6: “... esta exclusión contribuye a facilitar la constitución de adopciones respecto a niños trasladados a España en régimen de *kafala* sin asegurar que se hubieren otorgado los consentimientos a tal efecto y sin proteger de manera adecuada el interés superior del niño”, y p. 18: “[e]n la LAI se ha perdido la ocasión de tratar de manera directa una cuestión candente en la práctica española y susceptible de crear problemas, incluso diplomáticos, en el futuro. Existen en España asociaciones que promueven que personas que desean adoptar a un niño constituyan en países del Magreb *kafalas*, habida cuenta que en dicho países la adopción es una institución desconocida, respecto a la cual rige una prohibición de origen religioso. Posteriormente los niños acogidos bajo esta fórmula, se trasladan a España, tramitándose la correspondiente adopción (...) [e]n cualquier caso lo que es obvio es que los consentimientos y autorizaciones otorgados en el Estado de origen no contemplaban ni la extinción de vínculos jurídicos con la familia de origen ni la creación de vínculos jurídicos con la familia de recepción y que en la tramitación de la *kafala* se prescinde de los controles y garantías que rigen en materia de adopción internacional. Por tanto, las cautelas para proceder a tales “conversiones” de las *kafalas* en adopciones deberían ser mayores que las que rigen en el caso de la conversión de la adopción simple en plena, pues en dicho caso se ha autorizado al menos la constitución de un vínculo de filiación respecto a los adoptantes (...). Si bien la LAI regula en su Título III el reconocimiento de la *kafala* estableciendo su equiparación, según los casos, a un acogimiento familiar o tutela, guarda silencio sobre la posterior tramitación de la adopción, por lo que hay que entender que se aplican las reglas ordinarias previstas en la propia LAI para la adopción de niños de nacionalidad extranjera. Tratándose de niños extranjeros residentes en España la ley rectora de la adopción será la española (art. 16 LAI). Puesto que la regularización de las *kafalas* no se plantea como conversión de una adopción no está garantizado que se exijan las condiciones establecidas en el art.30.4 LAI...”.

¹⁶¹ R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*). p. 20.

Ley española sobre el menor *makful*. La posibilidad de constituir *ex novo* una adopción española sobre el menor *makful* se rige por el art. 34 LAI y se fundamenta en los siguientes puntos.

1º) La *kafala* se equipara al “acogimiento familiar” o, en su caso, a una “tutela”, regulados en el Derecho español. El precepto sigue la tesis de la “calificación por la función”, muy bien explicada y utilizada con gran profusión por la DGRN. La DGRN entendió, en el pasado, que la *kafala* del Derecho musulmán desarrolla en Derecho musulmán una función jurídica similar a la que despliega, en Derecho español, el “acogimiento familiar” (RDGRN 14 mayo 1992, RDGRN 18 octubre 1993, RDGRN 13 octubre 1995, RDGRN 1 febrero 1996, RDGRN 21 marzo 2006 y SAP Granada, Sec.4ª, 25 abril 1995, Res.Circular DGRN 15 julio 2006, STSJ Madrid 31 enero 2008 [*kafala* marroquí]). Ahora la LAI prevé además, que la función que desarrolla puede ser similar a la tutela. Pero para poder practicar esta “equiparación funcional”, es preciso que concurren los requisitos recogidos en el art. 34 párrafos 1 a 4 LAI.

Debe subrayarse con el mayor énfasis que esta equiparación de la *kafala* extranjera con la tutela o con el acogimiento del Derecho español es una mera “equiparación funcional”, lo que presenta un doble significado. Primero: que no se trata de encontrar, en Derecho español, una institución legal que sea “igual” a la *kafala* islámica, porque tal institución no existe. Tampoco se trata de encontrar una institución legal española que desempeñe “la misma función” que la *kafala* desarrolla en Derecho musulmán, pues ello será, con frecuencia, también imposible. Se trata, realmente, de encontrar una institución legal española que cumpla, en Derecho español, una función “similar” a la *kafala* del Derecho islámico. Segundo: que dicha equiparación funcional sólo se realiza y sólo es operativa para facilitar la adopción posterior del menor *makful*. Por tanto la equiparación funcional con una tutela o un acogimiento es una solución meramente instrumental o transitoria, que sirve para potenciar y facilitar la adopción “española” del menor. Por otra parte, los interesados pueden solicitar dicha equiparación, simplemente, si ello les conviene. Pero esta equiparación funcional no es “obligatoria”. Los interesados pueden hacer valer en España la *kafala* como tal *kafala* (= siempre que la decisión extranjera en virtud de la cual se constituye la *kafala* haya superado su reconocimiento en España), sin necesidad alguna de transformarla en una institución legal española de protección de menores.

2º) Una vez reconocida en España la *kafala* como tutela o acogimiento familiar español, sus efectos jurídicos no se rigen por el art. 9.4 CC, ya que la *kafala* no genera “vínculo de filiación”, a diferencia de las adopciones simples. La *kafala*, una vez reconocida en España y equiparada a una “tutela” o a un “acogimiento familiar”, surtirá los efectos jurídicos de estas instituciones legales “españolas”. Equiparar, con carácter general, la *kafala* con una filiación adoptiva constituye un grave error incluso si ello se hace a efectos de la concesión de una pensión pública de orfandad (STSJ Madrid 31 enero 2008 [*kafala* marroquí]).

3º) Una vez reconocida la *kafala* en España y equiparada funcionalmente la misma a un acogimiento familiar español o a una tutela española, queda facilitada de modo muy notable la constitución posterior, *ex novo*, de una adopción plena en España, regida por la Ley sustantiva española (art. 176.2.II regla 3ª CC) sobre el menor en cuestión. En efecto, en estos casos no será precisa la “propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad” (muy correctamente AAP Barcelona 8 julio 2008 [*kafala* sobre menor marroquí acordada por autoridad judicial marroquí: equivalencia a acogimiento familiar español y posibilidad de adopción en España sin propuesta previa]; con grave error, AAP Tarragona 23 junio 2008 [negativa a una adopción internacional de menor marroquí sobre el que se constituyó en Marruecos una *kafala*, al exigirse de modo incorrecto, una “propuesta previa de la entidad pública española para la iniciación del expediente de adopción”]). El art. 24 LAI no impide esta interpretación ni obliga a requerir la “propuesta previa de la entidad pública” española en la que se haya declarado “idóneos” a los sujetos que tengan acogido al menor o a los sujetos tutores del menor. Explicación: el art. 24 LAI sólo exige la propuesta previa en relación con la adopción consular, aunque, por error material, la referencia a la “adopción consular” no conste en la rúbrica de este precepto, si bien dicha referencia sí que consta en el texto del precepto. Por otra parte, al constituirse la adopción ahora en España y con arreglo a la Ley española, quedan preservadas las posiciones jurídicas de los padres biológicos. En efecto, el art. 177 CC indica que deberán asentir a la adopción “los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación”, si bien, no será necesario el asentimiento “cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello”.

III. Causas de la perspectiva desenfocada de las críticas injustas vertidas contra la Ley 54/2007.

1. El positivismo legalista como placebo anticientífico.

123. La inmensa mayoría de las críticas contra la Ley 54/2007 se edifican sobre un único presupuesto epistemológico, de muy simple factura (= simplificación extrema de la realidad): estos autores enfatizan repetidamente que la Ley 54/2007 “dice lo que dice”¹⁶². A su juicio, el sistema español de DIPr. es un conjunto de normas “rígidas” que derivan de la “tradicición”¹⁶³. En consecuencia, para los autores de las críticas clónicas contra la Ley 54/2007, sólo resultan admisibles las soluciones derivadas de una aplicación literal de las normas jurídicas escritas. Para estos autores, no cabe defender soluciones jurídicas no contempladas expresamente en la Ley 54/2007. Un recurso interpretativo no es posible si “la Ley no lo dice”, porque, según estos críticos, ello dañaría la seguridad jurídica y, además, comportaría “complejidad”. Y según los autores críticos con la Ley 54/2007, dicha Ley no incorpora “mecanismos de flexibilización” expresos de sus soluciones escritas. Afirman, igualmente, que si es preciso acudir a instrumentos interpretativos para aplicar correctamente la Ley 54/2007, ello sucede porque la propia Ley presenta una “escasa calidad técnica”¹⁶⁴ o, como indican otros autores, por la “pésima técnica legislativa de esta Ley”¹⁶⁵ o porque la Ley 54/2007 es una Ley “tan pobre desde un punto de vista técnico que difícilmente podrá incidir en la realidad”¹⁶⁶. Además, la mayor parte de estos autores indican que la utilización de “conceptos jurídicos indeterminados” en DIPr. conduce al “subjetivismo”, lo que, igualmente, según dichos sujetos, daña la seguridad jurídica.

Por lo que afecta a la “apelación a la tradición”, salta a la vista que dicha “llamada de socorro” constituye una falacia (= falacia *ad antiquitatem*): la preferencia por normas rígidas de DIPr. no es la mejor opción sólo por ser la que deriva de la “tradicición”. Y además, está por demostrar que ello sea así, pues son muy numerosos los ejemplos de normas de DIPr. “flexibles”¹⁶⁷ y de normas de DIPr. “flexibilizadas” por la jurisprudencia y por la práctica española ya desde hace más de cincuenta años. En suma, hace muchos años, los tribunales españoles han utilizado diversos mecanismos para evitar los “resultados inadecuados” a los que conducía la formulación literal de ciertas normas de DIPr.¹⁶⁸

Por lo que se refiere a la apelación en favor del tenor literal de la norma escrita, resulta sencillo percibir la inconsistencia de esta construcción. En efecto, afirmar que no cabe ninguna otra solución que la derivada del Derecho escrito es su formulación literal, es una frase que presupone que sólo la Ley escrita y sólo la letra de dicha Ley escrita, es Derecho. En consecuencia, se procede a un sistemático desprecio del elemento judicial, de la creación de reglas adaptadas al caso concreto, del papel de la equidad, y de la labor del operador jurídico como intérprete de las normas escritas. Para estos autores, sólo cabe aplicar un DIPr. “a la búlgara”. Varias razones explican lo erróneo de esta construcción.

¹⁶² En este sentido, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. p. 423.

¹⁶³ S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 41, que alude a “un sistema, repito, en el que la tradición ha optado por normas rígidas”.

¹⁶⁴ S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 48.

¹⁶⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, pp. 422-432, esp. p. 427.

¹⁶⁶ R. ARENAS GARCÍA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, www.reei.org, 2009 (versión *on line*), esp. p. 39.

¹⁶⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2004, pp. 72-82.

¹⁶⁸ Un extraordinario ejemplo de flexibilización se encuentra en la RDGRN 1 diciembre 1950. En dicha resolución, la DGRN evita la aplicación de la “Ley nacional del padre” (marroquí), que era la solución seguida por la jurisprudencia española en aplicación del art. 9 CC, en favor de la Ley nacional de la madre (belga), porque «*debe ceder el estatuto personal de la nación que se encuentra en un inferior grado de civilización, la marroquí*». Con independencia de que se comparta o no el resultado perseguido por la DGRN, debe destacarse el proceso flexibilizador que la DGRN inyecta en el sistema de DIPr. en fecha ya tan lejana. *Vid.* el texto de la resolución en *Anuario DGRN*, pp. 420-421, y acerca de la misma, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario al art. 9.4 CC”, en M. PASQUAU LIAÑO (DIR.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, 2ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 137-145.

124. Primera: las “normas flexibilizadoras” que permiten llevar a cabo un desarrollo judicial de las soluciones positivas existen en el texto de la Ley 54/2007. Los autores de las críticas contra la Ley 54/2007, simplemente devalúan tales normas flexibilizadoras (= no las citan ni las recogen, no leen correctamente el texto legal o degradan tales expedientes flexibilizadores privándoles de su efecto útil, a pesar de que el tenor literal del elemento flexibilizador contenido en la Exposición de Motivos es evidente¹⁶⁹). Pues bien, la habilitación del legislador para proceder a un desarrollo judicial de las soluciones escritas contenidas en la LAI, existe y resulta meridianamente clara. Los autores de las críticas clónicas contra la Ley 54/2007 rechazan lo evidente porque asumir tales datos destruiría todas sus críticas contra la Ley 54/2007. Sólo ven lo que quieren ver. O, mejor expresado, sólo ven lo que pueden ver. Y con ello, las críticas de estos autores se vuelven contra sus propios planteamientos, pues es la misma Ley 54/2007 la que acepta y permite su desarrollo judicial. El desarrollo judicial de la Ley 54/2007 se sitúa “dentro del sistema legal”.

125. Segunda: los autores de las críticas contra la Ley 54/2007 se empeñan, incomprensiblemente, en buscar las interpretaciones más alambicadas y contrarias al sentido común, para lo cual, fuerzan la letra de la Ley en contra del espíritu de las normas (= y en contradicción con el art. 3.1 CC). La operación de interpretación de las normas jurídicas con arreglo a su *ratio* y finalidad y por la reducción teleológica de las mismas, no daña, en absoluto, la seguridad jurídica. Los males del desarrollo judicial, con un buen desarrollo judicial se curan. En efecto, en Derecho hay respuestas que “convencen más” y otras que “convencen menos”. Y convence la respuesta que aparece mejor argumentada. La argumentación no es una cadena de silogismos perfectos (= como sucede en las Matemáticas o en las Ciencias Naturales), porque lo que el Derecho estudia no son números o datos cuantificables de modo exacto, sino “comportamientos sociales”. Por ello, el razonamiento jurídico se construye sobre normas jurídicas (= que no son “verdades matemáticas”, sino meras “soluciones razonables” a conflictos sociales), que se proyectan sobre conductas humanas (= que no son datos aritméticos) y se expresa con el lenguaje (= que no es un sistema de ecuaciones algebraicas ni de fórmulas exactas, sino una herramienta de comunicación, con frecuencia, imperfecta). Una fórmula matemática no admite interpretaciones (= pues se expresa en términos objetivos y neutros, a través de un sistema de signos matemáticos), pero las normas jurídicas admiten y necesitan interpretaciones (= ya que se expresan a través del lenguaje, que es un sistema de comunicación, a su vez, interpretable subjetivamente y de significado variable). La interpretación sostenida en el presente trabajo se apoya en la “mejor argumentación”. Y la mejor argumentación es aquella que convence en mayor medida porque proporciona soluciones más razonables en el caso concreto. Es aquélla que usa en mayor y mejor medida la antigua y buena *prudentia juris* (= que debe traducirse como “sabiduría jurídica” y no como “cobardía” o “falta de valor jurídico”). La crítica que propone una lectura literal de la Ley 54/2007 ignora, de manera preocupante, las bases de la argumentación jurídica.

126. Tercera: los sujetos críticos con la Ley 54/2007 simplifican la realidad y optan por atrincherarse en un rancio positivismo legalista como baluarte para atacar la calidad de la Ley 54/2007. Varias consideraciones resultan oportunas al respecto.

127. a) Este enfoque relega al operador jurídico y en especial, a los jueces, a operar exclusivamente como la “boca de la Ley” (= la *bouche de la loi*, en famosa expresión de MONTESQUIEU). En efecto, para estos sujetos, el operador jurídico debe adoptar una *actitud pasiva* (= aceptar la norma positiva y aplicarla). Su margen de maniobra no existe: el juez es sólo la “boca de la Ley”. Se podría, incluso, ya puestos, prescindir de los jueces y de los juristas: bastarían los ordenadores, que practicarán el llamado “silogismo jurídico” de la subsunción de los hechos en las palabras de la Ley. Los autores de las críticas clónicas contra la Ley 54/2007 ocultan que el desarrollo judicial del DIPr. es una constante diaria en el quehacer de los operadores jurídicos. En efecto, si no se puede recurrir a expedientes no expresamente previstos en las leyes para flexibilizar las soluciones positivas de DIPr., resultaría que la Constitución

¹⁶⁹ *Ad ex.*, S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, esp. p. 67.

Española de 27 diciembre 1978 no es fuente del Derecho como tampoco los instrumentos legales de Derecho comunitario, porque el art. 1 CC “no lo dice” (= por supuesto, nadie en su sano juicio alcanzaría tal conclusión, diga lo que diga el art. 1 CC, precepto que contiene el elenco de las fuentes del Derecho español). Resultaría también que el “orden público” al que alude el art. 12.3 CC no es “internacional”, sino “interno”, porque el art. 12.3 CC no alude al carácter “internacional” del orden público (= naturalmente, doctrina y la jurisprudencia concuerdan sin fisuras en que el art. 12.3 CC se refiere al orden público “internacional”, aunque la letra del precepto “no lo diga”¹⁷⁰). Resultaría también que el reenvío recogido en el art. 12.2 CC debe operar en relación con todas las materias y con todas las normas de conflicto, incluidas aquéllas que emplean la autonomía de la voluntad como criterio para designar el Derecho aplicable, y debería operar también el reenvío aunque la observancia del mismo condujera a fraccionar la sucesión *mortis causa*, porque el citado art. 12.2 CC aparece redactado en términos generales y “no dice” que no deba aplicarse en estos casos (= evidentemente, ello no es así, y doctrina y jurisprudencia son pacíficas a la hora de señalar que el reenvío de primer grado no debe aplicarse en relación con las normas de conflicto que permiten la elección de la Ley aplicable por las partes, y que tampoco debe observarse si conduce a fraccionar la Ley aplicable a la sucesión, aunque el art. 12.2 CC “no lo diga”). Resultaría, igualmente, que no sería posible sancionar el fraude a la Ley extranjera, porque el art. 12.4 CC nada indica al respecto (= por supuesto, ello no es así, pues abundante doctrina admite dicha posibilidad, aunque el precepto “no lo diga”¹⁷¹). Del mismo modo, no sería posible en ningún caso admitir un recurso contra el auto que deniega o admite el *exequetur* (art. 956 LEC 1881), puesto que dicho precepto lo niega radicalmente de modo transparente (= naturalmente, ello no es así, y jurisprudencia y doctrina concuerdan en admitir tal recurso, aunque el precepto “no lo diga”¹⁷²). Resultaría que no debe admitirse el recurso de casación por infracción de la Ley extranjera, ya que el art. 477 LEC nada indica al respecto (= por supuesto, las cosas no son así y hasta el mismo TS lo admite [STS 4 julio 2006], aunque el precepto, clarísimo al respecto, pues basta leerlo atentamente, “no lo diga”).

128. b) Los autores de las críticas clónicas contra la Ley 54/2007 apelan a la intervención del legislador para lograr una solución jurídica adecuada. Sin embargo, y como demuestra la experiencia, dicha intervención puede llegar tarde, o más frecuentemente, puede no llegar nunca. Por lo tanto, estos sujetos prefieren aplicar la letra del Derecho vigente, aunque ello conduzca a resultados poco adecuados y/o injustos, antes que admitir que el desarrollo judicial del DIPr. escrito es necesario y conveniente. Estos autores se refugian en el mundo inexistente de las “propuestas de *lege ferenda*” (= indican “cómo debería ser”, en “su opinión”, la solución de DIPr.). Pero esta perspectiva resulta profundamente reaccionaria. En efecto, de ese modo, estos autores renuncian a una regulación adecuada de la adopción internacional a través del Derecho vigente y aplazan la solución de los problemas jurídicos a una reforma legal que no existe ni se la espera. Además, al formular soluciones *de lege ferenda*, sus propuestas se vuelven “no falsables”, y por lo tanto “no científicas”. En efecto, esta postura “legeferendista” no resuelve nada, pues confunde al lector y al aplicador del Derecho, ya que las propuestas *de lege ferenda* formuladas por estos autores constituyen una ficción, un DIPr. doctrinal *de lege ferenda* no falsable y que no puede ser aplicado, porque no es Derecho. Estos autores proponen “soluciones de futuro”, que son inaplicables *per ipsa natura sua*. Los autores de las críticas clónicas contra la Ley 54/2007 “juegan a ser legisladores” (= son “legeferendistas”), y equivocan el camino, ya que la alternativa al positivismo exacerbado es el desarrollo judicial. Que no es otra cosa, por cierto, que la aplicación de la Ley con sentido común.

129. c) La utilización de “conceptos jurídicos indeterminados” en DIPr. constituye una tendencia metodológica no tiene nada que ver con ningún “subjetivismo”. Llamar “subjetivismo” al espacio de libertad concedido al juez para la precisión de la Ley aplicable, espacio que cuenta con poderosos límites

¹⁷⁰ Vid. *ad ex.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, p. 143.

¹⁷¹ Vid. *ad ex.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, p. 133.

¹⁷² Vid. *ad ex.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, p. 210.

bien marcados, supone una lamentable confusión de conceptos. Negar esta tendencia supone negar el futuro del DIPr. Por otro lado, tras esta crítica lo que se esconde es un temor a los conceptos jurídicos indeterminados y a los conceptos flexibles como elementos o parámetros para fijar la Ley aplicable. Este temor comporta graves consecuencias, porque revela un profundo espanto a operar y a convivir con la complejidad legal y social que caracteriza el DIPr. del siglo XXI. Lo que algunos llaman “complejidad” o “riesgo para la seguridad jurídica” (S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ)¹⁷³, es considerado por otros como los auténticos “órganos de respiración” del sistema legal.

130. d) Ciertos autores de las críticas contra la Ley 54/2007 llevan a cabo una extrema simplificación de las soluciones recogidas en la Ley 54/2007. Para ellos, y salvo excepciones contadas, todo el contenido de la Ley 54/2007 es técnica y valorativamente nefasto. Naturalmente, este planteamiento es un error. La simplificación se produce porque, al negar todo desarrollo judicial, la Ley suscita, como no puede ser de otro modo, resultados inadecuados y ello se extiende por todo el articulado de la Ley 54/2007. Se niega la evidente existencia de mecanismos de interpretación y de reducción teleológica del DIPr., con lo que las soluciones “se vuelven” rígidas y simples (= no es que lo “sean”, pero así resultan porque se niega toda operación de interpretación de las normas con arreglo a su *ratio*);

131. En suma, quedarse en una (falsa) interpretación meramente literal de las soluciones recogidas en la Ley 54/2007 supone apostar en favor de la aplicación ciega de las normas al viejo modo de la jurisprudencia de conceptos, un modo reaccionario de entender el sistema jurídico que no se corresponde con las buenas artes de la interpretación jurídica. Reducir el Derecho a “lo que dice la norma positiva” refleja una enorme e inquietante pobreza argumental. El positivismo normativista es, para estos autores, la excusa perfecta para criticar las soluciones contenidas en la Ley 54/2007. Es, para ellos, un “placebo anticientífico” que les evita tener que construir una “argumentación sobre valores”, una mera añagaza intelectual, una artimaña mental con forma de mero instrumento teórico. Pero es que, además, estas críticas manifiestan, como ha quedado demostrado, una clara inconsistencia interna, ya que el legislador permite, en el texto de la Ley 54/2007, el buen desarrollo judicial de las soluciones positivas.

2. Los prejuicios cognitivos del discurso crítico-clónico contra la Ley 54/2007.

132. El carácter pétreo de ciertas críticas contra la Ley 54/2007 (= “todo es malo en la Ley 54/2007”, es su mensaje), resulta altamente sospechoso desde un punto de vista jurídico. Para valorar el carácter científico o acientífico de las mismas, es preciso “deconstruir las críticas” (= la “descodificación del mensaje” es necesaria para comprender bien el significado último de tales críticas). Para llevar a cabo tal descodificación, existe una preciosa herramienta epistemológica: el mismo mensaje, pues en el mismo “mensaje escrito” se hallan, sin duda, las claves para describir el “mensaje no escrito”.

133. Un dato clave está constituido por la extrema agresividad y la exagerada virulencia de las críticas lanzadas contra la Ley 54/2007. Los autores críticos con la Ley 54/2007 están muy enfadados. Pues bien, dicha agresividad verbal refleja un claro temor por parte de los sujetos que formulan las críticas contra la Ley 54/2007. Se trata del temor que surge al haber sido desautorizados por el legislador (= que ni les ha consultado ni ha seguido sus tesis). Su discurso padece una incurable inflexibilidad cognitiva. Es un discurso que tiene que ser necesariamente así (= sesgado y erróneo) debido a que estos expertos no aceptan interpretaciones jurídicas que no sean las suyas. Estos autores críticos con la Ley 54/2007, en el fondo, no son responsables del discurso crítico que desarrollan contra dicha Ley. Las estructuras que determinan sus pensamientos, y no ellos, son las responsables de tal discurso ideológico.

Para lograr un desarrollo aparentemente científico de este discurso crítico anti-Ley 54/2007, los autores responsables del mismo han recurrido a una muy conocida *tabula in naufragio* metodológica: el positivismo legalista. Pero, para ellos, el positivismo legalista no es más que una excusa formal,

¹⁷³ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Diario La Ley*, 26 marzo 2008, versión *on line*. También S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, *passim*.

una herramienta dialéctica para poder criticar. Si la Ley 54/2007 hubiera sido una Ley reglamentista, ellos habrían defendido la conveniencia de haber redactado una Ley sobre adopción internacional que permitiese un prudente y necesario desarrollo judicial. Ello explica que estos autores no duden en afirmar que la Ley 54/2007 es una “monstruosidad”, ya que, por ejemplo, dicha Ley sigue un sistema de control de la competencia judicial internacional que ellos no comparten o no comprenden, o porque admite el reenvío de primer grado, institución que ellos consideran que debería ser exterminada del panorama legal (= pese a que el legislador y el Tribunal Supremo, naturalmente, con buen criterio, opinan lo contrario)¹⁷⁴.

Estos autores, realmente, no pueden afirmar lo contrario (= no pueden “dar la razón al legislador” porque ello supondría desautorizarse a sí mismos y su ideología se lo impide). Es decir, estos autores carecen de un enfoque científico, pero, precisamente por ello, no se les puede imputar culpa alguna ni mala fe en el análisis que realizan de las normas de DIPr. No disponen de alternativa metodológica porque la ideología que les inspira les produce una serie de prejuicios cognitivos que les impide ver la realidad como es. Además, este fenómeno (= inadaptación para el análisis científico de las normas positivas de DIPr. que se apartan de sus tesis), no se limita a la Ley 54/2007. Estos autores no dudan en acusar al legislador comunitario de cometer “disparates” si no acoge, por ejemplo, sus tesis en favor de un contrato internacional regido exclusivamente por la *Nueva Lex Mercatoria*¹⁷⁵. En el fondo, las críticas clónicas contra la Ley 54/2007 no son más que ideología disfrazada de Ciencia, pequeñas pataletas doctrinales que se traducen en una “evidente descalificación desproporcionada” de la Ley 54/2007¹⁷⁶. Ello refleja lo que denunciaba A. SCHOPENHAUER, es decir, que “cuando un adversario se enfada es porque se ha tocado su punto débil”¹⁷⁷.

IV. Reflexiones finales.

134. La Ley 54/2007 refleja un modo de concebir el Derecho internacional privado como sistema de reglas jurídicas que se construye mediante una combinación de reglas generales diseñadas por el legislador y de reglas especiales creadas por los tribunales en atención a las circunstancias del caso concreto. En tal sentido, las normas de la Ley 54/2007 superan el positivismo legalista y se abren a la realidad del discurso práctico del Derecho internacional privado: en la Ley 54/2007, las soluciones de Derecho internacional privado son una perfecta combinación entre el producto que sale de la fábrica del legislador y la elaboración decisional de los tribunales. El empleo, por parte del legislador que redactó la Ley 54/2007, de “expresiones creativas” en las normas de DIPr. revela su firme voluntad de lograr la mejor localización y el mejor resultado material en interés del menor.

135. La Ley 54/2007 parece apostar de modo decidido por la “creación coral del DIPr.”, llevada a cabo, al mismo tiempo, por el legislador y por los aplicadores del DIPr. Dicha Ley arranca del postulado de que los jueces son los garantes de la legalidad en la constitución y demás vicisitudes de la adopción internacional y que, por tanto, deben poder operar como algo más que la “boca de la Ley”. El legislador que elaboró de la Ley 54/2007 parte de la premisa consistente en que el intérprete máximo de la Ley, el juez, debe disponer de un “poder legítimo” para desplegar un “desarrollo judicial de la norma positiva”. Por ello, puede afirmarse, que, en general, las soluciones contenidas en la Ley 54/2007 en relación con las cuestiones de DIPr. relativas a la adopción, no son reglamentistas, sino soluciones abiertas, flexibles y que permiten su aplicación ponderada y adaptada al caso concreto, con el objetivo de lograr la mejor solución de DIPr. posible para la realización del interés del menor en los supuestos relativos a la adop-

¹⁷⁴ S. SÁNCHEZ LORENZO, “Prólogo a J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Univ. Alcalá de Henares, 2008, pp. 7-12, esp. p. 12.

¹⁷⁵ Es el caso de S. SÁNCHEZ LORENZO, “Prólogo a J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Univ. Alcalá de Henares, 2008, pp. 7-12, esp. p. 11. También *Vid. ad ex.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 5ª ed., 2009, p. 488.

¹⁷⁶ Son palabras de S. ADROHER BIOSCA, “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los santos inocentes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. p. 18.

¹⁷⁷ A. SCHOPENHAUER, *El arte de tener razón (expuesto en 38 estratagemas)*, Alianza Editorial, Madrid 2008, pp. 51-52.

ción internacional¹⁷⁸. Una interpretación contenida de la Ley 54/2007, como se ha visto, contribuye a frenar la confusión y el desconcierto que, de manera infundada, había sido generado por ciertos críticos de la Ley 54/2007 y permite dotar de seguridad jurídica y de profundidad axiológica a las soluciones de DIPr. contenidas en la dicha Ley. Q.E.D.

¹⁷⁸ S. ADROHER BIOSCA, “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los santos inocentes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 711, 2008, pp. 13-55, esp. pp. 34-35, indica: “Una valoración final sobre esta Ley debería responder a la pregunta fundamental de si mejora la situación de los principales protagonistas y destinatarios de la misma, los “santos inocentes”, dicho de otro modo, si acerca la regulación española de la adopción internacional al interés superior del menor respecto de la regulación anterior. La respuesta a esta pregunta es claramente afirmativa”.

LA *KAFALA* ISLÁMICA EN ESPAÑA*

M^a DEL PILAR DIAGO DIAGO

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza*

Recibido: 29.01.2010 / Aceptado: 12.02.2010

Resumen: La *Kafala* es una institución muy compleja que tiene un marcado carácter multifuncional, y que cuenta con un poderoso componente religioso. Todo ello hace que se resista a toda tentativa de asimilación plena, con las instituciones del Derecho español, complicando la tarea de Derecho Internacional Privado de asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas en situaciones transfronterizas.

La sustitución integral de la *Kafala* por una medida de protección del menor propia de nuestro sistema y en especial, por la adopción, acogimiento o tutela, desencadena una metamorfosis artificial de aquella no justificada.

Las resoluciones de *Kafala* una vez reconocidas en España, deben poder desplegar los efectos que le son propios, según la ley extranjera de origen y en atención a cada supuesto concreto; esto es, examinado el contenido del acto de constitución, se procederá a la equiparación funcional con la figura de Derecho español, que pueda dar la cobertura suficiente al efecto reclamado.

Palabras clave: *Kafala*, Derecho de familia internacional, reconocimiento, medidas de protección del menor.

Abstract: *Kafala* is a very complex institution with a significant multifunctional nature and a considerable religious component. For these reasons a total assimilation of the *kafala* with Spanish legal institutions is extremely difficult and the attempt of International private Law seeking continuity in cross-border legal relationships is highly complicated. Replacing the *kafala* by a protection measure for minors from our own legal system, such as adoption, foster care or guardianship, results in an unjustified artificial metamorphosis of the *kafala*.

Once the *Kafala* is recognized in Spain it should be able to produce all the effects it has in the foreign law of origin attending to each particular case. That is, considering the content of the constitution of the *kafala* a functional equalization with the institution of Spanish law suitable to guarantee the corresponding effect will take place.

Key words: *Kafala*, International family Law, recognition, protection measures for minors.

Sumario: I. Introducción. II. La *Kafala* islámica: caracterización general. III. La *Kafala* en el Derecho marroquí y sus efectos. 1. Los efectos relativos a la constitución de la *Kafala*. 2. Condiciones necesarias para el otorgamiento de la *Kafala*. 3. Tipos de *Kafala*. IV. Situaciones relativas a *Kafala* que requieren la atención del Derecho Internacional Privado. V. Reconocimiento en España de resoluciones extranjeras de *Kafala* constituidas en el extranjero. VI. Efectos jurídicos en España de resoluciones extranjeras de *Kafala* constituidas en el extranjero. 1. Técnica de la sustitución y posible asimilación. A) La adopción. B) Otras medidas de protección: acogimiento y tutela. 2. Equiparación “funcional” caso por caso. VII. Consideraciones finales.

* Estudio realizado en el marco de los Proyectos de Investigación P1055-08 Gobierno de Aragón “Conflicto intercultural y Derecho islámico: soluciones para la integración jurídica de la diversidad” y UZ2009-SOC-03 Universidad de Zaragoza “Sociedad intercultural e Islam en España: Retos del ordenamiento jurídico”.

I. Introducción

1. La transformación pausada, continua y progresiva de la sociedad actual que tras la sorpresa de recibir otras realidades culturales, se ha instalado en un marco de deseable diálogo de civilizaciones, conforma el escenario en que, como ya vaticinará A. BORRÁS RODRÍGUEZ en el año 1994, se generan numerosos conflictos ocultos que requieren la atención del Derecho Internacional Privado¹.

La existencia de otras realidades jurídicas, a veces imbuidas en principios extraños a aquellos que conforman el “mundo” Occidental, dejan de ser algo ajeno y exótico, al filtrarse a través de los elementos de heterogeneidad de las relaciones privadas. Bien entendido que la heterogeneidad desde una lectura en línea con la recepción de la diversidad, puede ir mucho más allá de la mera presencia de elementos de extranjería, la cual ha venido a conformar el núcleo tradicional del Derecho Internacional Privado.

Al margen de cual sea el Derecho aplicable, la existencia de peculiaridades culturales y religiosas no puede ser ignorada y menos por el hecho de no encajar en la estructura del orden jurídico de la sociedad en la que coexisten. El respeto a la diversidad, necesariamente ha de entrañar el respeto a la ley extranjera y aún más, el respeto a la identidad cultural y religiosa que se deriva en ocasiones directamente, de la pertenencia a una determinada confesión².

2. Nos situamos en suma, en la esfera de una nueva generación de problemas de Derecho Internacional Privado, frente a los cuales con frecuencia, las legislaciones adolecen de preparación³. Respecto de aquellos y tal y como señala S. VRELLIS, la justicia puramente formal de Derecho Internacional Privado clásico, debe ser reemplazada en la práctica, por una justicia material pero siempre a través de los mecanismos propios de la disciplina⁴.

Estos mecanismos son los que necesariamente se deben desplegar, cuando hace su aparición en el escenario del Derecho Internacional Privado, instituciones desconocidas por los ordenamientos de los países de acogida. Como ya ha sucedido con anterioridad con instituciones propias de Derecho islámico como el matrimonio polígamo, la dote islámica o el repudio o talad, la *Kafala* hace su aparición, reclamando el reconocimiento de efectos y generando los problemas a los que se acaba de aludir.

3. Con el presente estudio se trata de hacer un acercamiento a las situaciones que, reflejo de la mundialización de las relaciones personales y familiares, han dado ya lugar a resoluciones judiciales. El carácter desconocido de ésta institución perturba su penetración en el sistema jurídico español y da lugar a cierta desorientación que no es sino producto de la dificultad extrema que implica reconocer una relación jurídica internacional extraña. De ahí que resulte esencial el estudio de las características de esta figura en aras a buscar y tratar de encontrar soluciones de Derecho Internacional Privado que procuren como señalara J.D. GONZÁLEZ CAMPOS la conciliación y el ajuste social⁵.

¹ A. BORRÁS “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel” en *Recueil des Cours*, vol. 249 1994-V, pp. 145 a 368; ID., “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, en VV.AA., *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona 1998, pp. 163 a 198, con cr. p. 166: “se trata de supuestos en que determinadas peculiaridades culturales de un grupo, a menudo numeroso, son tomadas en consideración al margen de la legislación que resulte aplicable”.

² E. JAYME “Identité culturelle et intégration. Le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé” en *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995-II.

³ P. GANNAGÉ, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille” en *Revue critique de droit International Privé*, 1992, p. 426, señalaba en esta línea que las soluciones de Derecho Internacional Privado clásico no resultan satisfactorias.

⁴ S. VRELLIS “Le droit International privé est par hypothèse ouvert au monde entier: il n’est pas xénophobe ni impérialiste” *Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice*, *Recueil des Cours* 2007, t. 328, pp. 188-474, en especial p. 457.

⁵ Discurso de investidura del Profesor Doctor JULIO DIEGO GONZÁLEZ CAMPOS como *Doctor Honoris Causa*, Universidad de Salamanca, Secretaría General, 2001 p. 43.

II. La *Kafala* islámica: caracterización general

4. El termino “*Kafala*” en árabe hace referencia a dos conceptos, uno relacionado con la garantía de pago pero no sólo referida a cuestiones pecuniarias y otro, el que aquí interesa, referido al compromiso de cuidado de un menor⁶ y que está íntimamente relacionado con el interés del niño en que se declara fundada la *La Sharia*, la ley islámica⁷.

5. La *Kafala* es una institución propia del mundo islámico por el cual el *kafil* (titular de la *Kafala*) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor (*makful*) de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo. Es importante resaltar la manera gráfica en que se describe las obligaciones que derivan de la *Kafala* tanto en el Código Argelino de estatuto personal⁸ ar. 116 *de igual forma que lo haría un padre por su hijo*, como en la Ley marroquí nº 15-01 relativa a la *Kafala* de los menores abandonados *de la misma manera que lo haría un padre por su hijo*⁹.

El Corán pondera el cuidado de los niños sin hogar, (debe recordarse que el mismo Mahoma fue huérfano) y lo hace dentro del marco de reconocimiento por la *Sharia* y desde hace más de 14 de siglos, de numerosos derechos a los niños. Esta institución está íntimamente ligada a los valores sociales tradicionales que presiden la sociedad islámica en general y en concreto a sus valores religiosos.

6. La configuración concreta de ésta figura así como sus requisitos formales y sus modalidades de funcionamiento, presentan variaciones según el ordenamiento islámico que se tome de referencia. No es lo mismo la *Kafala* marroquí que como se verá, acepta la *Kafala* internacional, que la *Kafala* argelina que exige que el *kafil* sea argelino, condición de nacionalidad que es exigida también en Siria o Jordania respecto de sus nacionales y que tampoco aceptan la *Kafala* de extranjeros e incluso llegan a impedir que el *Kafil*, aun nacional, se instale en el extranjero con el niño. La legislación marroquí en estos supuestos, exige la autorización del juez competente, que es el juez de tutelas y siempre en interés de las partes (art. 24).

Ahora bien, sea como fuere el perfil diseñado para la *Kafala* por los diferentes sistemas jurídicos musulmanes, lo que no varía es su fundamento y su anclaje en la ley divina relevada por Dios, en la *Sharia*, de ahí que el factor religioso sea extremadamente importante. Sólo podrán ser *kafil* los musulmanes pues estos asumen el deber sagrado de educar al niño en la verdad del Corán.

El factor religioso forma parte de la esencia de esta peculiar forma de protección de los menores y encuentra su explicación en un principio que inspira los sistemas jurídicos islámicos y que orienta sus diferentes normativas: la preservación de los lazos de sangre y por ende, la exclusión de la adopción.

7. La adopción en la mayoría de los sistemas jurídicos musulmanes está prohibida, es *haram*, con la excepción en los países del Magreb de Túnez que la admite, si bien con una práctica muy escasa¹⁰. Ahora bien, esta afirmación y la misma figura de la *Kafala*, debe ser entendida en el contexto particular del Derecho de los países del mundo islámico que difícilmente, puede entenderse desde las estructuras

⁶ F. MAÍLLO SALGADO *Diccionario de Derecho islámico* Gijón 2005 p. 183 a 185.

⁷ D. CHARIF FELLER *La garde (Hadanah) en droit musulman et dans les droit égyptien, syrien et tunisien*, Genève, 1996, p. 14

⁸ Su base fundamental es la escuela jurídica malikí, vid. C. RUIZ-ALMODÓVAR *El Derecho Privado en los países árabes. Códigos de estatuto personal*, Granada 2005 p. 11 y s.s Ley nº 84-11, de 9 de junio de 1984 por la que se aprueba el Código modificado posteriormente por Decreto de 27 de febrero de 2005. Para un acercamiento a la reforma vid. SAÏDI, “La réforme du Droit algérien de la famille: pérennité et rénovation”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2006, nº 1, p. 119 y ss.

⁹ Dahir nº 1-02-172 de promulgación de la Ley nº15-01 B.O de 5 de septiembre de 2002 v. traducción en AAVV, *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de Derecho Privado marroquí*, vol. II, Madrid, 2009, pp. 189-198 y Anexo AAVV, *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, pp. 88-97.

¹⁰ Ley nº 58-27, de 4 de marzo de 1958, sobre tutela pública, tutela oficiosa y adopción, K. MEZIOU, “Tunisie”, *J.-Cl. Droit comparé*, 1997, fasc. 1, nº 151 ss.

de los esquemas occidentales¹¹.

8. Debe tenerse presente que ideas tan arraigadas en nuestra cultura como la separación entre sociedad civil y religiosa, entre Derecho secular y Derecho confesional, son extrañas al mundo islámico. Esta mezcla compactada tiene su reflejo directo en la legislación y en la jurisprudencia. Si bien es cierto que actualmente la mayor parte de los países del mundo islámico no aplican directamente el Derecho islámico, sino que tienen Códigos de Derecho positivo, también lo es que estos Códigos están inspirados y respetan el Derecho islámico. Esto es especialmente así, en las materias relativas al Derecho de familia y de la persona¹², lo que le ha merecido la calificación de “bastión de la Sharia”¹³.

Así pues, no es de extrañar que la prohibición de la adopción se derive de los versos 5, 37 y 38 de la Azora de los Partidos y que de ahí, haya pasado a las diferentes legislaciones. El art. 149.1 del Código de familia marroquí es un ejemplo paradigmático: “La adopción no tiene valor jurídico y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima” A partir de aquí, investigar el origen de esta prohibición que puso fin a la práctica de adopciones en la Arabia pre-islámica es muy difícil.

9. Frente a versiones que plantean dudas a cerca de su veracidad, pero que han sido difundidas a través de diferentes trabajos en Occidente¹⁴ y que quizás encajen mejor en una “mentalidad pragmática”, como es el que con tal prohibición se evitaba al escándalo que supondría que el Profeta tomará como esposa a su nuera adoptiva (Zaynab esposa de Zayd hijo adoptivo del Profeta), los comentaristas más destacados del Corán, explican el origen de la prohibición de manera muy diferente. Tras el fracaso del matrimonio entre Zayd y Zaynab y una vez disuelto éste, el Profeta toma como esposa a Zaynab, obedeciendo una orden divina. Con este proceder da prueba definitiva de que la adopción queda prohibida por el Islam y por tanto, el matrimonio se podía celebrar pues la adopción de Zayd no había generado vínculos de filiación¹⁵.

¹¹ Vid., en especial, M. CHARFI, “L’influence de la religion dans le Droit international privé des pays musulmans”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 203 (1987-III), pp. 321 ss. y S. AALDEEB ABU-SAHLEH, “Conflits entre Droit religieux et Droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1997, n° 4, p. 813 ss.

¹² Para un acercamiento general a los problemas que genera la recepción de este Derecho v. entre otros M^a P. DIAGO DIAGO “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español”, *Aequalitas*, n° 6 (enero-abril de 2001), pp. 6 ss. y A. MOTILLA y P. LORENZO *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, Madrid, 2002

¹³ Incluso cuando se ha acometido un importante proceso de modernización de ese Derecho, como ha ocurrido con la nueva Mudawwana marroquí, se ha acometido desde el respeto a la ley islámica y con los límites que ella marca. De hecho fue promulgada por Mohamed VI en su condición de emir de los creyentes. Estos dos principios que han guiado la reforma (afán de modernización y respeto a la tradición islámica), se recogen expresamente en el preámbulo de la ley como principios rectores al afirmar que “*el Soberano ha insistido a este respecto en la necesidad de atenerse escrupulosamente al espíritu de los verdaderos propósitos e intenciones del Islam, generoso y tolerante. Igualmente, su Majestad ha exhortado a los miembros de la Comisión a valerse del esfuerzo jurisprudencial de la ijtihad (interpretación), teniendo en cuenta el espíritu de la época, los imperativos de la evolución y los compromisos suscritos por el Reino en materia de derechos humanos tal y como son reconocidos universalmente*”. Vid. Z. COMBALÍA SOLÍS “¿Igualdad o equidad?: el reconocimiento en occidente de instituciones islámicas de inspiración patriarcal”, en AA.VV. (B. GONZÁLEZ-MORENO [coord.]), *Políticas de igualdad y derechos fundamentales*, Valencia 2009, p. 260. Respecto de la justificación para la promulgación del nuevo Código de familia, vid. A. RODRÍGUEZ BENOT “El régimen de las relaciones de familia de los marroquíes ante el ordenamiento español”, en AA.VV., *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, 2009, pp. 671-684, en especial p. 676 y, para un acercamiento a las repercusiones que ha tenido en la inmigración marroquí, vid., en general, M^a P. DIAGO DIAGO, “Repercusiones de la nueva Mudawwana en la inmigración marroquí”, en AA.VV., *Musulmanes en el Aragón del S. XXI*, Zaragoza, 2004, pp. 141-161.

¹⁴ Entre otros, vid. aproximación en F. CALVO BABIO, *Reconocimiento en España de adopciones simples realizadas en el extranjero*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003, pp. 13-15 y otros acercamientos en E. CONTE, “Choisir ses parents dans la société arabe. La situation à l’avènement de l’Islam”, en AA.VV., *Epouser au plus proche. Inceste, prohibitions et stratégies matrimoniales autour de la méditerranée*, Editions de l’école des hautes études en sciences sociales, Paris pp. 165-186.

¹⁵ H. ZEKRI “La *Kafala* en el Derecho marroquí”, en AAVV, *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, pp. 8 y 9. Por lo que se refiere a la vida del Profeta, vid., en general, I. HICHAM (traduit par Wahid Atallah), *La biographie du Prophète Mahomet*, Fayard, Paris, 2004; I. ISHAQ, *La vie du Prophète Muha-*

10. Sea como fuere, lo que aquí interesa es que la caracterización de la *Kafala* se aparta definitivamente de la figura de la adopción, pues ésta jamás creará vínculos de filiación, mientras que aquella siempre lo hará; desde su configuración más leve en la que se mantienen vínculos de filiación con la familia anterior: adopción simple, hasta la configuración de la adopción plena, en la que se rompen definitivamente los vínculos con la familia anterior.

11. Pero además, obsérvese que la *Kafala* se constituirá por *Kafil* de confesión musulmana, lo que refuerza su carácter especial que vuelve a alejarla de la adopción y que responde a su instrumentalización hacia la tarea de la educación del niño en la religión musulmana. No debe olvidarse por otro lado, la fisonomía de los ordenamientos de países del Próximo Oriente, que presentan un carácter confesional que da coherencia a esta regulación y del que no puede aislarse esta figura, so pena de sufrir una grave desnaturalización.

12. De todo lo señalado hasta aquí, cabe afirmar que la *Kafala* es una medida de protección del menor que, como se ha visto, no es universalmente conocida, como tampoco lo es la adopción, pero que recibe reconocimiento como tal medida, como así ocurre con la adopción. Esta afirmación encuentra su fundamento máximo en el art. 20, apartado 3º, del Convenio sobre los derechos del niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 en el marco de las Naciones Unidas¹⁶. El art. 20 dispone que:

1. *Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar; o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.*

2. *Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.*

3. *Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la *Kafala* del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.*

13. Resulta especialmente importante asimismo, destacar la atención prestada a la *Kafala* en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, destinado a reemplazar al de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores aún vigente para nosotros¹⁷. Tal Convenio, como se analizará más adelante, recoge de manera expresa, entre las medidas protectoras del menor, su acogimiento mediante *Kafala* en sus arts. 3, letra e) y 33.

14. El reflejo que esta institución tiene en los textos internacionales citados, debe proyectarse en una cuestión especialmente importante desde la perspectiva internacional privatista, como es la de la posible operatividad del orden público internacional. Es evidente, que la admisión de su existencia, que aquellos hacen de la *Kafala*, impide plantear en principio problemas relativos a esta excepción¹⁸ y ello aún cuando la constitución de esta figura y su desarrollo presentan, como ha sido expuesto, un marcado carácter religioso¹⁹. En definitiva, la caracterización general de la *Kafala* la sitúa dentro del marco de la protección del menor y de las medidas que cada ordenamiento articula para ello, siendo la que proporciona el máximo de protección previsto por los Derechos islámicos. Por su parte, la adopción es la

mmand, T. I, Editions Albouraq, Beyrou, 2001.

¹⁶ *Boletín Oficial del Estado* nº 313, de 1 diciembre; en él es parte asimismo Marruecos.

¹⁷ *Boletín Oficial del Estado* nº 199, de 20 agosto 1987. España firmó el Convenio de 1996, abril de 2003, pero no lo ha ratificado.

¹⁸ Así lo señala A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La protección del menor venido a España en *Kafala* : acogimiento con tutela dativa, y en su caso, adopción”, en AA.VV., *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, p. 157: “Ni la *Kafala* ni la adopción plantean un problema de orden público internacional a la luz de los textos internacionales”.

¹⁹ Obsérvese que, en estos casos, no habrá lugar a que se produzca una “externalidad negativa” para la sociedad española por lo que no se activará la excepción de orden público. Vid., sobre esta excepción, el exhaustivo análisis de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público Internacional y externalidades negativas”, *BIMJ*, 2008, nº 2065, pp. 2351-2378.

medida que proporciona la máxima protección en los ordenamientos occidentales a los niños que no pueden encontrar una familia adecuada tal y como señala el Convenio de La Haya de 1993. Se trata por tanto, de dos instituciones que encuentran su fundamento último en el interés superior del menor, siendo sin embargo desde el punto de vista jurídico, figuras distintas y que por tanto, no deben ser confundidas.

III. La *Kafala* en el Derecho marroquí y sus efectos

15. Una vez realizado un acercamiento general a esta institución desconocida por nuestro ordenamiento, se impone un análisis más exhaustivo que tome como base la regulación *ad hoc* que el Derecho marroquí le dedica. La cercanía con Marruecos y el hecho de que los marroquíes sigan siendo en términos absolutos, los nacionales de terceros Estados con más presencia en España, explica el que sea la *Kafala* marroquí la que cada vez con más frecuencia, conforme el núcleo de diversas situaciones que reclaman la atención de nuestra disciplina y de nuestra justicia, máxime cuando aquella puede adoptar la modalidad internacional.

16. El claro asentamiento de la *Kafala* en los valores tradicionales de estas sociedades, lleva a que sea habitual el que no exista una normativa específica dedicada a ella, pero no es el caso del Derecho marroquí que cuenta con la Ley n^o 15-01, relativa a la *Kafala* de los menores abandonados²⁰ y que viene a sustituir a una ley anterior la n^o 1-93-165²¹ relativa igualmente a los menores abandonados²².

17. El tener un marco legal que articule toda la regulación de la *Kafala*, desde las condiciones para su pronunciamiento hasta los efectos de aquel y los motivos de su cese, genera una importante seguridad jurídica y nos permite conocer con más precisión a ésta interesante institución. Pero conviene resaltar que esta norma sólo se refiere a la *Kafala* respecto de menores abandonados y en la práctica, existe otro tipo de *Kafala* que puede ser otorgada respecto de menores que no tienen la condición de abandonados, según lo establecido en esta Ley. Existen por tanto, diferentes tipos de *Kafala* que requerirán como se tratará de demostrar, de diferente tratamiento a los efectos de su posible reconocimiento en España.

1. Los efectos relativos a la constitución de la *Kafala*

18. La primera cuestión que conviene dilucidar, al margen de la diferente tipología, es la relativa a los efectos de la constitución de la *Kafala* de un menor o dicho de otra forma en qué consiste esta medida de protección. El art. 2 de la Ley n^o 15-01 describe con precisión lo que debe entenderse por *Kafala* a los efectos de tal ley: “el compromiso de asumir la protección, la educación y la manutención de un menor abandonado de la misma manera que lo haría un padre por su hijo”.

19. En concordancia con ello, la ley establece los efectos que se derivan de la resolución relativa al otorgamiento de la *Kafala* y el art. 22 dispone que “la persona que asume la *Kafala* o el establecimiento, organismo, asociación u organización implicados será la responsable de la ejecución de las obligaciones relativas a la manutención, a la guarda y a la protección del menor acogido y velará porque sea educado en un ambiente sano, en el que se satisfagan sus necesidades esenciales hasta que alcance la mayoría de edad legal, de conformidad con las disposiciones previstas por el Código de Estatuto Personal relativas a la guardia y manutención de los menores”.

20. La mayoría de edad empieza con los 18 años (art. 209 del Código de Estatuto Personal), pero este precepto hace una precisión especial relativa a los casos en que el *makful* sea una niña, pues enton-

²⁰ Promulgada mediante el *Dahir* n^o 1-02-172 de 13 junio 2002, está publicada en el *Boletín Oficial* n^o 5031, de 19 agosto 2002, en lengua árabe y en el *Boletín Oficial* n^o 5036, de 15 septiembre 2002, en lengua francesa.

²¹ Ley de 10 septiembre 1993. Vid. Disposición final de la Ley actual (art. 32).

²² Vid. un acercamiento a la *Kafala* en K. QUALD ALI y T. SAGHIR, “Acercamiento a la adopción en los países del Magreb”, en G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Regulación de la Adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Aranzadi, 2007 p. 84 y ss.

ces su manutención deberá prolongarse hasta su matrimonio, de conformidad con las disposiciones del Código de Estatuto Personal relativas a la manutención de la niña. Estas disposiciones de nuevo, resultan extrañas pues en el caso de matrimonio la obligación recaerá sobre el marido tal y como dispone el art. 194 desde la consumación del matrimonio y cuando la mujer proponga al marido la consumación tras la celebración del mismo²³. Por tanto, la obligación puede prolongarse más allá de los 18 años y cesará cuando recaiga sobre el marido y en el caso en que no disponga de recursos propios (art. 198).

Obsérvese que esta diferencia de trato dependiendo de las circunstancias del caso concreto, revela una mayor protección respecto de las niñas que en esta cuestión son asimiladas a hijas, pues en el caso del varón no se prevé la continuación del deber de manutención más allá de los 18 años y ello puede interferir en la continuación de sus estudios, lo que no ocurrirá en el caso de que la niña no haya contraído matrimonio.

21. Ahora bien, si el menor con independencia del sexo, dispone de medios para su manutención entonces no habrá lugar a ella por parte del *Kafil*. El art. 187 del Código establece el principio general de que los alimentos de cada persona se obtendrán de sus propios recursos, salvo excepciones previstas por la Ley.

22. Cabe observar en este punto, una importante diferencia relativa a la obligación de alimentos del padre respecto del hijo varón. En el caso de hijos con filiación legítima, el padre deberá ocuparse del sustento de estos hasta su mayoría de edad o hasta la edad de veinticinco, cuando prosigan sus estudios, cosa que como se ha visto, no ocurre con los varones *makful*²⁴.

23. En los supuestos en que el menor acogido sea minusválido o incapaz de asegurar sus necesidades, la ley remite de nuevo a las disposiciones del Código relativas a la manutención de los menores incapaces de satisfacer sus necesidades y al igual que ocurría con las niñas se prevé una cierta equiparación con los hijos legítimos, pues tal remisión se entenderá hecha al art. 198 del Código, que establece que el padre deberá continuar garantizando el sustento de sus hijos discapacitados o incapaces de mantenerse por sí mismos y por tanto, después de alcanzar la mayoría de edad.

24. Como consecuencia de estas previsiones, el art. 25 de la Ley establece que la *Kafala* cesará cuando el menor acogido alcance la mayoría de edad legal, si bien estas disposiciones no se aplicarán a la chica no casada²⁵, ni al menor minusválido o incapaz de satisfacer sus necesidades.

25. En un segundo orden de efectos, la persona que asume la *Kafala* se beneficiará de las indemnizaciones y los subsidios sociales concedidos por parte del Estado a los padres por sus hijos, los establecimientos públicos o privados o las colectividades locales o sus agrupaciones. De nuevo se observa una equiparación a los “hijos” pues el *Kafil* se beneficiará de las indemnizaciones y subsidios que están previstas para los padres por sus hijos.

Ahora bien, conviene detenerse en la redacción dada a este efecto de la *Kafala*, pues podría parecer que los beneficios se refieren tanto a lo que pueda corresponderle al padre por el hijo extensivo al *kafil* por el *makful*, como a lo que pudiera corresponder al hijo por el padre extensivo al *makful* por el *kafil*. Esta interpretación supone plasmar en la norma marroquí nuestra propia concepción de igualdad sobre el particular. Como puede observarse, el precepto es claro y no prevé esta segunda posibilidad.

²³ Como señala J. OUHIDA, “Efectos de la *Kafala*”, AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid 2009 p. 61: “La reclamación judicial de manutención presentada por la esposa contra el esposo tras la celebración del matrimonio se considera como una proposición de consumación, y por tanto obliga a la manutención, a partir de la fecha de dicha reclamación”.

²⁴ Algunos autores consideran que debería ampliarse el campo de aplicación del art. 198 al objeto de incluir al menor acogido en *Kafala*. Vid. A. QARMOUCH, “La *Kafala* de los menores abandonados”, p. 180 (en árabe) y ref. en J. OUHIDA, “Los efectos de la *Kafala*”, en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, p. 62.

²⁵ La traducción al español de la Ley marroquí en AA.VV., *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de Derecho Privado marroquí*, vol II, Madrid, 2009, pp. 189-198 y Anexo, AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, pp. 88-97, utiliza el término “hija” y la versión francesa “fille”, parece más adecuada la traducción del termino por “chica” o “muchacha”.

26. El tercer orden de efectos esta relacionado con las responsabilidades del *kafil*. Tal y como dispone el último apartado del art. 22, la persona que asume la *Kafala* será civilmente responsable de los actos del menor acogido. Las reglas previstas en el art. 85 del Código de Obligaciones y Contratos será de aplicación a esta responsabilidad.

27. La *Kafala* puede dar lugar a un cuarto orden de efectos si así lo desea el *kafil*. Como ya se ha señalado, la *Kafala* no da derecho a la filiación y tampoco da derecho a la sucesión, pero la Ley relativa a la *Kafala* de menores abandonados, permite el que la persona que asume la *Kafala*, pueda beneficiar al menor acogido con una donación, legado, Tanzil. En este caso el Juez Tutelar de la circunscripción del lugar de residencia del menor, velará porque se elabore el contrato necesario para ello y por la protección de los derechos del menor, tal y como dispone el art. 23.

28. Por último, la constitución de la *Kafala* en un quinto orden de efectos, limita la libertad del *kafil* para establecerse en el extranjero de manera permanente con el *makful*.

En estos casos para que pueda abandonar el territorio de Marruecos requerirá, como ya se ha señalado más adelante, de una autorización del Juez Tutelar que tendrá en cuenta el interés de las partes. En el supuesto en que se obtenga tal autorización, se remitirá una copia a los servicios consulares marroquíes del lugar de residencia del *kafil*, con el fin de seguir la situación del menor y de controlar la ejecución por esta persona de las obligaciones previstas en el art. 22 a las que se ha aludido como el primer orden de efectos. El cónsul remitirá al juez los informes sobre la situación del menor y podrá sugerirle todas las medidas que estime necesarias, incluida la anulación de la *Kafala* (art. 24).

2. Condiciones necesarias para el otorgamiento de la Kafala

29. Una vez delimitados los efectos que genera la resolución relativa al otorgamiento de la *Kafala*, resulta conveniente detenerse en las condiciones que han de concurrir para que aquella resolución sea emitida. Por lo que se refiere al menor, es necesario que haya sido declarado en abandono y por lo que se refiere a las personas que asumen la *Kafala*, se establece una serie de condiciones que producen de manera directa, la selección del *Kafil* conforme al espíritu que anima la misma Ley.

30. Para que el menor sea considerado en abandono (art. 1) se requiere que no haya cumplido los 18 años gregorianos cuando se encuentre en las siguientes situaciones:

- haber nacido de padres desconocidos o de padre desconocido y madre conocida que le hubiera abandonado voluntariamente
- ser huérfano o hijo de padres incapaces de sobrevenir a sus necesidades o que no dispongan de los medios legales de subsistencia
- ser hijo de padres de mala conducta y que no asuman sus responsabilidades de protección y de orientación con el fin de conducirlos por el buen camino, como aquellos desprovistos de la tutela legal o cuando uno de los dos, tras el fallecimiento o la incapacidad del otro se muestre descarriado y no cumpla el deber mencionado respecto del menor.

31. Como puede observarse, la *Kafala* no se aplica a una única categoría de niños: los *makful* pueden ser niños huérfanos, abandonados con filiación desconocida o pueden ser niños considerados abandonados de filiación conocida cuyos padres son incapaces de atender a sus necesidades o no disponen de medios legales de subsistencia. Esta amplia tipología de niños respecto de los cuales puede constituirse una *Kafala*, tiene un punto en común y es que en todo caso se considera que están abandonados.

32. Es evidente que el abandono no se entiende sólo referido a las atenciones materiales, si bien serán los supuestos más frecuentes de *Kafala*. Resulta interesante observar como se ha producido una evolución en la consideración de abandono de los huérfanos. Con la anterior ley se exigía que el niño fuera huérfano y no dispusiese de medios legítimos de subsistencia (art. 1), ahora sólo se indica que sea huérfano pero quizás deba entenderse que además ha de estar en situación de abandono porque pudiera ocurrir que el niño quede huérfano pero no esté abandonado porque la guardia y custodia la ejerza la abuela materna (art. 171 del Código) y la representación legal, el tutor dativo designado por el juez (art. 231 del Código).

33. Dada la variedad de supuestos a los que da cobertura la *Kafala*, conviene tener presente que la declaración de abandono implicará en algunos casos, la pérdida de la tutela paternal y el Ministerio Fiscal puede intervenir. Ahora bien, la privación de la tutela puede no ser permanente y los padres del menor o uno de los dos podrán, tras el cese de los motivos de abandono, recuperar la tutela por resolución judicial (art. 29). Cabe concluir por tanto, que la *Kafala* puede no ser permanente.

34. Para tratar de garantizar que los compromisos asumidos por el *Kafil* se cumplan, y teniendo en cuenta que éstos se centran en *tres obligaciones principales*: protección, manutención y educación adecuada en un ambiente sano, el legislador establece unas condiciones que deberán cumplir sin excepción, la persona u organismos a los que se les confíe la *Kafala* del menor abandonado (art. 9).

35. Por lo que se refiere a la obligación de manutención, en todo caso se exige la disposición de medios materiales suficientes para sobrevenir a sus necesidades. En cuanto a la protección y cuidado del niño, se establece que la persona o personas que asumen la *Kafala* deben ser moral y socialmente aptas, no deben de haber sido condenados por infracciones contra la moral o cometidas en contra de los niños, no deben padecer enfermedades contagiosas o que les incapaciten para asumir su responsabilidad y no deben estar enfrentados al menor o a sus padres por un contencioso sometido a la justicia o algún asunto familiar que entrañe algún riesgo para el interés del menor.

36. En los supuestos en que la *Kafala* sea asumida por un establecimiento público o una organización o asociación de carácter social reconocido como de utilidad pública, se exige de igual manera que dispongan de medios materiales, de los recursos y de las competencias humanas aptas para asegurar la protección, darles una buena educación y educarlos de conformidad con el Islam.

Esta última condición no es recogida de manera expresa para el supuesto en que el *Kafil* sea una persona física, pero se infiere directamente del hecho de aquellos que pueden asumir el cuidado del menor, esto es, cónyuges o mujer, deben ser siempre musulmanes y es de suyo que tienen el deber de educar al niño en la religión del Islam. Consecuencia directa de esta exigencia es que los propios marroquíes de confesión judía no pueden constituir una *Kafala*²⁶.

Es evidente que la condición religiosa esta íntimamente unida a la finalidad de la *Kafala* que va, como se puede apreciar y ya se ha señalado, más allá del mero cuidado material y que trata de procurar el cuidado espiritual del menor. La preocupación por la educación religiosa de los niños sean o no abandonados, lleva a que sea su representante legal, tal y como dispone el art. 235 del Código, el que velará por su educación religiosa y formación.

37. Obsérvese que, en principio, no puede ser *kafil* el hombre musulmán, sólo los cónyuges musulmanes o la mujer musulmana. Parece ser que este precepto responde a la herencia cultural y a cierta concepción negativa de las cualidades del hombre para el desarrollo de estas obligaciones²⁷. No obstante, el varón de manera indirecta y en solitario puede asumir la *Kafala* cuando esta cesa por fallecimiento de su mujer (art. 25) o en los supuestos en que se rompen los lazos matrimoniales de los cónyuges responsables de la *Kafala* y el Juez de Tutelas ordenara mantenerla, confiándola al hombre (art. 26)

38. Una de las peculiaridades que presenta la *Kafala* marroquí es que, entre las condiciones que debe cumplir aquellos a los que se les confía la *Kafala*, no está el de ser nacionales marroquíes por lo que se acepta la *Kafala* internacional siempre que los que la asuman cumplan con los requisitos expuestos y sin que se pueda soslayar el de la pertenencia a la religión islámica. En el caso en que el extranjero no sea musulmán, deberá de abrazar el Islam y aportar un acta de conversión otorgada ante

²⁶ A ellos les es de aplicación el estatuto personal hebraico marroquí: vid. art. 2 del Código de Estatuto Personal marroquí.

²⁷ H. ZEKRI, "La *Kafala* en el Derecho marroquí", en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, pp. 39-40.

dos *Adel* o notarios en presencia de dos testigos y certificada por autoridad judicial.

3. Tipos de *Kafala*

39. En el apartado dedicado a la caracterización general de la *Kafala* se adelantaba el que ésta puede presentar diferentes modalidades que conviene diferenciar. La esencia de la institución en ambos casos no varía pues se trata de proteger a un menor, pero la *Kafala* constituida respecto de un menor abandonado requiere de una declaración judicial previa de abandono y de un procedimiento que termina con la resolución dictada por el juez de Tutelas contra la cual cabrá recurso de apelación²⁸.

40. La segunda modalidad de la *Kafala* no requiere la intervención del juez y se constituye no respecto de un menor abandonado, pues no existe declaración de abandono ni sentencia que lo declare y el menor tiene filiación conocida. En estos supuestos son los propios padres los que entregan a su hijo al *Kafil* y lo hacen de una manera privada, mediante un acta adular por ello es conocida como *Kafala* notarial

41. Las obligaciones que le corresponden al *Kafil* coinciden sustancialmente con las que corresponden al *kafil* que constituye una *Kafala* judicial, en concreto, ocuparse de sus asuntos de vida, a saber su alimentación, vestimenta, enseñanza, medicación, de su introducción dentro de su pasaporte para viajar dentro y fuera del territorio nacional, en caso de necesidad, y de realizar todos los trámites administrativos que necesite, en los diferentes servicios interesados, en los Tribunales de diferentes grados y de tratar al menor como se trataría a uno de sus hijos²⁹.

Ahora bien, esta *Kafala* notarial no se somete a los controles y prevenciones que la Ley establece para los menores abandonados, lo que puede llegar a ser perjudicial para los propios niños que en ocasiones, serán objeto de maltrato sin el conocimiento de sus propios progenitores. Este tipo de *Kafala* suele producirse dentro del entorno familiar del menor, de manera que el niño es encomendado a algún familiar, pero también puede constituirse respecto de personas ajenas a ese círculo de parentesco.

En la práctica, pueden plantearse supuestos de *Kafala* que no se reflejen si quiera en un acta adular. Cuando ésta se constituye, con frecuencia, es porque el menor va a viajar con el *Kafil* a otro país y en este contexto migratorio³⁰ se requiere al menos de esa formalidad, no estableciéndose vías de control de la medida de protección del menor, con posterioridad.

42. La *Kafala* y más en concreto la *Kafala* notarial, tiene una cara oculta que no es demasiado conocida en nuestro país, es el fenómeno conocido como el de “*les petites bonnes*”³¹. Niños y especialmente niñas procedentes de zonas rurales de Marruecos son entregadas por sus padres en *Kafala* y son llevadas a las ciudades (con el fenómeno migratorio también a Europa) para trabajar como empleadas domésticas. Se trata de un “acuerdo privado” con la familia biológica que recibe una compensación financiera periódicamente o bien en el momento de la entrega del menor. El niño o la niña se instala en casa del *Kafil*, no tiene relaciones con sus padres que siguen teniendo la autoridad parental y son víctimas de explotación y en ocasiones de maltrato³². Se trata sin duda, como señala E. BARRAUD, de una forma de esclavitud moderna³³.

²⁸ Vid. el procedimiento en arts. 14 a 18 de la Ley.

²⁹ Esta clasificación es la que se recoge en el acta adular de *Kafala* de una menor no abandonada trascrita en Anexo en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, p. 119.

³⁰ Vid., en general, sobre los problemas de la emigración a Europa, A. BENSAD, “Le Maghreb face à ses immigrants”, en Zaama... *Modes d’émigration et Mondes de l’immigration*, 2005, pp.7-21, y, por lo que se refiere a la *Kafala* y al Derecho de Extranjería, M^a A. LÓPEZ AZCONA, “La institución de la *Kafala* y el Derecho de extranjería: breve noticia de algunas resoluciones judiciales”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n^o 11, 2006, pp. 223-227.

³¹ M. LAHLOU, “Le travail des enfants au Maroc; le phénomène des ‘petites bonnes’”, en AA.VV., *Femmes et état de droit*, colloque n^o 1 19/20, avril 2002, Rabat, pp. 161-195.

³² Produciéndose también supuestos de explotación sexual, vid. ref. a ello en Rapport de misión, “*L’exploitation sexuelle ds enfants à des fins commerciales*”, Conseil économique et social, Nations Unies, p. 37.

³³ E. BARRAUD, “Les multiples usages sociaux de la *Kafala* en situation de migration: protection et non protection des mineurs recueillis”, *e-migrinter*, n^o 2, 2008, pp. 133 a 132, en especial p. 138.

43. Las autoridades marroquíes alertadas por las malas prácticas que puede entrañar la *Kafala* notarial y que puede llevar a que lo menores se vean expuestos al abandono, emitió una Circular con fecha de 7 de febrero de 1996³⁴. En ella se insta a los Adules a que procedan a investigar por medio de la Fiscalía General, si la persona que desea asumir la *Kafala* es apta para ello y si reúne los requisitos establecidos por la Ley reguladora de los menores abandonados. Hasta que la Fiscalía General no haya efectuado las indagaciones oportunas, aquellos no deberán inscribir testimonio de *Kafala* de los menores.

Es curioso que el motivo inmediato que llevó a la emisión de tal Circular, no estuvo relacionado con las prácticas siniestras a las que en ocasiones, da lugar la *Kafala* notarial. Fue la constatación de que se producían supuestos en los que el menor era acogido por marroquíes residentes en el extranjero, que posteriormente lo abandonaban o eran negligentes en su obligación de mantenimiento y educación. Esta situación llevaba a los jueces del país de residencia del niño a dictar el internamiento de aquellos en centros de atención o de acogida.

44. Uno de los retos a los que se enfrenta la justicia marroquí en este tema es precisamente, el de lograr el seguimiento de la ejecución de la *Kafala*. Los cauces legislativos respecto de la *Kafala* judicial están claramente trazados en la Ley y los cauces de control para la constitución de la *Kafala* notarial también, a través de la mencionada Circular, sin embargo ésta no cuenta con vías para el seguimiento y aquella se encuentra con serias dificultades que van desde la carencia de recursos materiales, hasta la imposibilidad de realizar las averiguaciones necesarias, cuando el *Kafil* se instala en el extranjero con el niño.

Sirva de ejemplo la Carta n° 879 de 8 de junio de 2005 del Delegado regional de Asuntos Islámicos en la Región de Marrakech, que respecto de la tarea de determinar si las personas que desean asumir la *Kafala* reúnen las condiciones ya analizadas y siendo los solicitantes dos españoles con residencia en Barcelona declara que “en cuanto a los requisitos materiales, sociales y morales de quienes asumen la *Kafala*, no hay posibilidad de conocerlos, ni para el caso de que sean marroquíes ni para el de que sean extranjeros. Por lo tanto proclamamos la necesidad de que las instancias competentes dentro del territorio nacional y fuera de él lleven a cabo las averiguaciones necesarias sobre el entorno, moral y social en el que el menor va a ser acogido”³⁵.

IV. Situaciones relativas a *Kafala* que requieren la atención del Derecho Internacional Privado

45. Son muchas las situaciones que teniendo como núcleo esta forma de protección del menor, requieren de una especial atención desde la perspectiva internacional privatista. Son al menos dos los factores que han conducido a que la *Kafala* de lugar a situaciones que centren la atención de diferentes resoluciones judiciales y administrativas, así como de numerosos trabajos científicos.

46. Cabe apuntar, en primer lugar, al fenómeno migratorio que trae nuevas realidades a Europa y a España y que en lo que aquí interesa, genera un primer bloque de situaciones: la residencia en España de nacionales de países islámicos que conforme a su ley personal y ante las correspondientes autoridades competentes, constituyeron una *Kafala* respecto de un menor con-nacional.

47. El segundo factor tiene que ver con las dificultades que en ocasiones existen para acoger y más en concreto para adoptar a un niño. El segundo bloque de situaciones no es ajeno a ello: La constitución de *Kafalas* en concreto en Marruecos respecto de menores marroquíes por parte de nacionales españoles³⁶. Cabe preguntarse por qué han aumentado tanto estos supuestos, cuando hay niños por acoger en España o cuando tenemos un marco legal suficientemente bien confeccionado, como para que la adopción internacional pueda desarrollarse dentro de la legalidad y sin, debería esperarse y exigirse, demasiadas complicaciones.

³⁴ Vid. texto de la Circular en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, pp. 101 y 102.

³⁵ Vid. texto de la Carta en Anexo de AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, p. 103.

³⁶ En algunos casos son naturalizados, siendo su nacionalidad de origen la marroquí.

48. Es probable que la facilidad en la constitución de las *Kafalas*, el menor tiempo de espera para tener al niño, el menor coste de la tramitación y los controles menos exhaustivos (ya se ha señalado las dificultades al respecto) no sean cuestiones ajenas a esa decisión³⁷. Dejando las posibles motivaciones a un lado y centrándonos en las situaciones que reclaman nuestra atención, debe señalarse las cuestiones a las que pueden dar lugar las situaciones descritas y que son de diferente naturaleza.

49. Valga citar, como ejemplos, cuestiones relacionados con el Derecho de extranjería, como las relativas a la tramitación de la entrada en España de menores, respecto de los cuales se ha constituido una *Kafala*, o desde otras perspectivas, la posibilidad o no, de conversión de la *Kafala* en adopción y en un estadio posterior la posibilidad o no, de constitución *ex novo* de una adopción respecto de un niño marroquí traído en *Kafala* a España.

50. Cabe apuntar, a su vez, otras muchas cuestiones, algunas que quizás pudieran plantearse como es la solicitud de constitución de *Kafala* de menor marroquí, ante autoridad española respecto de marroquíes, o ante notario siendo solicitada por tanto la constitución de una *Kafala* notarial y otras que ya lo han hecho, como es la problemática relacionada con la posible expedición de certificados de idoneidad para constituir *Kafalas* en Marruecos por autoridades españolas o el abandono de niños marroquíes en territorio español traídos aquí por *Kafil* marroquí.

La mayoría de estas cuestiones y otras que se pueden igualmente plantear, pivotan sobre un mismo núcleo: el reconocimiento de efectos a una institución extranjera, desconocida para nuestro ordenamiento y que pone al descubierto lo que no es sino una discontinuidad de los Derechos materiales en presencia.

V. Reconocimiento en España de resoluciones extranjeras de *Kafala* constituidas en el extranjero.

51. Una vez realizada la caracterización general de la *Kafala* y delimitadas las situaciones que requieren la atención del Derecho Internacional Privado, conviene detenerse aún brevemente, en el marco procesal del reconocimiento en España de resoluciones extranjeras de *Kafala* constituidas en el extranjero.

52. El acto de constitución de la *Kafala* es un acto de jurisdicción voluntaria y surtirá efectos jurídicos en España a través del reconocimiento³⁸, sin que sea ni necesario ni adecuado acudir a la vía del exequátur³⁹. La resolución extranjera de *Kafala* deberá pasar por consiguiente, un “reconocimiento incidental”, que comporta siempre un control de regularidad de los requisitos procesales de tal resolución. El control lo realizará la autoridad ante la cual se desee hacer valer los efectos de tal acto y los extremos objeto de aquel serán, en su mayoría, de carácter formal⁴⁰.

53. Se controlará la autenticidad del documento. Se exige para ello legalización de aquel (art. 323.2º LEC) o apostilla, así como traducción al idioma oficial español (art. 144 LEC), al igual que la observancia de la forma prevista en el país en el que se haya otorgado el documento y que acredita el carácter “público” de la autoridad que interviene en el acto (art. 323.1º LEC).

54. Se comprobará así mismo, que se ha producido la intervención de una autoridad “pública” en la constitución de la *Kafala* que haya operado con funciones “constitutivas” y no meramente fedatarias. Se controlará además, la competencia de la autoridad extranjera que constituyó la *Kafala* y el respeto, en su caso, de los derechos de defensa.

³⁷ Este fenómeno ha aumentado tanto que ya hay asociaciones que tratan de facilitar la constitución de *Kafalas* por parte de españoles en Marruecos.

³⁸ Vid. M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil internacional. Litigación internacional*, Pamplona, 2007 p. 713.

³⁹ Vid., en este mismo sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª) de 16 enero 2007.

⁴⁰ Vid., sobre este particular y las exigencias concretas del reconocimiento, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, 2009, en concreto p. 270.

55. El último extremo a comprobar es el que quizás, pudiera plantear más problemas a la hora de efectuar el reconocimiento incidental. Se trata del ajuste de los efectos constitutivos de la *Kafala* extranjera al orden público internacional español. Debe recordarse al respecto, que el marco bilateral que ofrece el Convenio entre el Reino de España y el de Marruecos relativo a la cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, hecho el 30 mayo 1997 en Madrid⁴¹, se ve frecuentemente bloqueado por esta misma causa. Este Convenio establece, en sus arts. 23 y 30, la condición de que la resolución de que se trate no contenga disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicita la ejecución.

Sin embargo, la *Kafala*, en la caracterización estudiada y desde una perspectiva global de la institución (como se ha tenido ocasión de comprobar), no presenta un desajuste con el orden público español, a salvo de las circunstancias que pudieran concurrir en el supuesto concreto, cosa que si podría ocurrir respecto de la adopción y el orden público internacional marroquí. Se trata de una institución de protección del menor, extraña a nuestro ordenamiento, pero no por ello contraria a nuestros principios esenciales. Obsérvese la diferencia que existe entre esta institución y otra típica del Derecho islámico, también extraña a nuestro ordenamiento, como es el matrimonio polígamo. Las dos son, desde una perspectiva general, instituciones desconocidas, pero sólo la segunda no superará el control, precisamente por su contrariedad al orden público internacional español: vulnera el principio de igualdad y se considera contraria a la dignidad de la mujer

La existencia de la *Kafala* es consagrada por lo demás, y como ya se ha indicado anteriormente, en el Convenio sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. Además, conviene retener el hecho de que el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, ya establece un sistema de reconocimiento de ésta figura que como medida “indiscutible” de protección del niño, entra en el ámbito de aplicación del Convenio⁴².

Cabe concluir de todo ello en términos generales que, superados los controles formales que exige el reconocimiento incidental, el orden público internacional español no vendrá a entorpecer aquel, salvo en supuestos concretos. La resolución extranjera de *Kafala* habrá entonces, penetrado en nuestro orden jurídico español y se habrá logrado así, establecer el marco legal para la correspondiente producción de efectos.

56. Se logra además, poner fin a una de las preocupaciones de la propia Justicia marroquí. En concreto, a la referida a las consecuencias que podrían derivarse de un eventual no reconocimiento de la *Kafala*, en el país de recepción del *makful* y del *kafil*. Esta cuestión fue objeto de una Circular del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 2003 sobre la autorización de viaje al menor acogido en *Kafala*, al objeto de fijar su residencia fuera del territorio nacional: “Para evitar las situaciones que puede generar el que la *Kafala* no sea reconocida en el país en que va a residir el *makful* y evitar el que Tribunales extranjeros abran procedimientos judiciales contra el *kafil* retirándole el cuidado del menor con base en que las personas que han asumido la *Kafala* no respetan las disposiciones legales que regulan la adopción en el país de acogida, disponen que será necesario antes de otorgar la mencionada autorización para abandonar Marruecos, asegurarse de la existencia de un convenio judicial que autorice el régimen de la *Kafala*, o bien que el que asume la *Kafala* aporte una certificación expedida por las autoridades de dicho país que confirme la legalidad de la situación jurídica que va a adquirir el menor acogido en *Kafala* a consecuencia del desplazamiento⁴³”.

VI. Efectos jurídicos en España de resoluciones extranjeras de *Kafala* constituidas en el extranjero.

57. Las dificultades que presenta este tema no se encuentran en realidad, en el mecanismo procesal del reconocimiento, sino en la determinación de los efectos jurídicos de la resolución que será reconocida⁴⁴. En el corazón de esta problemática, late la discontinuidad de los Derechos materiales en

⁴¹ *Boletín Oficial del Estado* n° 151, 25 junio 1997.

⁴² Vid. Informe explicativo de PAUL LAGARDE del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, en especial p. 17.

⁴³ *Boletín* n° 50 S 2, de 1 junio 2003. Vid. traducción en Anexo de AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009, p. 100.

⁴⁴ Es de destacar el renacimiento que ha experimentado el método general del reconocimiento y al que ha contribuido en especial estudios como el de P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans

presencia y la necesidad de lograr una coordinación adecuada y más en concreto, la necesidad de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en las situaciones transfronterizas.

Para ello, es necesario recurrir a los mecanismos propios de la disciplina, con el objeto de articular los cauces que sirvan a la finalidad trazada. En primer lugar se recurrirá a la técnica de la sustitución y a la condición principal de esta: el principio de equivalencia.

1. Técnica de la sustitución y posible asimilación

58. Una vez que la resolución extranjera de *Kafala* se ha reconocido, el niño *Kafalado* va poder beneficiarse de los efectos que aquella está llamada a desplegar. El reconocimiento en España de resoluciones extranjeras de *Kafala* obliga por tanto, a plantear la cuestión de cuales serán los efectos que producirá tales decisiones en nuestro país. Para su determinación parece oportuno examinar en primer lugar si puede operar una asimilación con alguna institución española.

59. La pregunta que cabe formular en este momento, es si cabe la sustitución de la *Kafala* por alguna institución conocida por nuestro ordenamiento, que tenga como finalidad la protección de los menores. Bien entendido que la contestación está mediatizada por el resultado de lo que podríamos llamar test de equivalencia y para cuya realización es fundamental el acercamiento al Derecho marroquí. Ya no puede decirse que éste sea desconocido y menos a la luz de la regulación legislativa dedicada a este tema, que ha sido expuesta en epígrafes anteriores.

La formulación de la cuestión es, en definitiva, si existe una institución equivalente a la *Kafala* en Derecho español; pues, de ser así, podría operar la sustitución y una vez efectuada, los efectos serán los establecidos en el Derecho español para tal figura. Pues bien, tres parecen ser las candidatas idóneas: la adopción, el acogimiento y la tutela. Sin embargo, como se va a tener ocasión de exponer, ninguna de ellas reúne las características necesarias para operar sin más, la sustitución.

A) La adopción

60. Si atendemos a las funciones que desempeña la *Kafala* judicial que no sólo comprende el cuidado material: deber de manutención, vestido, educación... y espiritual del menor sino también su protección y cuando así se haya establecido en la resolución de la *Kafala* judicial, la tutela dativa y su representación legal, se puede observar la clara cercanía que este complejo entramado de funciones presenta respecto de la adopción y que resulta todavía más nítida, al ponerlas en relación con la forma en que han de ser ejercidas: *de la misma manera que lo haría un padre por su hijo* (artículo 2 de la Ley marroquí).

61. La cercanía funcional de la *Kafala* respecto de la adopción no ha pasado desapercibida en los foros internacionales. Valga, como ejemplo, la reseña relativa al Convenio de La Haya de 1996 sobre la protección internacional de los niños⁴⁵ ya varias veces mencionado, que al referirse a la *Kafala* en el marco de la colocación transfronteriza de aquellos, la caracteriza como una institución del Derecho Islámico *equivalente funcional de la adopción*, pero que se encuentra fuera del ámbito del Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional en materia de adopción internacional⁴⁶.

62. Sin duda, de las tres posibles candidatas que pudieran ser aptas para operar la sustitución, la más

une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243 y P. MAYER, "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé" en AA.VV., *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 548-573. Por lo que se refiere a nuestra doctrina, vid. El desarrollo de éste método en A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional (actos públicos, y hechos o actos jurídicos en el Derecho internacional privado)*, Barcelona, 2007.

⁴⁵ En concreto pp. 2 y 3. El texto se puede consultar en la página Web de la Conferencia http://www.hcch.net/index_en.php?act=home.splash

⁴⁶ *Boletín Oficial del Estado* n° 182, de 1 agosto 1995.

idónea sería la adopción, si no fuera por aquello que la excluye de manera definitiva del Convenio de 1993: no establece vínculos de filiación, siendo ésta una de las características de origen de la *Kafala* sea cual sea el Derecho regulador de la misma. Debe recordarse además, que no genera derecho a la sucesión.

63. Cabe concluir, por tanto, que es una realidad formal e incontrovertible tal y como señala A. RODRÍGUEZ BENOT que la *Kafala* no puede asimilarse a la adopción, pues ésta institución tiene por objetivo crear un vínculo de filiación y atribuir por consiguiente, al adoptado un concreto estado civil: el *status filli*. Pero también es una realidad que el diseño de las funciones de la *Kafala* se acerca al resto de funciones que desempeña la adopción (y que no son sino las que vienen a dar contenido a las mismas relaciones paterno-filiales una vez creado el vínculo de filiación⁴⁷) y que la meta perseguida por ambas figuras es la misma: la protección del menor. Se observa una clara identidad en el principio superior que preside la *Kafala* y la adopción.

64. La Doctrina de la DGRN pone de relieve, en sus diferentes Resoluciones, las diferencias fundamentales que alejan a la *Kafala* de la institución de la adopción e insiste en que aquella no produce modificación en el orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni nacimiento de vínculo de parentesco alguno, ni en consecuencia impedimento para el matrimonio⁴⁸.

De todo ello cabe concluir que esta medida jamás recibirá el reconocimiento en España como adopción y por tanto, no entrará dentro del sistema creado por la Ley 54/2007 de 28 de diciembre⁴⁹, para el reconocimiento en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales (arts. 25 a 27)⁵⁰.

65. Por las razones señaladas, la técnica de la sustitución no puede resolver la discontinuidad de los Derechos materiales en presencia y tampoco lo puede hacer por la vía de la sustitución por razones de equivalencia, que abre la Ley de adopción internacional en su art. 30, apartado 4°.

Este precepto permite, en determinadas condiciones, la transformación de la adopción simple o menos plena en adopción regulada por Derecho español y por ende, en adopción plena. Para ello deben concurrir entre otros, un requisito fundamental que es el consentimiento sobre la extinción de los vínculos de filiación entre el niño y la familia de origen. Según el art. 3° 4 de la Ley de adopción internacional, “[l]as adopciones simples o menos plenas constituidas por autoridad extranjera competente podrán ser transformadas en la adopción regulada por el Derecho español cuando se den los requisitos previstos para ello. La conversión se registrará por la ley determinada con arreglo a las disposiciones de esta Ley. La adopción simple o menos plena será considerada como un acogimiento familiar”⁵¹. Pues bien, la transformación de la institución es posible

⁴⁷ Obsérvese la similitud de los deberes y facultades que entraña la patria potestad con los que entraña la *Kafala* art. 154 CC 1° Velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral 2° Representarlos y administrar sus bienes.

⁴⁸ Vid. Resolución de 14 mayo 1992, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1642, p. 4420, y, en la misma línea, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 octubre 1993 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1691, pp. 5652 ss.), de 13 octubre 1995 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1766, pp. 145 ss.) y de 1 febrero 1996 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1773, pp. 2154 ss.) y, en especial, Resolución-Circular de 15 julio 2006 sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, *Boletín Oficial del Estado* nº 207, de 30 agosto 2006.

⁴⁹ *Boletín Oficial del Estado* nº 312, de 29 diciembre 2007.

⁵⁰ Respecto de la imposibilidad de equiparación vid., en especial, A. RODRÍGUEZ BENOT, “Adopción y *Kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales”, en *Derecho internacional y Relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1999, pp. 195 ss. y “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la *Kafala*)”, *Revista General del Derecho*, nº 667 (abril de 2000), pp. 4419 ss.

⁵¹ Para instar el correspondiente expediente judicial no será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública competente.

En todo caso, para la conversión de una adopción simple o menos plena en una adopción plena, la autoridad española competente deberá examinar la concurrencia de los siguientes extremos:

a) *Que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción hayan sido convenientemente asesoradas e informadas sobre las consecuencias de su consentimiento, sobre los efectos de la adopción y, en concreto, sobre la extinción de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.*

porque en la condiciones señaladas da lugar a una sustitución perfecta entre la adopción plena española y la adopción simple extranjera. Esta lo es, por cuanto el ordenamiento del que se trata no conoce la adopción plena, pero con el requisito del consentimiento pasa el test de equivalencia sin ninguna dificultad⁵².

Esto no ocurre sin embargo, respecto de la *Kafala*, pues, al no dar lugar a vínculos de filiación, no habrá sitio para la sustitución, ni siquiera mediante la “búsqueda de complementos” como ocurre con la adopción simple. Tal y como señala de manera contundente H. GAUDEMET-TALLON respecto de esta figura: *pas d'équivalence, pas de substitution*⁵³.

B) Otras medidas de protección: acogimiento y tutela

66. El acogimiento y la tutela son las otras medidas de protección del menor respecto de las cuales podría producirse la sustitución. Como tales medidas presentan claros puntos de coincidencia con la *Kafala*, pero como se va a ver, no son suficientes para permitir la plena sustitución y abrir por tanto, las puertas a un reconocimiento pleno de la resolución de *Kafala* como acogimiento o en su caso, tutela. De nuevo habrá de realizarse el test de equivalencia y sólo en el caso en que de positivo, será posible la sustitución, por cuanto la equivalencia es la condición esencial de ella.

67. La primera dificultad que surge es saber exactamente a qué concreta institución tenemos que atender para ensayar la equivalencia. Debe retenerse que la *Kafala* tiene un único significado, pero puede revestir varias modalidades como ya se ha sido puesto de manifiesto, con lo que la figura de Derecho español con la que pudiera producirse la sustitución, debería ser lo suficientemente versátil como para que en una comparación funcional pudiera albergar esa diferente tipología.

68. La segunda dificultad (no necesariamente en este orden) como se va a tener ocasión de exponer, se encuentra en las diferencias fundamentales que existen entre el ordenamiento español y los de inspiración islámica y en concreto el marroquí, en relación con el propio Derecho de familia, hasta el punto en que por poner sólo un ejemplo, en aquel no existe una noción parecida a la conocida por nuestro ordenamiento como patria potestad o custodia. Esta apreciación debe tenerse muy presente a la hora de buscar la necesaria equivalencia con instituciones de nuestro Derecho que se orientan precisamente a cumplir esas tareas⁵⁴.

b) *Que tales personas hayan manifestado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento haya sido prestado por escrito.*

c) *Que los consentimientos no se hayan obtenido median te pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no hayan sido revocados.*

d) *Que el consentimiento de la madre, cuando se exija, se haya prestado tras el nacimiento del niño.*

e) *Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, éste haya sido convenientemente asesorado e informado sobre los efectos de la adopción y, cuando se exija, de su consentimiento a la misma.*

f) *Que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, éste haya sido oído.*

g) *Que, cuando haya de recabarse el consentimiento del menor en la adopción, se examine que éste lo manifestó libremente, en la forma y con las formalidades legalmente previstas, y sin que haya mediado precio o compensación de ninguna clase.*

⁵² Vid. una solución análoga de utilización de la técnica de sustitución en el artículo 370-5 del Código Civil francés y la referencia que se hace a este precepto en los trabajos preparatorios de la Resolución del IDI: “La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé”, *Annuaire de l'Institut de droit international Session de Santiago*, vol. 72, 2007, pp. 8 y 13. Esta solución por lo demás, es retenida en el Convenio de adopción de 1993 (art. 26).

⁵³ Lettre de Mme HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON de 5 diciembre 2006 en Observations des membres de la Commission en *Annuaire de l'Institut de droit international Session de Santiago* vol. 72, 2007, p. 48.

⁵⁴ “Las diferencias en la concepción de la patria potestad, custodia (guarda) y derecho de visita entre los ordenamientos marroquí y español son tan significativas que -como ha advertido la doctrina especializada- la utilización de estos términos puede impedir apreciar realmente la diversa función que cumplen estas instituciones en el actual Código de Familia”. G. ESTEBAN DE LA ROSA y K. QALD ALI y T. SAGHIR, “El Derecho de Hadana de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en relación con el Derecho español”, en AAVV., *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, 2008, pp. 269-290, en concreto p. 271; F.R. BLANMAILLANT/C. VERBROUCK, “Code sans frontières: la garde des enfants dans le nouveau Code de la famille marocain”, *Revue de droit des étrangers*, 2004, n° 130, pp. 559-573.

69. En el supuesto en que la *Kafala* sea judicial y haya existido una declaración de abandono del menor, las instituciones que deben examinarse, sin perder de vista las apreciaciones que se acaban de formular, son las que integran nuestro sistema público de protección de menores. En el caso del Derecho español esta previsto que la Entidad Pública competente aprecie la situación de desamparo sin necesidad de declaración judicial alguna (art. 172.1 CC)⁵⁵ a diferencia del Derecho marroquí en el que el Tribunal de Tutelas dictará una resolución de declaración de abandono del menor.

A la entidad pública competente se le atribuye la tutela del menor en desamparo y a ella le corresponde decretar las medidas que se hubieren de tomar⁵⁶. El principio que inspira todo el proceso es el de la integración familiar y la Administración deberá promoverla, de manera que la solución que se perseguirá será la reinserción del menor en la propia familia y cuando esto no sea posible, se intentará la adopción.

70. Es importante señalar que la *Kafala* es la medida diseñada para la protección del menor y que da poco margen para estadios intermedios. De hecho, la ley no recoge la posibilidad de reinserción familiar, si bien a través del nombramiento del tutor dativo se procurará la reinserción del niño en la sociedad (art. 235 del Código). Los padres no recuperarán la tutela automáticamente por el cese de los motivos de abandono. La norma sólo indica que podrán recuperarla, pero para ello se requerirá resolución judicial y el Tribunal dará audiencia al menor, cuando haya alcanzado la edad del discernimiento. En el caso en que se negará a volver con sus padres, el Tribunal decidirá (art. 29).

71. En los supuestos en los que no sea posible la reinserción y no resulte conveniente la adopción, entonces se podrá constituir un acogimiento familiar permanente tal y como señala el Código Civil. Este acogimiento tiene la finalidad, como indica M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, de reproducir entre los acogedores y el menor el contenido personal de la patria potestad (art. 173 CC), esto es, la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral⁵⁷.

72. Con ciertas variaciones, estas funciones se ajustan a las propias de la *Kafala* judicial y de la notarial, pero sin duda quedan “muy cortas” en comparación con las que integran la institución de la *Kafala*⁵⁸. La resolución que confía la *Kafala* del menor contendrá su designación como tutor dativo y será el representante legal el que velará por los asuntos personales del tutelado, su educación religiosa y formación, además de promover su reinserción en la sociedad y ocuparse de la administración ordinaria de sus bienes (art. 235 del Código de Familia).

73. El menor grado de compromiso al que da lugar la constitución de un acogimiento respecto de la *Kafala* y que ha sido puesto de manifiesto, queda constatado además, por el hecho de que aquella cesará por decisión de las personas que tienen acogido al menor, previa comunicación de éstas a la entidad pública (art. 173.4 CC). Será suficiente por tanto, una simple comunicación a la entidad correspondiente para ocasionar el cese.

74. En el supuesto de la *Kafala*, se requerirá de su anulación por resolución judicial, en el caso de renuncia por parte de la persona que la asume (art. 25 de la Ley marroquí)⁵⁹, pero además ésta no podrá

⁵⁵ P. DE PABLO CONTRERAS, “Comentario al artículo 172”, en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1993.

⁵⁶ M^a V. MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Granada, 1999; J.I. IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, 1996.

⁵⁷ M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, “El sistema público de protección de menores e incapaces”, en AA.VV., *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2007, pp. 399-416.

⁵⁸ En atención a las circunstancias concretas, el art. 173 bis 2 prevé que la entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades. El carácter no general de esta medida impide que se pueda tomar en consideración desde una caracterización general de sus funciones.

⁵⁹ Vid., como ilustrativa de esta cuestión, la Sentencia n^o 15 de 14 enero 2001, expediente n^o 222/2/1/2003, emitida por la Corte Suprema de Marruecos por la que se anula la renuncia a la *Kafala* de una menor por quedar

cesar como ya se ha señalado, a petición de los padres que tengan la patria potestad o del tutor y que reclamen su compañía tal y como sin embargo, sí puede ocurrir con el acogimiento (art. 173.4 Código Civil español, en adelante CC)

75. Es evidente que las figuras objeto de examen pese a presentar funciones similares, en ningún caso podrán ser consideradas como equivalentes. El menor grado de compromiso de las funciones en que consiste el acogimiento respecto de la *Kafala*, impide la sustitución y por consiguiente, no se podrá reconocer aquella como un acogimiento, siendo innecesario diferenciar si quiera, las clases de acogimiento que contempla nuestro ordenamiento⁶⁰.

76. Por lo que respecta a la tutela ordinaria, conviene recordar que se trata de una institución estable que suple la falta de patria potestad y responde a la finalidad esencial, como indica F. SANCHO REBULLIDA, de suplir la capacidad de obrar de quien carece de ella⁶¹. En el caso en que los sujetos a tutela sean los menores que se hallen en situación de desamparo, la tutela que les corresponderá, como se ha indicado, será la administrativa que será de titularidad pública y una vez que la Entidad Pública asuma la tutela, concretará las medidas que deba tomar ante la imposibilidad de reinserción familiar: acogimiento o adopción.

Ahora bien, el art. 239 CC permitirá el nombramiento del tutor conforme a la reglas ordinarias, cuando existan personas que por su relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio de éste. Veamos entonces, si la tutela ordinaria se ajusta mejor a las funciones definitorias de la *Kafala* y en concreto de la *Kafala* notarial, que es la que se constituye respecto de niños no abandonados y la que presenta por lo general, un carácter intra-familiar.

Dejando a un lado la falta de correspondencia de los requisitos que vienen a determinar la capacidad para ser tutor, respecto de los que configuran la capacidad para ser *Kafil*, así como el diferente sistema de constitución de ambas figuras, el problema radica en que esta medida esta encaminada a suplir como ya se ha mencionado, la falta de patria potestad. Debe recordarse que en el Derecho actual de familia marroquí, no existe una noción parecida a la conocida por nosotros como patria potestad.

Pero, aun cuando pudiera considerarse que las funciones propias de la *Kafala* se corresponden con las que integran la mencionada patria potestad, y de ahí, que pudiera jugar el papel supletorio de la tutela, existiría una grave impedimento para la equivalencia. En el caso de las *Kafalas* notariales, no habrá lugar a suplir la capacidad de obrar del menor, pues serán los padres y más exactamente el padre, el que mantenga su representación, ya que con ella lo que en realidad se produce es una delegación de “la autoridad parental”.

Los padres delegan ciertas funciones y, así, se deja constancia en el acta correspondiente, pero mantienen la “tutela parental” y en concreto, la representación legal del menor con las precisiones que se hayan hecho constar en el acta. Es por ello imposible que exista la equivalencia de funciones, que sería necesaria para la sustitución y que por tanto, se produzca el reconocimiento de la resolución de *Kafala* como tutela.

77. Pero, además, y por lo que se refiere a la *Kafala* judicial (y a salvo de las indicaciones que se ha hecho acerca de la tutela administrativa y la falta de encaje de las medidas que a su amparo se podrán dictar: acogimiento o adopción), resulta interesante señalar que aún cuando lo normal es que en la resolución relativa a la *Kafala* se nombre al *Kafil* como tutor dativo, puede ocurrir que no sea así. Se puede designar a otra persona como representante legal, por lo que las funciones propias de la tutela que en principio podrían coincidir con las de la *Kafala*, en concreto procurarle alimentos, educar al menor y procurarle una formación integral (art. 269 del Código Civil) y a ellas se suma la de administrador legal del patrimonio del tutelado, pueden ser encomendadas a personas distintas.

78. A todo este entramado complejo de diferencias, debe añadirse un dato más y es que el *Kafil* no tiene libertad para trasladar al menor al extranjero, con lo que no tiene el Derecho de establecer su

probado que el *kafil* se comprometió con su esposa a hacerse cargo del cuidado de la niña y de la obligación alimenticia de ésta, *Jurisprudencia de la Corte Suprema. Estatuto Personal*, Rabat, 2009, pp. 101-104.

⁶⁰ Acogimiento familiar simple, acogimiento familiar preadoptivo y acogimiento familiar permanente: art. 173 CC.

⁶¹ F. SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia*, Madrid, 1989.

residencia habitual fuera de Marruecos. Para ello requerirá como ya se ha expuesto más arriba, la previa autorización del Juez de Tutelas, lo que se aleja definitivamente de la configuración general del derecho de custodia y de la autonomía a quien le corresponda, que es consagrada en nuestro ordenamiento.

79. En realidad, todo esfuerzo por buscar funciones equivalentes que puedan dar lugar a una sustitución, debe estar presidido por el conocimiento de que la divergencia surge de las mismas diferencias entre los Derechos de familia. De hecho, se debe insistir en que si bien las funciones que integran la patria potestad son conocidas por el Derecho Islámico, no puede decirse lo mismo de la patria potestad como tal. Las funciones que vienen a integrarla no se corresponde con una única institución en éste Derecho.

80. Los deberes que integran la autoridad parental son sometidos a una distinción muy marcada, hasta el punto en que pueden existir diferentes tutelas (*hadanna, wilaya*): la guarda o tutela de la educación, la tutela sobre la persona del niño y la de sus bienes, a la que sólo habrá lugar cuando le niño tiene patrimonio⁶². A ello hay que añadir, que el reparto de las diferentes tareas de protección del niño, tiene en cuenta las aptitudes de las personas a las que se les encomienda y que principalmente será el padre y luego la madre.

81. Todo ello debe necesariamente proyectarse en la *Kafala*; pues esta figura no puede entenderse fuera de la concepción de la misma familia islámica⁶³ (baste mencionar las referencias que la Ley marroquí de niños abandonados hace al Código de familia) y más cuando no existe la adopción y es la única medida que proporcionará protección al menor abandonado o al menor que sin estarlo, son los padres los que encomiendan su cuidado al *Kafil*.

82. En realidad, la *Kafala*, como se ha tenido ocasión de comprobar, es, desde nuestra perspectiva, una institución muy compleja que tiene un marcado carácter multifuncional, lo que hace que se resista a toda tentativa de asimilación con las instituciones del Derecho español. No existe una única fórmula para la *Kafala*, como ya se ha visto, existe la *Kafala* judicial, la notarial e incluso la acordada simplemente por los padres y el *kafil*, tampoco se aplica a una única categoría de niño: los *makful* pueden ser niños huérfanos, abandonados con filiación desconocida o pueden ser niños considerados abandonados de filiación conocida, cuyos padres son incapaces de atender a sus necesidades o no disponen de medios legales de subsidencia y a todas esos diferentes perfiles, hay que añadir su fuerte componente religioso.

83. El conjunto de todas estas consideraciones da cuenta, más que suficiente, de lo complicada y prácticamente imposible que es la tarea de lograr un reconocimiento directo de esta figura como adopción, como acogimiento o como tutela. Ninguna de estas instituciones posee la versatilidad suficiente para responder a las diferentes conformaciones de la *Kafala* y aún que todas están integradas por funciones que coinciden con las propias de ésta peculiar institución, ninguna de ellas permite la equivalencia necesaria para operar la sustitución. En definitiva y parafraseando a H. GAUDEMET-TALLON: *pas d'équivalence, pas de substitution*.

2. Equiparación “funcional” caso por caso

84. La imposibilidad de asimilar la institución de la *Kafala* a alguna de las instituciones propias de nuestro Derecho, nos lleva, de nuevo, al punto de partida. El problema práctico que reclama nuestra atención, es la existencia de resoluciones marroquíes relativas al estado de las personas, que han sido reconocidas en España, por lo que van a producir efectos en nuestro país y por ello debe determinarse cuales serán estos.

⁶² M^aP. DIAGO DIAGO, “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J.L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 143-176.

⁶³ Vid. Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, Paris 1965 y, para un acercamiento general a la filiación, M^aM. MARTÍNEZ ALMIRA, “La filiación materna y paterna en el Derecho islámico. Derecho sustantivo y reformas en los sistemas jurídicos actuales”, en AA.VV., *Mujeres y Derecho Feminismo/s*, 8 diciembre 2006, pp. 87-113.

Ante esta situación, parece que lo más adecuado es adoptar una solución que atienda a las peculiaridades que concurren en esta figura y al hecho probado, de que no existe en nuestro ordenamiento medida de protección del menor equivalente a la *Kafala*. Tomar como referencia estas variables y enmarcarlas en el contexto del respeto a la diversidad y muy en especial, en el respeto a la ley extranjera, conduce a una solución flexible: el reconocimiento de los efectos que genere la resolución de *Kafala* tal y como los establece la legislación extranjera de origen, a la luz de cada caso concreto⁶⁴.

Se trataría, en definitiva, de atender a la diversidad de supuestos que abarca la *Kafala*, lo cual exige un análisis detallado del caso concreto, para, conforme a lo que establece el Derecho marroquí, poder fijar la función que en cada caso desarrolla. Una vez fijada, se buscará la institución jurídica española que cumpla una función similar, produciéndose entonces la equiparación “funcional” a ella, pero reducida a los efectos que se desea que despliegue la resolución. De esta manera se genera una especie de “transpolación” de la técnica propia del conflicto de leyes, la calificación funcional en una versión polivalente, al terreno del reconocimiento.

85. Desde esta perspectiva, puede entenderse que la Ley de adopción internacional, cuando en su art. 34 permite la equiparación al acogimiento o tutela, lo hace a los efectos exclusivos de la materia que regula y atendiendo a la equiparación de funciones con la *Kafala* en el supuesto concreto. Nada impide por ello, que la normativa de extranjería opte en su caso, por reconocer efectos a las resoluciones de *Kafala* produciéndose la equiparación incluso a otra figura distinta. Lo mismo ocurre con la posible equiparación como adopción que podría producirse a efectos del acceso a una prestación de la Seguridad Social, con base en la función asistencial que la *Kafala* en efecto cumple, lo que ya ha ocurrido en la Sentencia Tribunal Superior de Madrid 31 enero 2008, que ya es firme⁶⁵.

86. La equiparación de la *Kafala* a un acogimiento o una tutela regulados en el Derecho español tal y como es prevista en el ya mencionado art. 34 de la Ley de adopción internacional, debe entenderse como la vía para reconocer a través de ella, efectos a la resolución de *Kafala*, en el orden único y exclusivo del ámbito de aplicación de tal ley: la adopción internacional. Lo que no impide, como ya se ha señalado, que la resolución de *Kafala* pueda desplegar otros efectos en otros ordenes distintos.

87. Si se toma como referencia el ámbito concreto y especial de la Ley de adopción internacional, como señalan A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la solución articulada es meramente instrumental o transitoria⁶⁶. A través de ella, lo que se potencia y facilita es la adopción *ex novo* posterior del menor conforme a nuestro Derecho. Se trata por tanto, de una solución que en ningún caso producirá la conversión automática de la *Kafala* en adopción y que requerirá de la iniciativa de las partes y del concurso de la autoridad competente. Esta deberá valorar a la luz del Derecho marroquí, las circunstancias del caso concreto para determinar si concurren los requisitos que se exigen y en especial, el primero de ellos, que señala: Artículo 34.1º *Que los efectos sustanciales de la institución extranjera sean equivalentes a los del acogimiento familiar o, en su caso, a los de la tutela, previstos por la ley española.*

88. Obsérvese que el precepto hace referencia a los efectos sustanciales y no a la igualdad de funciones

⁶⁴ Esta es la solución acogida en el art. 78 de la *loi Fédérale sur le droit international Privé Suisse* (LDIP) de 18 décembre 1987: “1. Les adoptions intervenues à l'étranger sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été prononcées dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'adoptant ou des époux adoptants. / 2 Les adoptions ou les institutions semblables du droit étranger qui ont des effets essentiellement différents du lien de filiation au sens du droit suisse ne sont reconnues en Suisse qu'avec les effets qui leur sont attachés dans l'Etat dans lequel elles ont été prononcées”. Y es la solución que se sigue en la práctica francesa. Vid., al respecto, la respuesta del Ministerio de inmigración, integración, identidad nacional y desarrollo solidario a la pregunta relativa a la problemática de la *Kafala* en la que se establece que las resoluciones sobre ella podrá ser reconocidas en Francia sin formalidad alguna pero “... les effets qu'elle produit sont plus ou moins étendus et dépendant à la fois de la législation du pays d'origine, du contenu de la décision et de la situation de l'enfant recueilli” (Vid. pregunta en *J.O.*, 6-5-2008, p. 3749, y respuesta en *J.O.*, 12-8-2008, p. 6985).

⁶⁵ Sentencia Tribunal Supremo de 10 febrero 2009.

⁶⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, 2009, en concreto p. 272.

ni a la identidad de instituciones. De haber sido así la tarea, como se puede intuir, hubiera sido muy difícil, pues las funciones de la *Kafala* judicial no son las de un mero acogimiento y mucho menos las de un acogimiento familiar pre-adoptivo y las funciones tanto de la *Kafala* judicial como la notarial tampoco presentan una similitud tal, como para considerar que concuerdan de manera sustancial y en abstracto, con las desarrolladas por la tutela española. Ahora bien, estas apreciaciones cambian automáticamente, si lo que se pretende, a través de la equiparación, es que la resolución de *Kafala* despliegue un efecto reconocido por el Derecho extranjero a tal institución y reconocido por el Derecho español como propio de la figura de que se trate.

89. Entender que la Ley de adopción internacional abre, a través de este precepto, las puertas a una completa asimilación a esas figuras, es tanto como admitir que existe una equivalencia tal, que ha logrado producir la sustitución por las instituciones de Derecho español y que por tanto, se ha “nacionalizado” la figura extranjera, lo que no ocurre⁶⁷. Téngase en cuenta que de producirse la sustitución plena, los efectos que desplegará a partir de entonces, serán los previstos en el Derecho español y estos efectos pueden, como se ha tratado de demostrar, no corresponderse con los previstos por el Derecho extranjero, produciéndose en definitiva, una grave distorsión de la misma institución que se ha terminado en transformarse en otra cosa.

90. La equiparación, con carácter general, de la *Kafala* con un acogimiento o una tutela incurre en el mismo error que la equiparación con carácter general a una adopción. Todas estas soluciones llevan al mismo resultado: provocar una metamorfosis irreversible y forzada de una institución extranjera, que al final del proceso, termina convertida en otra cosa. Obsérvese además, que el resultado final será el de una mariposa cuyas alas serán siempre o más largas o más cortas que las que le deberían de corresponder a su especie, por cuanto que los efectos a los que dará lugar, irán más allá o se quedarán más acá, de los diseñados por la ley extranjera de origen.

91. La solución que permite respetar la integridad de la *Kafala*, pasa necesariamente por reconocer los efectos previstos por la ley extranjera, atendiendo a cada supuesto concreto; esto es, examinando el contenido del acto de constitución y buscando la equiparación funcional con la figura de Derecho español, que pueda dar la cobertura suficiente al efecto reclamado.

92. El marco de extranjería ofrece un interesante ejemplo del reconocimiento caso por caso de efectos a la *Kafala*, circunscrito a un ámbito que le es propio: la entrada de extranjeros en España (en concreto, del *makful*) y la obtención necesaria del correspondiente visado. Habida cuenta de las diferencias que entraña la constitución de los distintos tipos de *Kafala* y los efectos a los que da lugar, se prevé que cada uno de ellos se ajuste a procedimientos diferentes.

93. En efecto, tal y como dispuso la Instrucción DGI/SGRJ/07/2007 de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 27 septiembre 2007, sobre acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles, debe diferenciarse dos supuestos. Aquellos en que en la *Kafala* se hubiera constituido con intervención de los padres biológicos del menor y aquellos otros en los que, por ser el niño huérfano o haber sido declarado abandonado por las Autoridades marroquíes, no se hubiera producido la intervención de los padres⁶⁸.

94. En el primer supuesto, la entrada del menor seguirá lo dispuesto en el art. 93 del Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre que regula el régimen aplicable a los programas de desplazamiento temporal de los menores extranjeros⁶⁹. El

⁶⁷ Respecto de la sustitución en relación a la adopción y los peligros de “la nacionalización”, vid. H. MUIR WAT, “Les effets en France des jugements étrangers d’adoption ou la substitution des modèles français aux institutions étrangères équivalentes”, *Revue internationale de droit comparé*, 4-2003, pp. 833-843, en especial pp. 835-836.

⁶⁸ Para un acercamiento exhaustivo de la perspectiva administrativa de la entrada en territorio español del menor sometido a *Kafala* ante autoridad marroquí, vid., por todos, A. RODRIGUEZ BENOT, “La eficacia de la *Kafala* ante el ordenamiento español”, en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, 2009.

⁶⁹ *Boletín Oficial del Estado* n° 6, de 7 enero 2005.

motivo último que conduce a utilizar esta vía y no otra, es el de considerar que este tipo de *Kafala* no es equiparable a una tutela y, por consiguiente, no atribuye al *kafil* la representación legal sobre el *makful*.

95. El segundo supuesto recibe un tratamiento diferente, sobre la base de considerar que en este tipo de *Kafala*, el *Kafil* asume la tutela prevista por el Derecho marroquí, esto es, la tutela dativa, lo que lleva a entender que el *Kafil* es en realidad representante legal del menor marroquí. Se podrá tramitar entonces, un visado por reagrupación familiar⁷⁰ con base en lo establecido en el art. 17, apartado 1º, letra c), de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁷¹

96. Esta norma en su última modificación por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁷², introduce una precisión más, quizás un tanto innecesaria, a la descripción del caso que nos ocupa al disponer que serán, familiares reagrupables: *Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español.*

97. Por lo demás, cabe señalar que ante los problemas que ha generado el hecho de que el representante legal del menor sea español y no pudiera aplicarse el régimen establecido en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁷³, por no estar dicho menor marroquí incluido en la Disposición adicional vigésima, apartado 1º, letra c), del Reglamento de extranjería (introducida por el Real Decreto 240/2007), sería de aplicación la Ley de extranjería⁷⁴.

98. La nueva modificación de ésta norma, establece en su Disposición Adicional segunda titulada: Reagrupación familiar de ciudadanos españoles respecto a sus familiares nacionales de terceros países, lo siguiente: *Reglamentariamente se podrán establecer condiciones especiales más favorables, respecto de las previstas en esta Ley, para la reagrupación familiar ejercida por los españoles*

99. Dejando a un lado lo acertado o no de las medidas procedimentales articuladas en los expedientes de extranjería correspondientes⁷⁵, para la entrada en los supuestos de menores respecto de los cuales se ha constituido una *Kafala*, lo interesante, desde la perspectiva de estudio, es comprobar cómo se ha producido un reconocimiento de esta institución a diferente escala y a través del reconocimiento de sus efectos, que han sido modulados a la luz de las resoluciones extranjeras concretas.

⁷⁰ Vid. E. ZABALO ESCUDERO, "Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia", *Revista Derecho migratorio y extranjería*, nº18, 2008, pp. 45-80.

⁷¹ *Boletín Oficial del Estado* nº 10, de 12 enero 2001; dicha norma ha sufrido posteriores modificaciones operadas mediante las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 diciembre (*Boletín Oficial del Estado* nº 307, de 23 diciembre 2000); 11/2003, de 29 septiembre (*Boletín Oficial del Estado* nº 234, de 30 septiembre); y 14/2003, de 20 noviembre (*Boletín Oficial del Estado* nº 279, de 21 noviembre 2003) y la última es de 2009. Vid. cita nota siguiente. Vid. también la Instrucción DGI/SGRJ/01/2008 de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 17 enero 2008 sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal: desarrolla los artículos 17.1.c) de la LO 4/2000 y 39.c) de su Reglamento, http://extranjeros.mtas.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/documentos/2008/Instruccion_DGI_01-2008.pdf.

⁷² *Boletín Oficial del Estado* nº 299 de 12 diciembre 2009

⁷³ *Boletín Oficial del Estado* nº 51, de 28 febrero 2007.

⁷⁴ Vid., al respecto, el Oficio del Director del Gabinete de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración sobre la *Kafala* de 13 enero 2010 que viene a confirmar lo establecido en las Instrucciones en relación con la tramitación de las solicitudes de visado para la venida a España de menores extranjeros, para su acogimiento por parte de ciudadanos españoles o residentes en el extranjero, que presentan resoluciones de *Kafala*.

⁷⁵ Vid. a favor de un tratamiento igualitario de los dos tipos de *Kafala*, E. ARCE JIMENEZ, "La *Kafala* marroquí y la legislación de extranjería", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 13 (noviembre 2006), p. 272.

100. Otro ámbito abonado para la reclamación de efectos relacionados con la constitución de decisiones relativas a la *Kafala*, lo constituye el campo de la protección social⁷⁶. Era de esperar que tarde o temprano se plantease la cuestión concreta de si los sometidos a *Kafala* tendrán derecho o no, a percibir determinadas prestaciones sociales y así ha ocurrido respecto de una pensión de la Seguridad Social por razón de orfandad.

101. Como ya se ha señalado más adelante, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 enero 2008 ha tenido ocasión de resolver esta cuestión en relación al siguiente caso: Un nacional marroquí casado con nacional también marroquí que había fallecido, solicita pensión de orfandad a favor de dos menores también de nacionalidad marroquí, respecto de los cuales se había constituido una *Kafala* judicial en Marruecos ante el Tribunal de Tutelas correspondiente. La fallecida era titular de un Permiso de Trabajo y de residencia y se encontraba afiliada al Régimen especial de empleados de hogar, estando al corriente del pago de las cuotas correspondientes.

La pensión le fue denegada en aplicación de los arts. 16 de la Orden de 13 febrero 1967 y el 175 de la Ley General de la Seguridad Social, al no ser considerados los menores beneficiarios por no ser “hijos del causante cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación”. La Sentencia de instancia revocó la resolución y reconoció la pensión de orfandad por aplicación del principio de igualdad ya que “de lo contrario se produciría una discriminación indirecta por la imposibilidad de adquirir el carácter de hijos adoptivos, atendida la nacionalidad de los cuidadores (*Kafils*)” (Fundamento de Derecho Primero).

Tras una compleja argumentación, que ha suscitado polémica⁷⁷, en la que está presente el ensayo de la equiparación funcional de la *Kafala* al acogimiento y a la adopción y la no superación del test de equivalencia en ninguno de los casos, se opta por enfocar el tema atendiendo a las características de la figura desconocida y del efecto jurídico reclamado. Todo ello se sitúa, en el marco general de la protección del menor⁷⁸.

La virtualidad que presenta esta argumentación, desde el ángulo que se sigue en este estudio (y al margen de otros desarrollos que merecerían realizarse desde nuestra disciplina⁷⁹), es la de examinar en el caso concreto y atendiendo a las circunstancias que concurren en él y respecto del efecto que se pretende obtener, si la *Kafala* cumple la función asistencial para la cual esta diseñada esta prestación social.

Puede observarse que, de esta manera, se respeta la configuración concreta de la institución extranjera, que no se nacionaliza mediante la sustitución por una medida de protección española, sino que a través de una equiparación funcional flexible, se reconoce el efecto reclamado. Lo que no viene a impedir, el que esa misma *Kafala* hubiera podido ser equiparada, a los efectos de entrada de los *makful* a España, a una tutela dativa o representación legal del *Kafil*.

Cabe apuntar por último, un tema que reviste importancia y que pone de relieve la existencia de conflictos ocultos a los que ya se ha aludido en este trabajo. Tal y como se ha tenido oportunidad de señalar, la Ley de adopción internacional establece una vía para facilitar la adopción en España de niños respecto de los cuales se constituyó por autoridades extranjeras una decisión que no producía vínculos de filiación, como ocurre con la *Kafala*. Sin embargo la Sentencia comentada hace referencia a que el requisito de la filiación en este caso no puede concurrir, por no poder constituirse una adopción, lo que es

⁷⁶ Ya, en el año 1988, se planteaba este problema en Francia. Vid. I. SAYN, “Protection sociale et familles étrangères musulmanes”, *Revue européenne de migrations internationales*, 1988, vol 4, n° 4-1-2, pp. 129-139.

⁷⁷ Baste como ejemplo el análisis efectuado por G.M. QUINTERO LIMA, “Globalización y Seguridad Social: sentencias sobre *Kafala* y pensión de orfandad”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* 17, 2008.

⁷⁸ El INSS alegó como sentencia de contraste la del Tribunal Supremo de 3 noviembre 2004, en la que se planteaba si cabía la concesión de la pensión de orfandad al menor que había sido acogido por su abuelo y la segunda esposa de éste, cuando fallece ésta última. Como así declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 febrero 2009 por la que se declara la firmeza de la Sentencia objeto de análisis, debe apreciarse falta de contradicción entre las Sentencias comparadas porque los supuestos de hecho son distintos, al igual que el tema planteado y los términos del debate Razonamiento Jurídico Primero. Vid., sobre el tema de la identidad de supuestos, R.M. ALONSO GARCÍA, “Dos ejemplos de la difícil identidad de supuestos en unificación de doctrina: Transexualidad y *Kafala*”, *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración* 79, pp. 59-78.

⁷⁹ Entre otros, vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Derecho islámico en España: bigamia y *Kafala*”, AA.VV., *Estudios de Derecho de familia y sucesiones*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 247-296, en especial 269-270, y nota a esta Sentencia de S. GARCÍA CANO, *REDI*, vol. XL, 1, 2008, pp. 254-256.

claro respecto de Marruecos, pero no tanto respecto de España, ya que nuestro ordenamiento no cierra, como se ha visto, la posibilidad a la adopción *ex novo* en nuestro país.

La afirmación de la Sentencia por consiguiente, podría resultar en principio, contradictoria con los objetivos de la Ley; pero ello no será así, si atendemos a la correcta interpretación de la norma que no permite la transformación automática de la *Kafala* en adopción, ni obliga a que los particulares insten la equiparación al acogimiento o tutela y que en todo caso, pone el acento en el desarrollo judicial⁸⁰. No debe ignorarse en este tema, la peculiaridad religiosa de los musulmanes y su reflejo en la realidad, que llevará a que la adopción no será una vía intentada por ellos, aún cuando pudiera ser transitada conforme a lo dispuesto en nuestra Ley, pues como es sabido, la adopción es *haram* está prohibida por su religión.

102. Desde concepciones rígidas es muy difícil atender a la justicia material que reclama cada vez más el planteamiento de supuestos como los analizados y para los cuales, nuestra legislación internacional privatista, no está del todo preparada. En ocasiones será necesario dar entrada a los valores que reflejan heterogeneidad, más allá de cual sea la norma aplicable o la solución tradicional articulada, pues, como señala A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Los particulares elementos de heterogeneidad, también deben conducir a soluciones particulares⁸¹” máxime cuando de ello dependa la consecución misma de la justicia del caso concreto.

VII. Consideraciones finales

103. Como ya ha ocurrido con anterioridad con otras instituciones típicas de Derecho islámico, la *Kafala* hace su aparición en el escenario de nuestra disciplina. Reclama efectos y pone de relieve la discontinuidad existente entre los ordenamientos en presencia: el español y el marroquí (u otro de inspiración islámica).

104. La *Kafala* es una institución muy compleja que tiene un marcado carácter multifuncional, y que cuenta con un poderoso componente religioso. Todo ello hace que se resista a toda tentativa de asimilación plena, con las instituciones del Derecho español, complicando la tarea de Derecho Internacional Privado de asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas en situaciones transfronterizas⁸².

105. La sustitución integral de la *Kafala* por una medida de protección del menor propia de nuestro sistema y en especial, por la adopción, acogimiento o tutela, desencadena una metamorfosis artificial de aquella. Se produciría así una “nacionalización” no justificada, por cuanto que los efectos que estaría llamada a desplegar conforme al Derecho español, no coincidirían con los previstos en el ordenamientos extranjero de origen.

106. Las resoluciones de *Kafala* una vez reconocidas en España, deben poder desplegar los efectos que le son propios, según la ley extranjera de origen. Para ello se requerirá el análisis del caso concreto para, conforme a lo que establece el Derecho de origen (en los supuestos analizados el marroquí), poder fijar la función que en cada caso desarrolla y una vez fijada, buscar la institución jurídica española que cumpla una función similar. Se operará entonces una equiparación “funcional” a ella, pero reducida a los efectos que se desea que produzca.

107. El vector que puede unir el origen de las coordenadas aquí presentadas: resoluciones relativas al otorgamiento de la *Kafala* conforme al Derecho marroquí, con un punto fijo en el espacio que será el Derecho español, es el vector de posición que vendrá representado por la equiparación funcional de la

⁸⁰ Tal y como señalan A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (reflexiones y comentarios)*, Granada, 2008 p. 316: “El poder discrecional otorgado a los tribunales profundiza en la línea del ‘desarrollo judicial’ presente en toda la Ley de adopción internacional. Porque la Ley cree en los jueces”.

⁸¹ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, en AA.VV., *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona, 1998, pp. 163-198, en especial pp. 165 y 166.

⁸² Vid. Resolución del IDI, “La substitution et le principe d’équivalence en droit international privé”, *Annuaire de l’Institut de droit international Session de Santiago*, vol. 72, 2007, p. 74.

Kafala “caso por caso”. Esta operación ha de permitir que las resoluciones relativas a ella, desplieguen los efectos que le son propios y que han sido determinados por su ley de origen.

108. Todo aquello que es diferente no tiene por qué ser una amenaza a la sociedad que lo recibe y menos cuando como es el caso, se trata de medidas de protección que están inspiradas en el principio del interés superior del menor. Este ha de ser precisamente el corazón del auténtico *diálogo de civilizaciones*.

109. La solución aquí planteada resulta eficiente, pues no sólo respeta la integridad de una institución extranjera, extraña a nuestro Derecho pero no contraria a él, sino que restablece la continuidad de las relaciones jurídicas transfronterizas y lo hace desde la concepción que dimana del Derecho Internacional Privado que por definición, no ha de ser xenófobo ni imperialista⁸³.

⁸³ Como señala S. VRELLIS, “Le droit International privé est par hypothèse ouvert au monde entier: il n’est pas xénophobe ni impérialiste” (ID., “Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice” *Recueil des Cours* 2007 t. 328 188 a 474 en concreto p. 229 y vid., en especial, sus consideraciones relativas al respeto de la diferencia en pp. 225-229).

LAS REGLAS DE ROTTERDAM (I)

CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA

Abogado, Doctor en Derecho

Recibido: 08.01.2010 / Aceptado: 22.01.2010

Resumen: Tras la ceremonia oficial de firma celebrada en septiembre de 2009, se ha abierto el proceso de ratificación de las Reglas de Rotterdam, la “Convención de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo”. Si bien no parece que será a corto plazo, las posibilidades de que las Reglas de Rotterdam entren en vigor son altas, lo que convertirá a este Convenio no sólo en el principal instrumento internacional regulador del contrato de transporte marítimo de mercancías sino, también, en un instrumento regulador de una parte muy importante de las operaciones de transporte multimodal que se realizan diariamente en el mundo. Para facilitar el conocimiento de las Reglas de Rotterdam durante este periodo de transición, *Cuadernos de Derecho Transnacional* publicará varios artículos sucesivos sobre este nuevo instrumento internacional. En el primero de los artículos de esta serie, se analizarán, tras una breve introducción, su ámbito de aplicación temporal, espacial y material, con especial mención a su carácter multimodal, el alcance y eficacia de sus normas y las reglas de interpretación del Convenio.

Palabras clave: Contrato, Transporte, Marítimo, Mercancías, Multimodal

Abstract: After the official signature ceremony held in September 2009, the Rotterdam Rules, or the “United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea”, are open up for ratification. Although it seems it will not be in the short term, the chances that the Rotterdam Rules will become in force are high, which would turn this Convention into the main international instrument governing not only contracts for the carriage of goods by sea but also a significant part of the multimodal transport operations performed today in the world. In order to help understand the Rotterdam Rules during this transitional period, *Cuadernos de Derecho Transnacional* will publish several articles on this Convention in successive numbers. In the first article of these series, after a short introduction, the following topics will be addressed: temporal, geographical and material scope of application of the Convention, with special emphasis on its multimodal character, the validity of contractual terms against the Rules and the Convention’s rules of interpretation.

Key words: Contract, Carriage, Sea, Goods, Multimodal

Sumario: I. Introducción. II. Ámbito de aplicación: 1. Ámbito de aplicación temporal. 2. Ámbito de aplicación espacial. 3. Ámbito de aplicación material: A) Contrato de transporte: a) Porteador. b) Flete. c) Mercancías: a’) Transporte sobre cubierta. b’) Transporte de animales vivos. c’) Mercancías (o transportes) “especiales”. B) Contratos excluidos: a) Exclusiones específicas. b) Contratos de volumen. C) Contrato internacional. D) Contrato unimodal o multimodal. E) Condiciones de aplicabilidad. III. Alcance y eficacia de las normas del Convenio. IV. Interpretación del Convenio.

I. Introducción

1. El 11 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en Nueva York el “Convenio sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente ma-

rítimo”, cuya firma, en ceremonia oficial, tuvo lugar el 23 de septiembre de 2009 en Rotterdam, ciudad holandesa de la que se ha tomado el nombre para designar a este texto normativo como las “Reglas de Rotterdam” (en adelante RR) siguiendo una tradición característica del sector marítimo (Reglas de La Haya-Visby; Reglas de Hamburgo, etc.). A la ceremonia oficial de firma concurrieron 16 países, entre ellos España, y en el momento en que se redactan estas líneas son 21 los Estados que han procedido a dicha firma¹. Conforme a su artículo 94.1, las RR entrarán “*en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de un año a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión*”². El número de firmas alcanzado hasta la fecha, y el hecho de que algunos de los Estados signatarios tengan una importancia marítima significada (Estados Unidos de América, Dinamarca, Grecia, Noruega, Países Bajos, etc.), son datos que arrojan ciertas dosis de optimismo sobre una eventual entrada en vigor relativamente temprana de las RR, pero, como demuestra la experiencia en estos asuntos, y muy particularmente en el sector marítimo, cualquier elucubración al respecto en estos momentos no deja de ser un mero “wishful thinking”. Máxime si tenemos en cuenta el debate que se viene produciendo desde hace ya algún tiempo (y con mayor intensidad, por razones obvias, recientemente), y en distintos niveles (empresariales, académicos, etc.), entre partidarios y detractores de las RR y que augura un interesantísimo intercambio de ideas acerca de un texto internacional diseñado para desempeñar un papel señalado en la regulación futura del contrato de transporte internacional de mercancías³. En este contexto, el objetivo de nuestro trabajo es ofrecer una visión estructurada de los aspectos más destacados y novedosos de las RR, que contribuya a difundir entre nosotros el necesario conocimiento crítico sobre este Convenio⁴.

¹ En http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html, puede consultarse el estado de firmas, ratificaciones, adhesiones y entradas en vigor del Convenio en los distintos Estados. Conforme al artículo 88.1 RR (“Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”), el Convenio “*estará abierto a la firma de todos los Estados en Rotterdam (Países Bajos) el 23 de septiembre de 2009, y después de esa fecha, en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York*”. En su apartado 2, dicho precepto establece que el Convenio “*estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios*” y en el apartado 3 señala que “*estará abierto a la adhesión de todo Estado que no sea signatario del mismo desde la fecha en que su texto quede abierto a la firma*”. “*Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas*” (artículo 88.4 RR).

² Según el artículo 94.2 RR “[P]ara cada Estado que llegue a ser Estado Contratante en el presente Convenio después de la fecha en que se haya depositado el vigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de un año a partir de la fecha en que haya sido depositado el instrumento pertinente en nombre de cada Estado”.

³ Véase, en este sentido, el documento titulado “The Rotterdam Rules. An Attempt to Clarify Certain Concerns That Have Emerged”, redactado, en agosto de 2009, por un grupo de ocho destacados expertos (el llamado “Grupo de los Ocho”) conocedores y partidarios de las RR, en respuesta a las críticas y oposición que las RR han suscitado en determinados sectores (marítimos, multimodales, transitarios, etc.). Se puede consultar en www.comitemaritime.org/draft/pdf/5RRULES.pdf. En respuesta a dicho documento, posteriormente vio la luz otro análisis titulado “A Response to the Attempt to Clarify Certain Concerns Over the Rotterdam Rules Publisher 5 August 2009”, firmado por seis expertos en Derecho de los transportes (el “Grupo de los Seis”, que, al parecer, últimamente ha aumentado en número). Se puede consultar en www.pysdens.com/pdf/documents/Summationpdf.pdf.

⁴ Como respuesta al signo de los tiempos, las RR han venido acompañadas del lanzamiento de una página web dedicada al nuevo instrumento internacional: www.rotterdamrules2009.com. Por razones obvias, aunque existe bastante bibliografía sobre el Proyecto de Convenio, todavía son pocas las obras que han abordado el análisis de las RR tras su adopción por las Naciones Unidas. En este sentido, véanse, AA.VV, *The Rotterdam Rules. A Practical Annotation*, Informa, London 2009; F. BERLINGIERI, S. ZUNARELLI y C. ALVISI, “La nuova Convenzione UNCITRAL sul Trasporto Internazionale di Merci “Wholly or Partly by Sea” (Regole di Rotterdam)”, *Diritto Marittimo*, 2008, pp. 1161-1265; R. ILLESCAS ORTIZ, “El nuevo Convenio sobre el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías”, *Derecho de los negocios*, febrero 2009, pp. 1-4; K. LANZAN, “The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea: a general overview = Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer: un aperçu général”, en *Uniform Law Review = Revue de Droit Uniforme*, 2009, pp. 290-323; D. R. THOMAS (Ed.), *A new convention for the carriage of goods by sea - the Rotterdam Rules: an analysis of the UN Convention on Contracts for the Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, Witney, England, Lawtext Pub., 2009. Igualmente, pueden consultarse los números especiales dedicados a las RR por el *Texas International Law Journal*, Spring 2009, pp. pp. 269-455 y por el *Journal of International Maritime Law*, 2008, pp. 459-655.

2. Las RR son fruto de la iniciativa y trabajos desarrollados por la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (conocida como UNCITRAL), que, ya en 1996, se propuso iniciar nuevos estudios tendentes a conseguir una mayor uniformidad en la normativa aplicable al contrato de transporte marítimo internacional de mercancías, ante la negativa dispersión reguladora existente en este sector, donde convivían (*rectius* conviven), en evolución⁵, según los Estados que las hubieren adoptado, bien las denominadas “Reglas de La Haya”⁶ (RH) que, a su vez, han asumido diversas modalidades nacionales⁷, bien las Reglas de La Haya modificadas por el Protocolo de Visby de 23 de febrero de 1968 (“Reglas de La Haya-Visby”)⁸ (RHV) o bien las “Reglas de Hamburgo”⁹ (RHB). Pero, pronto se advirtió que realizar otro intento en aras de la unificación de la reglamentación del transporte marítimo internacional podía traer consigo la indeseable consecuencia de añadir un nuevo instrumento internacional que no sustituyera a los ya existentes, complicando aún más la heterogeneidad reguladora en este sector. De ahí que las iniciales intenciones reformadoras de UNCITRAL se ciñesen a aspectos complementarios no regulados por la normativa vigente (RH, RHV o RHB). Ahora bien, en un *efecto acordeón* no previsto originariamente, y tras los estudios realizados por el Comité Marítimo Internacional (CMI) (que, por impulso de UNCITRAL, desarrolló un papel muy relevante en este proceso)¹⁰, y venciendo las mencionadas resistencias iniciales, se retomó decididamente la idea de elaborar un texto internacional regulador del transporte marítimo en su totalidad. Esta labor fue asumida finalmente en 2001 por el Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte (Grupo III) de UNCITRAL que, sobre la base de un texto preparado por el CMI, elaboró el Convenio finalmente aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 2008. Las RR, por lo tanto, han nacido, principalmente, con la intención de superar la diversidad normativa existente en el sector del transporte marítimo internacional de mercancías y, correlativamente, con la de modernizar dicha reglamentación. En consecuencia, este doble objetivo, unificador y modernizador, habrá de servir de guía ineludible de las reflexiones de orden crítico que puedan suscitar las RR tanto en el tráfico como en los foros académicos y profesionales. Pero, como el propio título de la Convención pone de manifiesto (“total o parcialmente marítimo”), las RR aspiran a ser algo más que un mero, y exclusivo, texto marítimo (unimodal). Durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo III se llegó a la conclusión de que el Convenio también debía abordar la regulación de las operaciones de transporte “puerta a puerta” (“door to door”), es decir, aque-

⁵ Sobre esta evolución normativa, J. A. GÓMEZ SEGADA, “El transporte marítimo de mercancías: de las Reglas de La Haya a las Reglas de Hamburgo”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1980, pp. 221 ss. Desde la perspectiva de las RR, F. BERLINGIERI, “A Comparative análisis of the Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules”, en www.comitemaritime.org/draft/pdf/Comparative_analysis.pdf.

⁶ Convenio internacional de Bruselas de 25 de agosto de 1924, para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque (*Gaceta de Madrid*, nº 212, de 31 de julio de 1930).

⁷ Un caso paradigmático, y sorprendente, es el español, pues tras haberse incorporado a nuestro ordenamiento, como se indica en la nota precedente, el Convenio de Bruselas de 1924, con posterioridad se publicó, con la misma finalidad, la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes (*BOE* nº 358 de 24 de diciembre de 1949) (conocida como Ley de Transporte Marítimo-LTM).

⁸ *BOE* nº 36 de 11 de diciembre de 1984. También se publicó en esta fecha, y junto con el de 1968, el Protocolo de 21 de diciembre de 1979. Entre nosotros, sobre el régimen de las RHV-LTM, véase F. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías. Reglas de La Haya-Visby*, Elcano, Aranzadi 2000.

⁹ Convenio de las Naciones Unidas sobre transporte marítimo de mercancías (Hamburgo, 31 de marzo de 1978). No está en vigor en España, pero sí en otros países de no muy significada tradición marítima. Entre nosotros, sobre las RHB, desde distintas perspectivas, véanse los trabajos de J. M^a ALCÁNTARA, “Las Reglas de Hamburgo ante su inminente entrada en vigor. Una valoración actualizada”, *Derecho de los Negocios*, 1990-1991, pp. 398 ss.; A. EMPARANZA SOBEJANO, “El transporte marítimo bajo conocimiento de embarque: su régimen jurídico internacional tras la entrada en vigor de las Reglas de Hamburgo”, en J. M^a DE EIZAGUIRRE (Coord.), *El Derecho del transporte marítimo internacional*, San Sebastián 1994, pp. 41 ss.; R. MATILLA ALEGRE, “Reglas de Hamburgo. Principios fundamentales”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1981, pp. 281 ss.; F. SÁNCHEZ CALERO, *Las Reglas de Hamburgo sobre el contrato de transporte marítimo de mercancías. Una valoración crítica*, Barcelona 1981.

¹⁰ En www.comitemaritime.org/draft/travaux.html pueden consultarse los documentos preparatorios elaborados por el CMI.

llas operaciones de transporte (no infrecuentes en el tráfico, sino todo lo contrario) en las que el traslado propiamente marítimo de la carga viene acompañado necesariamente de fases anteriores y posteriores no marítimas. Por lo tanto, las RR no se presentan sólo como un instrumento de alcance unimodal regulador del contrato de transporte marítimo internacional de mercancías, superador de las divergencias y deficiencias de la normativa marítima internacional en vigor, sino que aspiran a extender su alcance a la regulación de determinadas operaciones de transporte multimodal con tramo marítimo. Constituye este segundo objetivo, en consecuencia, otro importante marco de reflexión sobre las RR, que no ha tardado tiempo en ser puesto de manifiesto en la comunidad científica, principalmente por los defensores, que no son escasos, de un tratamiento autónomo y específico del transporte multimodal¹¹.

3. Las RR son un texto normativo extenso y caracterizado generalmente como *complejo*¹². Constata de 96 artículos, estructurados en torno a 18 capítulos. El orden de los capítulos no siempre responde a criterios tradicionales, o lógicos, y algunos preceptos, particularmente en materia de responsabilidad del porteador (p.ej., artículos 4 y 12), aparecen situados en distintos capítulos no conectados directamente con esa materia. Por este motivo, si bien en las próximas páginas vamos a abordar un análisis de carácter omnicompreensivo de las RR, dentro lógicamente de los límites de una publicación como la que ahora nos acoge, no seguiremos el orden del articulado del Convenio, de principio a fin, sino una estructura sistemática más acorde con una exposición clásica del contenido de una norma internacional reguladora del contrato de transporte de mercancías. En consecuencia, tras unas reflexiones iniciales sobre el ámbito de aplicación del Convenio¹³ (apartado II), el alcance y eficacia de sus normas¹⁴ (apartado III) y su interpretación¹⁵ (apartado IV), hablaremos de los aspectos formales o documentales del contrato regulado en el Convenio¹⁶ (apartado V), de su contenido¹⁷ (apartado VI), de la responsabilidad del porteador¹⁸ (apartado VII) y del régimen de reclamaciones y acciones¹⁹ (apartado VIII) previsto en las RR²⁰. No abordaremos separadamente, por lo demás, el análisis del extenso artículo 1 (“Definiciones”), que define, ni más ni menos, treinta conceptos o expresiones empleadas por las RR, pues nos parece más eficaz abordar cada una de dichas definiciones oportunamente en el lugar que les corresponda en el desarrollo de la investigación que se recoge en este trabajo.

II. Ámbito de aplicación

4. El ámbito de aplicación de las RR debe determinarse, fundamentalmente, desde una perspectiva *temporal* (“ámbito de aplicación temporal”) y otra *material* (“ámbito de aplicación material”). La primera perspectiva aparece regulada en el artículo 94²¹. Y la segunda en el Capítulo 2 (“Ámbito de

¹¹ Para una primera aproximación crítica sobre el Proyecto de Convención desde esta perspectiva, realizada en 2006, véase M. FAGHFOURI, “International Regulation of Liability for Multimodal Transport”, *WMU Journal of Maritime Affairs*, 2006, Vol. 5, No 1, pp. 95-114. Desde la perspectiva crítica, y contraria a las RR, de la IMMTA (“International Multimodal Transport Association”), véase el último número de su Newsletter en http://www.immta.org/uploads/ImmtaNews_2009_2.pdf, monográfico sobre las RR y con abundantes referencias.

¹² STANILAND, “Preface”, en AA.VV, *The Rotterdam Rules cit.*, p. v.

¹³ Capítulo 2 (arts. 5-7), arts. 25 y 26, Capítulo 17 (arts. 82-86), Capítulo 18 (arts. 92-94).

¹⁴ Capítulo 16 (arts. 79-81).

¹⁵ Art. 2.

¹⁶ Art. 3, Capítulo 3 (arts. 8-10), Capítulo 8 (35-42), Capítulo 11 (57-58).

¹⁷ En este apartado sobre el contenido del contrato de transporte regulador en la RR, nos referiremos a las obligaciones del porteador (Capítulo 4: arts. 11-16, menos el art. 12), las obligaciones del cargador frente al porteador (Capítulo 7: arts. 27-34), los derechos de la parte controladora (Capítulo 10: arts. 50-56) y la entrega de las mercancías (Capítulo 9: arts. 43-49)

¹⁸ Arts. 4, 12, Capítulo 5 (artículos 17-22), art. 24 y Capítulo 12 (arts. 59-61)

¹⁹ Aquí se abordará el análisis del art. 23 (reclamaciones en destino) y de los Capítulos 13 (arts. 62-65), 14 (arts. 66-74) y 15 (arts. 75-78), en materia, respectivamente, de prescripción, jurisdicción (competencia judicial internacional) y arbitraje.

²⁰ Del Capítulo 18 (“Disposiciones finales”), que recoge principalmente normas de DIPúb sólo haremos referencia a aquellos preceptos que incidan en los aspectos de fondo que van a ser objeto de análisis en nuestro trabajo.

²¹ Contenido en el Capítulo 18 (“Disposiciones finales”) de las RR.

aplicación”) (artículos 5-7), que deberá ser completado con lo que establecen los artículos 25 y 26 y el Capítulo 17 (“Materias no reguladas por el presente Convenio”) (artículos 82-86). También haremos referencia, por su parte, al ámbito de aplicación *espacial* de las RR, para poner de manifiesto algunas características especiales de este Convenio recogidas fundamentalmente en su Capítulo 18²².

1. Ámbito de aplicación temporal

5. Por lo que respecta al ámbito de aplicación temporal de las RR, hay dos aspectos de la regulación de este Convenio que deben ser destacados. El primero es el relativo a la entrada en vigor del Convenio, que, como señalamos en un apartado anterior, se producirá “*el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de un año a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión*” (artículo 94.1)²³. La entrada en vigor *internacional* del Convenio se producirá, por lo tanto, tras la combinación de dos factores: uno, el depósito (que no la firma) de un número determinado de instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (veinte, en este caso) y otro, el transcurso de un plazo de tiempo desde que se produzca el depósito del vigésimo instrumento de los mencionados. Durante la elaboración de las RR hubo una intensa discusión acerca del número de depósitos de instrumentos que habrían de exigirse para la entrada en vigor del nuevo Convenio internacional, eligiéndose finalmente un número notablemente alto para asegurar y reforzar la plena aceptación de la nueva normativa²⁴.

6. El segundo aspecto del ámbito temporal de las RR viene cubierto por su artículo 94.3, conforme al cual “[C]ada Estado Contratante aplicará las disposiciones del presente Convenio a los contratos de transporte que se celebren en la fecha de entrada en vigor del Convenio respecto de ese Estado o después de esa fecha”. Las RR, por lo tanto, sólo se aplicarán a los contratos concluidos (*celebrados* dice el artículo 94.3 RR) en la fecha, o tras la fecha, de entrada en vigor de dicho texto internacional en cada Estado Contratante. Los contratos concluidos con anterioridad a esa fecha se regirán por las normas que estuvieren en vigor en ese momento y fuesen aplicables a dichos contratos.

2. Ámbito de aplicación espacial

7. Las RR serán aplicables en cada uno de los “Estados Contratantes” una vez que dichas Reglas hayan entrado en vigor respectivamente en esos Estados. La caracterización jurídica de lo que es un Estado *Contratante* corresponde al DIPúb. y no merece mayor atención en estas páginas. No obstante, desde la perspectiva del ámbito de aplicación espacial de las RR hay, al menos, dos aspectos que merece la pena destacar en estos momentos. El primero es que, conforme al artículo 93.3 RR, “[T]oda referencia que se haga en el presente Convenio a un “Estado Contratante” o a los “Estados Contratantes” será igualmente aplicable a una organización regional de integración económica cuando el contexto así lo requiera”. El propio artículo 93, como su rúbrica indica, contempla la eventual participación de organizaciones regionales de integración económica en la firma, ratificación, aceptación o aprobación de las RR, como “Estado Contratante”, en una referencia que, sin ser explícita, se entiende hecha claramente (aunque, en hipótesis, no exclusivamente) a la Unión Europea (UE), que podrá ser parte (o contratante) del Convenio sobre la base de las competencias que, en determinadas materias, le sean transferidas a la UE por los Estados Miembros de la Unión.

8. Un segundo aspecto a destacar respecto del ámbito de aplicación espacial de las RR lo proporciona su artículo 92 (“Aplicación a las unidades territoriales de los Estados”), con relación a los

²² Véase H. HONKA, “Scope of Application and Freedom of Contract”, en <http://www.rotterdamrules2009.com/cms/uploads/Def.%20tekst%20Hannu%20Honka.pdf>.

²³ Téngase, en cuenta, lo que dice el art. 94.2, con respecto a los Estados que lleguen a ser Estados Contratantes después de la fecha en que se haya depositado el vigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

²⁴ Véase el art. 30 RHB, muy parecido al art. 94 RR. *Cfr* arts. 11 y 14 RH y art. 13(1) RHV.

Estados Contratantes integrados “*por dos o más unidades territoriales en las que sea aplicable un régimen jurídico distinto en relación con las materias objeto del presente Convenio*” (92.1). Se trata, en suma, de un precepto dirigido a Estados federales o con una estructura similar o asimilable a la federal, en cuyo caso un Estado de tal naturaleza “*podrá declarar, en el momento de dar su firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al presente Convenio, que éste será aplicable a todas sus unidades territoriales, o sólo a una o varias de ellas, y podrá en cualquier momento sustituir por otra su declaración original*”²⁵ Ahora bien, “[S]i un Estado contratante no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1 del presente artículo, el Convenio será aplicable a todas las unidades territoriales de ese Estado” (92.4). Y, por otro lado, “[C]uando un Estado contratante haya declarado, conforme a lo previsto en este artículo, que el presente Convenio será aplicable a una o más de sus unidades territoriales, pero no a todas, se considerará, para los fines del presente Convenio, que todo lugar situado en una unidad territorial a la que el Convenio no sea aplicable no está situado en un Estado Contratante”. El artículo 92 RR es novedoso en un texto internacional del sector marítimo, pero apenas suscitó debate en el seno del Grupo de Trabajo de UNCITRAL. Un antecedente normativo situado en una misma órbita conceptual, si bien con efectos distintos, puede encontrarse, por ejemplo, en el artículo 22 del Reglamento Roma I²⁶.

9. Finalmente hay que recordar que, conforme al artículo 89, los Estados que ratifiquen, acepten, aprueben o se adhieran a las RR y sean parte de las RH, RHV (en su caso, modificadas por el Protocolo de 21 de diciembre de 1979) o RHB, deberán denunciar simultáneamente los citados instrumentos internacionales conforme al procedimiento establecido en dicho precepto.

3. Ámbito de aplicación material

10. La dimensión material del ámbito de aplicación de las RR es la más interesante de todas las que vamos a abordar, porque es la que nos permite conocer qué situaciones jurídicas son objeto de regulación por parte del Convenio. Aunque, como veremos, son varios los preceptos de las RR que se refieren a esta cuestión, hay que comenzar fundamentalmente por el análisis de su Capítulo 2 (“Ámbito de aplicación”) y, en concreto, con su artículo 5 (“Ámbito de aplicación general”), donde se contiene, como indica su propia rúbrica, la regla *general* que habrá de utilizarse para determinar el ámbito de aplicación material del Convenio. Transcribiremos a continuación este precepto, para proceder, a continuación, a una disección del mismo. El artículo 5 RR dice lo siguiente: “1. *A reserva de lo dispuesto en el artículo 6, el presente Convenio será aplicable a todo contrato de transporte en el que el lugar de la recepción y el lugar de la entrega estén situados en Estados diferentes, y en el que el puerto de carga de un transporte marítimo y el puerto de descarga de ese mismo transporte estén situados en Estados diferentes, siempre y cuando, de acuerdo con el contrato de transporte, alguno de los siguientes lugares esté situado en un Estado contratante: a) El lugar de recepción; b) El puerto de carga; c) El lugar de la entrega; o d) El puerto de descarga.*- 2. *El presente Convenio será aplicable sea cual fuere la nacionalidad del buque, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del destinatario o de cualquier parte interesada*”. Por lo tanto, conforme a lo que establece el artículo 5 RR, el Convenio se aplicará cuando exista (a) un contrato de transporte; (b) que sea internacional; y (c) siempre que se den las condiciones de aplicabilidad previstas en su texto. Analizaremos, a continuación, cada uno de estos tres elementos, añadiéndoles aquellos otros datos que no se derivan directamente del artículo 5 RR, pero que, recogidos por otros preceptos de las RR, son esenciales para la delimitación del ámbito de aplicación material del Convenio (p.ej., que se trate de transporte de mercancías, que se efectúe total o parcialmente por mar, etc.).

A) Contrato de transporte

²⁵ Art. 92.2: “*En esas declaraciones, que deberán notificarse al depositario, se hará constar expresamente a qué unidades territoriales será aplicable el Convenio*”.

²⁶ Reglamento (CE) N° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L 177/6, de 4 de julio de 2008).

11. Comencemos por el primero de los elementos citados: que nos hallemos ante un “contrato de transporte”. El artículo 1.1 RR ofrece una definición de “contrato de transporte” en el sentido de entender por tal “*todo contrato en virtud del cual un porteador se comprometa, a cambio del pago de un flete, a transportar mercancías de un lugar a otro*”. Esta definición, que es dogmáticamente correcta²⁷, se aleja de la establecida en el artículo 1(b) RHV, en el sentido, acogido en su día por las RHB, de separar la caracterización del contrato del hecho de que se haya emitido, o no, un documento de transporte (p. ej., un conocimiento de embarque). Las RR no dicen nada al respecto y entienden, simplemente, que hay contrato cuando se produce un acuerdo oneroso (“*a cambio del pago de un flete*”) entre el porteador y su contraparte, cuyo objeto es el traslado de mercancías de un lugar a otro. Lo cual no quiere decir, como veremos en su momento, que los aspectos *formales* del contrato no sean importantes. Simplemente, se subraya el hecho de que para la aplicación del Convenio no es necesario que se emita un documento de transporte determinado, sino, sin más, que exista un contrato de transporte, tal y como éste aparece definido por las propias RR en el citado artículo 1.1.

12. Hay tres conceptos empleados por el artículo 1.1 RR que conviene delimitar en estos momentos para poder tener una idea más completa del significado de la definición de “contrato de transporte” que se proporciona en dicho precepto. Se trata de los conceptos de “porteador”, “flete” y “mercancías”. Los tres aparecen definidos, igualmente, en el artículo 1 RR.

a) Porteador

13. La figura del “porteador” se contempla en el artículo 1.5 RR de un modo muy sencillo: “*Por “porteador” se entenderá la persona que celebra un contrato de transporte con un cargador*”. Se la caracteriza, por lo tanto, por ser una de las partes del contrato de transporte, que adquiere dicha condición por el hecho de haber celebrado dicho contrato con un *cargador*, y que, en atención a lo que establece el artículo 1.1, asume la obligación de transportar mercancías de un lugar a otro a cambio de una contraprestación (pago de un flete). Se acoge, en suma, una concepción *amplia* de la figura del porteador, que es unánime en la doctrina y que ha venido recibiendo la debida atención en otros instrumentos internacionales (y nacionales) reguladores del transporte desde hace tiempo²⁸. Esta concepción *amplia* supone que lo realmente importante para delimitar jurídicamente al porteador no es que sea éste quien realice materialmente el transporte. Basta con que se comprometa a conseguir el resultado del transporte (porteador *contractual*) y encargue (subcontrate) a otro porteador (*efectivo*) la ejecución material del mismo²⁹.

14. Nótese que, a su vez, el artículo 1.5 RR, y no el artículo 1.1, introduce una figura, la del “cargador”, que es objeto de definición en el artículo 1.8 RR: “*Por “cargador” se entenderá la persona que celebre un contrato de transporte con el porteador*”. De este modo, se recoge la consideración tradicional del contrato de transporte como contrato celebrado entre dos partes, porteador y cargador, las cuales asumen obligaciones (contrato bilateral) de carácter sinalagmático, que analizaremos en su momento³⁰.

²⁷ SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pp. 105-106.

²⁸ Entre nosotros, véase, por todos, A. EMPARANZA SOBEJANO, *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Comares, Granada, 2003.

²⁹ Los conceptos de “porteador contractual” y “porteador efectivo” son ya clásicos en el ámbito dogmático y normativo del Derecho de los transportes (véase la monografía de S. ZUNARELLI, *La nozione di vettore (contracting carrier ed actual carrier)*, Milano, Giuffrè, 1987). Las RR han omitido esa terminología, no obstante, y han preferido hablar de “porteador”, por un lado, y de “parte ejecutante” (artículo 1.6) y de “parte ejecutante marítima” (artículo 1.7), por otro lado. Estos últimos son, no obstante, conceptos de contenido más amplio, que describen, en general, a los *auxiliares* de cumplimiento de la obligación del porteador.

³⁰ SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pp. 111-112.

b) Flete

15. Por lo que respecta al concepto de “flete”, el artículo 1.28 RR lo define como “*la remuneración que ha de pagarse al porteador por el transporte de las mercancías con arreglo a un contrato de transporte*”. La significación de esta definición, y de la inclusión del término “flete” en la definición de contrato de transporte que ofrece el artículo 1.1 RR, es doble. Por un lado, pone de manifiesto la opción del Convenio por que el contrato de transporte tenga naturaleza esencialmente *onerosa*³¹. Y, por otro lado, identifica uno de los derechos principales que surgen del contrato de transporte a favor del porteador y que, en atención a la naturaleza de contrato de resultado de este negocio jurídico, se devenga en la medida en que el porteador haya prestado el *opus* debido (es decir, el transporte de las mercancías), en los términos y condiciones previstos en el Convenio³².

c) Mercancías

16. De enorme importancia, por su parte, es la caracterización del contrato de transporte sujeto a las RR como contrato de transporte de *mercancías*. El concepto de “mercancías”, a los efectos de la aplicación del Convenio, lo proporciona directamente el artículo 1.24 RR, al indicar que “*Por “mercancías” se entenderán los géneros, los productos y los artículos de todo tipo que el porteador se comprometa a transportar en virtud de un contrato de transporte, incluido el embalaje y todo contenedor o equipo auxiliar no facilitado por el porteador, o en su nombre*”. Varias cuestiones nos plantea la lectura de este precepto en el contexto de la determinación del ámbito de aplicación de las RR.

17. La primera tiene que ver con el término “contenedor”, empleado en su texto, y que el legislador internacional ha creído conveniente definir, a su vez, en el artículo 1.26 RR: “*Por “contenedor” se entenderá todo tipo de contenedor, plataforma o tanque portátil y cualquier otra unidad de carga similar utilizada para agrupar mercancías, así como todo equipo auxiliar de dicha unidad de carga*”. La definición de contenedor es interesante, sin duda, porque, además de su novedad en el contexto normativo que ahora nos ocupa³³, en el marco de los transportes “puerta a puerta”, a los que pretende aplicarse el Convenio en un futuro, este instrumento de consolidación de carga es fundamental para la operativa de este tipo de transportes, como, por otro lado, demuestra diariamente la realidad del tráfico. Por su parte, la referencia específica al empleo de contenedores aparece recogida expresamente en distintos preceptos de las RR (artículos 17.5, 25, 27.3, 40, 41 y 59), por lo que esta definición también habrá de ser tenida en cuenta en dichos ámbitos. Quizás, lo único criticable de la definición del artículo 1.26 RR sea la inclusión de lo definido en dicha definición cuando se emplea la expresión de “*todo tipo de contenedor*”.

18. En segundo lugar, la definición de mercancías que ofrece el artículo 1.24 RR hay que ponerla en relación con lo que establece el artículo 85 RR (“Pasajeros y su equipaje”), conforme al cual “[E]l presente Convenio no se aplicará a los contratos de transporte de pasajeros y su equipaje”. Resulta evidente que las RR no se aplican al transporte de pasajeros (personas), como tipo sustancialmente distinto que es del transporte de mercancías (cosas). No se aplican, en otras palabras, al llamado “contrato de pasaje”³⁴, que goza de regulación internacional en otro instrumento uniforme, como el “Convenio relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar”, hecho en Atenas el 13 de diciembre de 1974 (Convenio PAL/74)³⁵. La duda podría surgir cuando se tratase del transporte exclusivo de “equipaje” (al

³¹ En algunos ámbitos internacionales del Derecho de los transportes, la onerosidad del contrato está perdiendo carácter esencial como tal elemento del contrato. Véase, p.ej., el artículo 1§1 COTIF-CIM).

³² SÁNCHEZ CALERO, *op.cit.*, pp. 108-109.

³³ En el ámbito de las RHV, la figura del contenedor se aborda en el marco de la regulación de la limitación de deuda del porteador (artículo 4.5c) (11c LTM).

³⁴ Sobre este contrato, de forma general, véase J.L. GABALDÓN GARCÍA y J.M³ RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Marcial Pons, 3ª ed., Madrid 2006, pp. 603-626.

³⁵ BOE de 6 de mayo de 1987. Modificado posteriormente por el Protocolo de 19 de noviembre de 1976 (PAL/76) (BOE de 9 de octubre de 1990). Existe, finalmente, otro Protocolo (PAL/2002), que aún no ha entrado en vigor. En el ámbito comunitario véase, en este sector, el Reglamento (CE) n° 392/2009, de 23 de abril de 2009,

margen del pasajero), pues, desde una perspectiva material, el concepto de equipaje encaja, sin duda, en la expresión “*artículos de todo tipo*” que emplea el artículo 1.24 RR al definir las “mercancías”. De hecho, el PAL define, a su vez, al equipaje como “cualquier *artículo* o vehículo transportado por el transportista en virtud de un contrato de transporte” (el subrayado es nuestro), si bien dicho Convenio excluye expresamente de dicho término (y, por lo tanto, del ámbito de aplicación del PAL) a “*los artículos y vehículos transportados en virtud de una carta de fletamento, un conocimiento de embarque o cualquier otro contrato cuyo objeto primordial sea el transporte de mercancías*” (artículo 1.5a). A la luz de estas consideraciones nos parece, por lo tanto, que si el transporte de equipaje se realiza en las condiciones previstas en el artículo 1.5 PAL, entonces las RR podrán ser aplicables a su transporte.

19. Finalmente, con respecto al concepto de “mercancías” empleado por las RR en su artículo 1.24, a los efectos de la determinación del ámbito de aplicación material del Convenio por comparación con el régimen previsto en la normativa internacional precedente, es necesario tener presente lo que establecen sus artículos 25 (“Transporte sobre cubierta”) y 81 (“Normas relativas a los animales vivos y a algunas otras mercancías”). El vigente artículo 1c) RHV (artículo 2 LTM), por un lado, excluye expresamente del concepto de mercancías y, consecuentemente, del ámbito de aplicación de dicha normativa, a los “animales vivos” y al “cargamento que, según el contrato de transporte, se declara colocado sobre cubierta y es, efectivamente, transportado así”. Y, por otro lado, el artículo 6 RHV (artículo 16 LTM) establece un régimen *especial* para determinadas clases de mercancías. Veamos, a continuación, qué tratamiento normativo otorgan las RR a estas tres situaciones en los mencionados artículos 25 y 81.

a’) Transporte sobre cubierta

20. En primer lugar, el tratamiento del transporte “sobre cubierta” se recoge en el artículo 25 RR, dentro del Capítulo 6, denominado “Disposiciones adicionales relativas a ciertas etapas del transporte”. Comparte protagonismo, dentro de ese Capítulo, con otros dos preceptos dedicados, respectivamente, al “desvío de ruta” (artículo 24) y al “transporte precedente o subsiguiente al transporte por mar” (artículo 26), que, si bien pertenecen a ámbitos materiales diversos, comparten, en la regulación de las RR, un mismo sustrato sistemático vinculado a la determinación de si, en los supuestos regulados en esos artículos, son aplicables o no las RR y, en particular, sus normas sobre responsabilidad. Nosotros, ahora, nos centraremos en el artículo 25 RR y daremos cuenta de los otros dos preceptos recién mencionados en sus respectivas sedes sistemáticas.

21. La regulación del transporte sobre cubierta en el artículo 25 RR difiere sustancialmente de la establecida en las RHV (artículo 1c) (artículo 2 LTM)³⁶. Como dijimos, en la regulación vigente, si la mercancía se transporta sobre la cubierta del buque, de manera efectiva, y este tipo de transporte ha sido previsto en el contrato, entonces las RHV no se aplican, con la consecuencia de que el porteador podrá excluir cualquier tipo de responsabilidad derivada de la pérdida o daños sufridos por la mercancía que se transporta sobre cubierta, exclusión que es habitual en ciertos modelos de conocimientos de embarque³⁷. Con el nuevo régimen de las RR en esta materia, la situación cambia significativamente. Veámoslo.

22. En primer lugar, el artículo 25.1 RR establece cuándo será permisible el transporte sobre cubierta. Y lo hace de una manera aparentemente limitativa (“*sólo podrán transportarse*”), pero muy amplia en la práctica, pues, conforme a dicho precepto “[L]as mercancías sólo podrán transportarse sobre la cubierta de un buque si: a) Así lo exige alguna norma aplicable; b) Las mercancías se transportan en o sobre contenedores o en o sobre vehículos adecuados para su transporte sobre cubierta, que viajen sobre cubiertas especialmente equipadas para el transporte de tales contenedores o vehículos; o c) El transporte sobre cubierta se hace conforme a lo estipulado en el contrato de transporte, o conforme a la costumbre o los usos del comercio o a la práctica del tráfico”. El transporte sobre cubierta, por lo tanto, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente (DOUE L131, de 28 de mayo de 2009).

³⁶ SÁNCHEZ CALERO, *op.cit.*, pp. 99-100.

³⁷ CONLINEBILL 2000, Cláusula 3(a).

estará *permitido* siempre que se de en el caso *alguna* de las tres circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 25 RR. O, dicho de otro modo, si no se da ninguna de dichas circunstancias, el transporte sobre cubierta quedará prohibido, con las consecuencias que veremos más adelante.

23. La primera de las situaciones contempladas por la nueva normativa (artículo 25.1(a) RR) es de fácil inteligencia. Se permitirá el transporte sobre cubierta cuando una norma, que resulte *aplicable* al transporte concreto, así lo imponga. Quizás lo más relevante con respecto a este supuesto de la letra (a) del artículo 25.1 RR sea concretar a qué normativa se refiere el precepto internacional: si a la normativa que rige el contrato de transporte, si a la normativa del Estado de bandera o a la normativa de cualquier otro Estado que pudiere resultar de aplicación al transporte. En principio, parece que la expresión empleada por el artículo 25.1(a) RR (“*alguna norma aplicable*”), es lo suficientemente amplia como para incluir a éstos y a otros supuestos similares, pero habrán de ser, en último extremo, las correspondientes normas de DIPr del foro las que determinen qué normativa (“derecho aplicable”) será aplicable al contrato en este particular contexto.

24. Por lo que respecta al supuesto previsto en la letra (b) del artículo 25.1 RR, habrá que entender, por un lado, que el transporte sobre cubierta no estará permitido si, no obstante lo que dice dicho precepto, dicho transporte es contrario a lo establecido en el contrato de transporte por las partes o a lo que establezcan los usos o prácticas que fueren de aplicación³⁸. Por otro lado, hay que poner de manifiesto que el precepto es muy claro en cuanto al requisito de la *idoneidad* que debe exigirse a los contenedores, vehículos y buque empleados para el transporte sobre cubierta³⁹. Con respecto a los primeros, el artículo 25.1 (b) RR emplea la expresión de “*adecuados*”, que entendemos ha de referirse tanto a los “contenedores” como a los “vehículos” empleados en el transporte sobre cubierta. Y por lo que respecta al “buque”, el precepto habla de “*cubiertas especialmente equipadas para el transporte de tales contenedores o vehículos*”. En suma, la plena operatividad de este precepto exigirá que nos encontremos ante situaciones que, técnicamente hablando, permitan el transporte sobre cubierta, lo cual sucederá, sin problemas, en aquellos casos en los que se empleen contenedores, vehículos y buques preparados *ad hoc* para llevar a cabo tal tipo de transporte. Fuera de estos supuestos, la adecuación de unos y otros deberá examinarse caso por caso.

25. El tercer supuesto de transporte sobre cubierta permitido por las RR (artículo 25.1c) tampoco plantea problemas interpretativos, particularmente cuando establece que dicho transporte será posible cuando se haga “*conforme a lo estipulado en el contrato de transporte*”, pues en este supuesto se tratará simplemente de una cuestión de indagación y, en su caso, de interpretación de la voluntad contractual. Por lo que respecta, por su parte, al transporte sobre cubierta realizado “*conforme a la costumbre o los usos del comercio o de la práctica del tráfico*”, habrá, en su caso, que demostrar la existencia de tales costumbres, usos o prácticas, lo cual no siempre será fácil, pero, en todo caso, se trata de una cuestión que se rige por las normas generales aplicables a la prueba de los usos o prácticas mercantiles⁴⁰. Mayor importancia tiene, en todo caso, la previsión que, con respecto a los supuestos del artículo 25.1(c) RR, se establece en el artículo 25.4 RR, conforme al cual “[E]l porteador no podrá invocar el apartado c) del párrafo 1 del presente artículo frente a un tercero que haya adquirido de buena fe un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable, salvo que se especifique en los datos del contrato que las mercancías podrán ser transportadas sobre cubierta”. Se trata de una medida de protección del tercero de buena fe desconocedor de que el transporte sobre cubierta haya sido autorizado por las partes *originarias* contratantes del transporte, desconocimiento que no se podrá alegar si la autorización resulta expresamente (“*se especifique*”) de los “*datos del contrato*”, lo cual incluye, entre otras posibilidades, que la autorización se contemple en el documento de transporte.

26. Tras la delimitación de los supuestos en los que el transporte sobre cubierta está autorizado

³⁸ LORENZON, en AA.VV., *The Rotterdam Rules cit.*, p. 76.

³⁹ Véase, en este marco, el artículo 14 c) RR.

⁴⁰ F. SÁNCHEZ CALERO y J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho mercantil*, I, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 87-90.

(artículo 25.1 y 4 RR), las RR establecen cuál es el régimen jurídico aplicable a los supuestos autorizados y no autorizados. Con respecto a los primeros, el artículo 25.2 RR señala en su primer inciso que “[E]l régimen de la responsabilidad del porteador enunciado en el presente Convenio será aplicable a la pérdida, el daño o el retraso en la entrega de las mercancías transportadas sobre cubierta conforme a lo previsto en el párrafo 1 del presente artículo (...)”. Por lo tanto, en estos casos, el transporte sobre cubierta quedará sometido a la regulación del Convenio, específicamente en materia de responsabilidad del porteador. No obstante, si se trata de alguno de los supuestos previstos en las letras a) o c) del artículo 25.1 RR, y sólo en estos supuestos (y no en el de la letra b), el segundo inciso del artículo 25.2 RR indica que “el porteador no será responsable de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega de las mercancías que resulte de alguno de los especiales riesgos que conlleva su transporte sobre cubierta”. Las RR no definen ni especifican cuáles son esos “riesgos especiales” del transporte sobre cubierta⁴¹, pero habrá que entender que la exoneración de responsabilidad del porteador prevista por el Convenio para estos casos deberá determinarse conforme a las reglas y principios generales establecidos en el artículo 17 RR (“Fundamento de la responsabilidad”) y en atención a las particulares circunstancias del transporte.

27. Por lo que respecta a los transportes sobre cubierta que contravienen lo establecido en el artículo 25.1 RR, por su parte, habrá que estar a lo que señala el artículo 25.3 RR: “Cuando las mercancías se hayan transportado sobre cubierta en casos distintos de los señalados por el párrafo 1 del presente artículo, el porteador será responsable de la pérdida, el daño o el retraso en la entrega de las mercancías que sea exclusivamente imputable a su transporte sobre cubierta, no pudiendo en tal caso invocar las exoneraciones previstas en el artículo 17”. En estos casos, por un lado, el transporte sobre cubierta estará sujeto, por lo tanto, a las RR, pero, por otro, la sanción de la contravención será la de no permitir que el porteador, sin perjuicio de su sometimiento a las normas de responsabilidad de las RR, pueda alegar las defensas que a su favor establece el artículo 17 RR, siempre y cuando el supuesto de responsabilidad producido (pérdida, daño, retraso) se derive (“sea exclusivamente imputable”) del hecho de que el transporte de la mercancía haya sido realizado sobre cubierta.

28. Finalmente, en este ámbito del transporte sobre cubierta, el artículo 25 RR contempla una regla particular, en su apartado 5, para los supuestos en que “el porteador y el cargador acuerdan expresamente que las mercancías sean transportadas bajo cubierta”, pero la pérdida, daño o retraso resulten de su transporte sobre cubierta. Se trata, en consecuencia, de un supuesto de incumplimiento contractual grave, generador de responsabilidad a cargo del porteador, cuyas consecuencias serán que “el porteador no tendrá derecho al beneficio de la limitación de responsabilidad por la pérdida, el daño o el retraso en la entrega de las mercancías”. En este caso, las RR contemplan, sin más, un supuesto específico de pérdida por el porteador de su derecho a invocar el límite de la responsabilidad, que se suma a la regla general establecida, a estos efectos, por el artículo 61 RR.

b’) Transporte de animales vivos

29. Como señalamos, las RHV (artículo 1c) (artículo 2 LTM), excluyen también del concepto de “mercancías” y, consecuentemente, de su ámbito de aplicación, a los “animales vivos”⁴². Lo que ha dado pie en la práctica a la inclusión frecuente en los documentos de transporte (conocimientos de embarque) de cláusulas de exoneración del porteador para estos casos. Las RR, por el contrario, no excluyen de su ámbito de aplicación a los “animales vivos”. Cabría argüir que la definición de “mercancías” que ofrece el artículo 1. 24 RR no parece favorecer la inclusión de los “animales” vivos, cuando emplea las expresiones “géneros”, “productos” o “artículos”. Pero, a diferencia del régimen de las RHV (LTM), en las RR no sólo no se excluye expresamente a los animales vivos del concepto de mercancías, sino que, además, se les ofrece un régimen jurídico específico en su artículo 81(a)⁴³, en el que, en concreto,

⁴¹ En general, por “riesgos especiales” habrá que entender aquellos peligros que son inherentes al transporte sobre cubierta (“inherent dangers”, en expresión de LORENZON, en AA.VV., *The Rotterdam Rules cit.*, p. 77).

⁴² SÁNCHEZ CALERO, *op.cit.*, pp. 98-99.

⁴³ En lo que coinciden tanto las RHV (LTM) como las RR es en no ofrecer una definición de lo que son “ani-

se dice que los “*animales vivos*” son “*mercancías*” transportadas. No creemos, por lo tanto, que deban producirse debates al respecto⁴⁴.

30. Una vez determinada la sujeción del transporte de animales vivos a las RR, debemos comprobar a continuación qué régimen jurídico les ofrece el citado artículo 81(a). Este precepto es claro en el sentido de que “(...) *el contrato de transporte podrá excluir o limitar las obligaciones o la responsabilidad tanto del porteador como de una parte ejecutante marítima, siempre y cuando: a) Las mercancías transportadas sean animales vivos (...)*”⁴⁵ Este pronunciamiento encaja inequívocamente en el marco del Capítulo en que está integrado el artículo 81 RR, que es el Capítulo 16, cuya rúbrica es la de “Validez de las cláusulas contractuales”, porque sus tres preceptos (artículos 79-81) se ocupan, precisamente, de delimitar en qué circunstancias son válidos los pactos contractuales que contravengan el régimen normativo establecido por las propias RR. Pues bien, uno de los ámbitos en los que se establece el carácter *dispositivo* de la normativa de las RR, en materia de obligaciones y responsabilidad del porteador, es el del transporte de animales vivos. Se abre la puerta, en consecuencia, a que en el contrato de transporte (en el documento de transporte), se puedan incluir lícitamente cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad del porteador en supuestos de pérdida, daños o retraso en la entrega de animales vivos⁴⁶.

31. El único límite a esta libertad la recoge el propio artículo 81(a) RR cuando señala que “*dicha limitación o exclusión carecerá de efecto si el reclamante prueba que la pérdida o el daño de las mercancías o el retraso en su entrega son resultado de algún acto u omisión del porteador o de alguna de las personas mencionadas en el artículo 18, cometido con la intención de causar la pérdida o el daño de las mercancías, o la pérdida derivada del retraso, o temerariamente y a sabiendas de que dicha pérdida o daño, o la pérdida ocasionada por el retraso, probablemente se produciría*”⁴⁷. El artículo 81(a) RR reproduce, en el contexto del transporte de animales vivos, el mandato previsto por el artículo 61 RR, lo que significa, en suma, que, cuando se trate de un transporte de este tipo, el régimen de exoneración o de limitación de la responsabilidad del porteador tendrá, como se ha dicho, carácter *dispositivo*, salvo que concurran las circunstancias que provocan la pérdida del derecho a invocar el límite de responsabilidad del porteador, previstas específicamente en el artículo 81(a) RR y, de modo general, en el artículo 61 RR. Es decir, el reclamante deberá probar que la pérdida, daño o retraso son imputables a una acción u omisión del porteador (o de sus colaboradores, mencionados en el artículo 18 RR) cometidos con la intención de causar dicha pérdida, daño o retraso, o temerariamente y a sabiendas de que dicha pérdida, daño o retraso se habrían de producir⁴⁸.

c’) Mercancías (o transportes) “especiales”

32. Finalmente, por lo que respecta a la letra (b) del artículo 81 RR (“Normas especiales relativas a (...) algunas otras mercancías”), apenas hay variaciones sustanciales en la nueva normativa con relación a lo que, respecto a esta misma materia, establece el artículo 6 RHV (artículo 16 LTM)⁴⁹. En aquel precepto, las RR indican que “(...) *el contrato de transporte podrá excluir o limitar las obligaciones o* males vivos” a los efectos de la aplicación (o no) de sus normas.

⁴⁴ Véase, no obstante, LORENZON, en AA.VV, *The Rotterdam Rules cit.*, p. 253, quien, igualmente, introduce algunas reflexiones de detalle sobre lo que debe entenderse por animales “vivos” (pp. 253-254).

⁴⁵ La definición de “parte ejecutante marítima” se recoge en el artículo 1.7 RR.

⁴⁶ Cláusulas que, dicho sea de paso, deberán ser cuidadosamente redactadas para contemplar una exclusión lo más plena y precisa posible de la responsabilidad del porteador respecto del régimen previsto al respecto en las RR.

⁴⁷ El artículo 18 RR establece el régimen de responsabilidad del porteador por actos ajenos o, como diríamos entre nosotros, por los actos de sus colaboradores o auxiliares, ya sean dependientes o independientes.

⁴⁸ Existe una diferencia entre los artículos 61 y 81 RR, pues en aquél se exige que la acción u omisión del porteador o de sus colaboradores (artículo 18 RR) sea “*personal*”, expresión que no aparece en el artículo 81 RR. Diferencia terminológica, que también lo es de régimen, porque en el primer caso se podrá alegar el derecho a invocar el límite de la responsabilidad si la acción u omisión no son atribuibles directamente (personalmente) al demandado, mientras que en el segundo caso el demandado no podrá ampararse en ese límite si la acción u omisión es atribuible, p. ej., a alguna de las personas por las que responde en virtud del artículo 18 RR.

⁴⁹ SÁNCHEZ CALERO, *op.cit.*, p. 401.

la responsabilidad tanto del porteador como de una parte ejecutante marítima, siempre y cuando: (...) b) El carácter o la condición de las mercancías transportadas, o las circunstancias y las condiciones en que se haya de efectuar su transporte sean tales que razonablemente justifiquen un acuerdo especial al respecto, siempre que el contrato de transporte no se refiera a cargamentos comerciales ordinarios realizados en el curso de operaciones comerciales corrientes, y que no se haya emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable para el transporte de dichas mercancías”. En suma, en el contexto del Capítulo 16 RR (que es donde se inserta el artículo 81, como sabemos), las RR se aplican a estos supuestos y permiten plena libertad de pactos entre las partes del contrato, cuando se trate de mercancías o transportes que, por sus circunstancias y condiciones, justifiquen un acuerdo especial. Pero con dos excepciones: (a) que el contrato no se refiera a cargamentos comerciales ordinarios realizados en el curso de operaciones comerciales corrientes⁵⁰; y (b) que no se haya emitido documento de transporte (electrónico o no) negociable en relación con dicho transporte especial.

B) Contratos excluidos

33. Las RR son aplicables a los contratos de *transporte* de mercancías en los términos que se acaban de establecer, y delimitar, en el apartado precedente. Sin embargo, hay algunos contratos relativos al transporte de mercancías que las propias RR excluyen expresamente de su ámbito de aplicación o cuyo régimen merece un trato particular dentro del ámbito de las propias RR. Estas situaciones están previstas en sus artículos 6 (“Exclusiones específicas”) y 80 (“Normas especiales relativas a los contratos de volumen”).

a) Exclusiones específicas

34. El artículo 6 RR se encuentra dentro de su Capítulo 2 (“Ámbito de aplicación”). Es un precepto importante, en consecuencia, a los efectos de la delimitación, en este caso por exclusión (y por referencia al artículo 5 RR), del ámbito de aplicación (material) del nuevo Convenio. Es un precepto que cuenta, en parte, con antecedentes en la regulación vigente (artículos 1b RHV o 2 LTM)⁵¹, si bien se pronuncia con un mayor grado de detalle. A la hora de establecer sus exclusiones, el artículo 6 RR distingue entre “transporte de línea regular” (apartado 1) y “transporte no regular” (apartado 2). El primero se define en el artículo 1.3 RR del siguiente modo: “Por “transporte de línea regular” se entenderá el servicio de transporte que se ofrezca al público mediante anuncios o medios similares de publicidad y que incluya el transporte en buques que navegan con regularidad entre puertos determinados y conforme a un calendario de fechas de navegación a disposición del público”. Y también se define al “transporte no regular”, si bien de una manera negativa, y por lo tanto imprecisa, como “todo transporte que no sea de línea regular”⁵². No es difícil, en todo caso, reconducir ambas categorías a lo que se conoce en la práctica comercial del sector como transportes “liner” y “tramp”, respectivamente, pero hubiese sido deseable mayor precisión en la definición (en el caso de que hubiese sido necesario y posible ofrecer definiciones claras).

35. El artículo 6.1 RR señala que el Convenio *no será aplicable a los siguientes contratos en el transporte de línea regular: a) Los contratos de fletamento, y b) Otros contratos para la utilización de un buque o de cualquier espacio a bordo de un buque*”. Las RR, en su artículo 1, no definen qué debe entenderse por “contrato de fletamento” o por “contratos para la utilización de un buque o de cualquier espacio a bordo de un buque” ni, en su caso, qué relación existe entre los contratos de las letras a) y b) del artículo 6.1 RR. En el marco de la clásica, y divergente, discusión dogmática sobre la delimitación

⁵⁰ No encajan en esta exclusión el transporte por mar de contenedores o de vehículos de carretera, según estableció el Grupo de Trabajo (UN doc A/CN.9/621, para. 175).

⁵¹ SÁNCHEZ CALERO, *op.cit.*, pp. 118-125.

⁵² Artículo 1.4 RR.

y alcance de los llamados “contratos de utilización o explotación de un buque”⁵³, cualquier pretensión definitoria por parte del nuevo Convenio hubiese resultado arriesgada. Deberán ser, por tanto, los tribunales nacionales los que, en cada caso, decidan ante qué tipo de contrato de fletamento o, en general, de explotación o utilización de un buque nos encontramos, a la luz de las normas del Derecho nacional que resulte de aplicación al caso, en virtud de lo establecido por las normas de DIPr del foro⁵⁴.

36. El artículo 6.2 RR, por su parte, es reflejo de un modo de legislar basado en las dobles y ulteriores negaciones, que son muy características del legislador anglosajón, pero que, por regla general, sólo consiguen ofrecer resistencias a su inteligencia e interpretación. Según este precepto, por un lado, el nuevo Convenio “*no será aplicable a los contratos de transporte en el transporte no regular*”. Se excluyen, por lo tanto, los “contratos de transporte”, definidos, como sabemos, por el artículo 1.1 RR, que se celebren en el marco del “transporte no regular”, cuya definición (artículo 1.4), como dijimos hace unos instantes, no arroja demasiadas luces sobre su delimitación y alcance, por su carácter negativo.

37. Pero la exclusión del artículo 6.2 RR tiene una excepción: a tenor de dicho precepto, las RR se aplicarán en el transporte no regular “*cuando a) No exista entre las partes un contrato de fletamento ni otro contrato para la utilización de un buque o de cualquier espacio a bordo de un buque; y b) Se haya emitido un documento de transporte o un documento electrónico de transporte*”. Se trata de requisitos cumulativos, el primero de los cuales (letra a) deberá contemplarse a la luz de lo que dijimos al respecto de esos contratos en un párrafo precedente. En cualquier caso, dicho de un modo u otro, resulta claro que lo que el legislador internacional ha pretendido, en síntesis, con su artículo 6, es dejar fuera de su ámbito de aplicación principalmente a los contratos de explotación o utilización de un buque que no sean contratos de transporte en línea regular.

38. En relación lo que establece el artículo 6 RR, no puede perderse de vista, sin embargo, el mandato del artículo 7 RR (“Aplicación a ciertas partes”), que, no en vano, comienza su texto con una coletilla (“*No obstante lo dispuesto en el artículo 6*”) que anuncia ulteriores excepciones a las reglas y excepciones a su vez establecidas por el artículo 6. Según el primer inciso del artículo 7 RR, no obstante lo que establece el artículo 6, “*el presente Convenio será aplicable a las relaciones entre el porteador y el destinatario, la parte controladora o el tenedor que no sea parte originaria en un contrato de fletamento ni en un contrato de transporte de los excluidos del ámbito de aplicación del presente Convenio*” (excluidos, habría que añadir, en virtud del artículo 6 RR). El criterio, por lo tanto, para suscitar en estos casos la aplicación de las RR en el supuesto de contratos excluidos por el artículo 6 RR, es el carácter *no originario* de una de las partes de la relación (destinatario, parte controladora, tenedor)⁵⁵. El ejemplo más frecuente será el de la emisión de conocimientos de embarque con ocasión de un fletamento.

39. El segundo inciso del artículo 7 RR, por su parte, excluye de la aplicación del Convenio “*a las relaciones entre las partes originarias en un contrato de transporte excluido de su ámbito de aplicación a tenor del artículo 6*”. No es fácil entender esta exclusión del artículo 7 RR, teniendo en cuenta que hace referencia a los contratos de transporte ya *excluidos* por el artículo 6 RR. La única explicación que puede dársele a esta aparente reiteración derivaría del empleo de la expresión “partes originarias”, en cuyo caso, podría deducirse, *sensu contrario*, que las RR serán aplicables a las partes de un contrato de transporte excluido del ámbito de aplicación de las RR por el artículo 6 RR, siempre y cuando las referidas partes no sean partes originarias de dicho contrato, sea lo que esto sea.

⁵³ GABALDÓN-RUIZ SOROA, op.cit., pp. 449-457.

⁵⁴ No obstante, en este marco, véase el artículo 5 Roma I, a la luz del Considerando 22 de dicho Reglamento. En general, C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “La Ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2009), Vol. 1, Nº 2, pp. 160-178.

⁵⁵ Los conceptos de “tenedor”, “destinatario” y “parte controladora” se definen, respectivamente, en los apartados 10, 11 y 13 del artículo 1 RR.

b) Contratos de volumen

40. El artículo 80 RR establece “normas especiales relativas a los contratos de volumen”⁵⁶. Este tipo de contratos, por lo tanto, no están excluidos del ámbito de aplicación de las RR, pero gozan, a tenor del artículo 80, de un régimen jurídico muy particular que aleja a este tipo de contratos del marco regulador *general* contemplado por el nuevo Convenio⁵⁷. La elaboración del artículo 80 RR ha sido polémica y su redacción definitiva, según se afirma oficiosamente, constituiría el *precio* pagado por el legislador internacional para conseguir que los EEUU, principal *empleador* de este tipo de contratos, se sumasen finalmente a las RR⁵⁸.

41. Los contratos de volumen vienen definidos en el artículo 1.2 RR. En este precepto se señala que “*Por “contrato de volumen” se entenderá todo contrato de transporte que prevea el transporte de una determinada cantidad de mercancías en sucesivas remesas durante el período en él convenido. Para la determinación de la cantidad, el contrato podrá prever un mínimo, un máximo o cierto margen cuantitativo*”. El contrato de volumen es, por lo tanto, un “*contrato de transporte*” (artículo 1.1 RR) caracterizado por los tres elementos que describe el artículo 1.2 RR: (a) que su objeto sea el transporte de una *cantidad* determinada de mercancía (o de un mínimo, un máximo o un margen de cantidad); (b) que el transporte de dicha mercancía se efectúe en varias *remesas* o embarques; y (c) que el transporte se lleve a cabo en un periodo de *tiempo* convenido⁵⁹.

42. Pues bien, y centrándonos ahora en el régimen jurídico de estos contratos, conforme al artículo 80.1 RR, “*en las relaciones entre el porteador y el cargador, todo contrato de volumen al que sea aplicable el presente Convenio podrá prever derechos obligaciones o responsabilidades mayores o menores que los prescritos en este último*”⁶⁰. Se consiente, en definitiva, un grado amplísimo de la autonomía de la voluntad material a las partes originarias de un contrato de volumen. O, dicho con otras palabras, se establece que las RR tienen un marcado carácter dispositivo respecto de los contratos de volumen, de tal modo que, aunque el contrato de volumen esté sometido a las RR, las partes del contrato pueden derogar lo establecido en éstas sin mayor problema. El único límite expreso a esta derogación lo establece el artículo 80.4 RR conforme al cual “[*E]l párrafo 1 del presente artículo no será aplicable a los derechos y las obligaciones prescritas en los apartados a) y b) del artículo 14 y en los artículos 29 y 32, ni a la responsabilidad dimanante del incumplimiento de alguna de dichas obligaciones o derivada de algún acto u omisión de los mencionados en el artículo 61*”⁶¹.

⁵⁶ En general, sobre estos contratos desde la perspectiva de las RR, P. K. MUKHERJEE y A. BASU BAL, “A Legal and Economic Analysis of the Volume Contract Concept under the Rotterdam Rules: Selected Issues in Perspective”, en www.rotterdamrules2009.com/cms/index.php?page=text-speakers-rotterdam-rules-2009.

⁵⁷ Los contratos de volumen no están sometidos, por su parte, a las RHV.

⁵⁸ Una visión más políticamente correcta sobre la implicación de los EEUU en las RR puede verse en M. H. CARLSON, “U.S. Participation in Private International Law Negotiations: Why the UNCITRAL Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea Is Important to the United States”, *Texas International Law Journal*, Vol. 44, 2009, pp. 269-276.

⁵⁹ En el apartado 3 del artículo 80 RR se establece que no “*podrá ser considerado como un contrato de volumen a los efectos del párrafo 1 del presente artículo*” “[*N*]inguna lista pública de precios y servicios del porteador, así como ningún documento de transporte, documento electrónico de transporte o documento similar”. Si bien, en su inciso final, este precepto indica que “*en un contrato de volumen cabrá incorporar por remisión los términos de dichos documentos como condiciones del contrato*”, siempre que, añadimos nosotros, se cumplan las condiciones previstas en el artículo 80.2 (particularmente su letra d), si se quiere que el contrato de volumen esté sujeto al principio dispositivo establecido en el artículo 80.1 RR.

⁶⁰ Nótese que el precepto habla de los contratos de volumen a los que “*sea aplicable el presente Convenio*”, lo que significa que para la debida aplicación del artículo del artículo 80 RR a un contrato de volumen, este contrato deberá caer bajo el ámbito de aplicación temporal, espacial y material del nuevo Convenio, a la luz de lo que hemos visto, y veremos, en este trabajo.

⁶¹ Las letras a) y b) del artículo 14 RR recogen, respectivamente, la obligación del porteador de “poner y mantener el buque en adecuado estado de navegabilidad” y de “tripular, armar y avituallar debidamente el buque, y mantenerlo así tripulado, armado y avituallado durante todo el viaje”. El artículo 29 RR regula la obligación

43. Para que el principio dispositivo opere plenamente en los contratos de volumen, en los términos establecidos en los apartados 1 y 4 del artículo 80 RR, es necesario, no obstante, que concurren las *condiciones* o circunstancias que recoge expresamente el apartado 2 del mencionado precepto. Estas circunstancias son las siguientes: que “a) *En el contrato de volumen conste de manera visible que incluye condiciones que se apartan del régimen del presente Convenio; b) El contrato de volumen: i) haya sido individualmente negociado, o ii) especifique de manera visible cuáles de sus cláusulas o secciones contienen tales condiciones; c) Se dé al cargador la oportunidad de concertar un contrato de transporte cuyas condiciones sean conformes al régimen del presente Convenio, sin que ninguna de sus condiciones se aparte de dicho régimen al amparo del presente artículo, y se le dé aviso de dicha oportunidad; y d) La condición que se aparte del presente Convenio: i) no sea incorporada al contrato por remisión a otro documento, ii) ni figure en un contrato de adhesión, no sujeto a negociación*”. Desde un punto de vista material, y salvo por lo que respecta a la pudorosa (e impracticable, en realidad) exigencia de la letra c), ninguna de las circunstancias exigidas por el artículo 80.2 RR parece de difícil ejecución⁶², pero es importante recordar, en todo caso, que la prueba del cumplimiento de tales condiciones deberá hacerse *por escrito* a instancias del artículo 3 RR (“Requisitos de forma”). Y, en términos generales, recuérdese, también, que el artículo 80.6 RR establece que “[L]a parte que invoque alguna condición que se aparte del régimen del presente Convenio deberá probar que se cumplen todos los requisitos prescritos para su validez”.

44. La derogación del régimen normativo de las RR para los contratos de volumen, prevista por el artículo 80.1 RR en las condiciones establecidas por el artículo 80.2 RR, no sólo es aplicable a “*las relaciones entre el porteador y el cargador*” (en palabras extraídas del primer inciso del artículo 80.1 RR), sino también a las relaciones entre el porteador “*y una persona distinta del cargador*”⁶³, tal y como establece el apartado 5 del artículo 80 RR⁶⁴. Para que esto sea posible, no obstante, es necesario que se den las dos circunstancias *formales* previstas en dicho precepto, es decir, que “a) *Dicha persona recibió información que indicaba de manera visible que el contrato de volumen contenía tales condiciones y consintió expresamente en quedar vinculada por ellas; y b) Su consentimiento no está recogido únicamente en una lista pública de precios o servicios del porteador, en un documento de transporte o en un documento electrónico de transporte*”.

C) Contrato internacional

45. Las RR se aplican a los *contratos de transporte de mercancías* en los términos que acabamos de explicar en los apartados precedentes. Pero, además, el artículo 5 RR exige, para la aplicación de dichas Reglas, que el contrato de transporte de mercancías sea *internacional*. La internacionalidad del contrato, a los efectos de la aplicación de las RR, se determina conforme a criterios *objetivos*, no *subjetivos*. La exclusión de estos últimos la recoge expresamente el apartado 2 del artículo 5 RR, conforme al cual “[E]l presente Convenio será aplicable sea cual fuere la nacionalidad del buque, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del destinatario o de cualquier otra parte interesada”. No será necesario, por lo tanto, indagar acerca de la nacionalidad del buque o de las partes mencionadas en el artículo 5.2 RR, porque este criterio es completamente irrelevante a los efectos de determinar si las RR son aplicables o no al contrato de transporte (y sin perjuicio de la trascendencia que pueda tener a otros efectos).

del cargador de facilitar al porteador información, instrucciones y documentos. El artículo 32 establece “normas especiales relativas a las mercancías peligrosas”. Y el artículo 61 RR establece los supuestos en que el porteador perderá el derecho a invocar el límite de responsabilidad establecido en el Convenio.

⁶² Con respecto a la letra d)i) del artículo 80.2 RR, téngase en cuenta lo establecido por el apartado 3 de ese mismo precepto sobre las incorporaciones por remisión.

⁶³ No se define lo que es “*una persona distinta del cargador*”, pero habrá que entender por tal toda persona, distinta del cargador, que esté sujeta, frente al porteador, a derechos y obligaciones derivados del contrato de transporte, lo que, incluirá, entre otros, al destinatario (artículo 1.11 RR), sin duda, pero también a la “parte controladora” (artículo 1.13 RR) o, incluso, al “cargador documentario” (artículo 1.1) (sobre esta última conclusión, véase LORENZON, en AA.VV, *The Rotterdam Rules cit.*, p. 251).

⁶⁴ Este precepto también sometido al artículo 3 RR en cuanto a los requisitos de forma.

46. El criterio objetivo acogido por las RR para determinar cuando un contrato es internacional o no, a los efectos de la aplicación de las RR, es el de su carácter *transfronterizo* o, dicho de otro modo, que los lugares de origen y destino del transporte estén situados en dos Estados diferentes. El artículo 5.1 RR acoge este criterio cuando habla de “*todo contrato de transporte en el que el lugar de la recepción y el lugar de la entrega estén situados en Estados diferentes, y en el que el puerto de carga de un transporte marítimo y el puerto de descarga de ese mismo transporte estén situados en Estados diferentes*”⁶⁵. El precepto se pronuncia de un modo *aparentemente* complejo (en relación con la forma en que otros Convenios unimodales sobre transporte internacional acogen este mismo criterio objetivo)⁶⁶, y lo hace, precisamente, en atención a la potencial multimodalidad del contrato de transporte sujeto a las RR (que podrá ser un contrato “parcialmente” marítimo, como indicaremos en el apartado siguiente), pero es inequívoco en cuanto a su concepción transfronteriza de la internacionalidad del contrato de transporte. Lo importante, no obstante, es tener presente que cuando el contrato sea “parcialmente” marítimo, para la aplicación de las RR se exigirá que concurren simultáneamente los dos extremos o elementos citados en el artículo 5.1 RR: primero, que los lugares de recepción y entrega de la mercancía estén situados en dos Estados diferentes; y, segundo, por lo que respecta al tramo marítimo, que los puertos de carga y descarga del transporte marítimo (coincidan, o no, con los lugares de recepción y entrega de la mercancía) también estén situados en dos Estados diferentes.

D) Contrato unimodal o multimodal

47. Como señalamos en su momento, las RR nacieron con vocación de modernizar la regulación aplicable al contrato de transporte *marítimo*, pero también de abordar la regulación de los transportes *multimodales* con trayecto marítimo. El propio nombre del Convenio pone de manifiesto esta vocación (“*total o parcialmente marítimo*”). Y en la misma definición de “contrato de transporte” que recoge el artículo 1.1 RR se dice, en su inciso final, que el contrato “*deberá prever el transporte marítimo de las mercancías y podrá prever, además, su transporte por otros modos*”. En consecuencia, las RR deberán aplicarse siempre que el contrato de transporte contemple el transporte marítimo de la mercancía, en todo (en cuyo caso será obligatorio preverlo en el contrato) o en parte del trayecto que sea objeto del transporte. Las RR serán aplicables, en definitiva, a contratos de transporte simplemente marítimos (unimodales) o a contratos de transporte multimodal con tramo marítimo. El alcance multimodal de las RR ha sido, y sigue siendo, como señalamos más atrás, uno de los ejes de crítica del nuevo texto internacional, particularmente por parte de quienes defienden un tratamiento normativo autónomo del transporte multimodal⁶⁷. Pero no vamos a centrarnos en este aspecto, que ya ha merecido la atención de los expertos, sino en ver cómo resuelven las RR, desde una perspectiva reguladora, el principal problema que plantea todo transporte multimodal: la determinación del régimen jurídico aplicable a dicho contrato⁶⁸.

48. Este asunto se aborda, desde una perspectiva parcial, en el artículo 26 RR (“Transporte precedente o subsiguiente al transporte por mar”), que acoge un sistema que podríamos calificar como sistema de “red”, en la medida en que contempla la aplicación de las normas específicas del tramo modal en que se haya producido el hecho dañoso. En concreto, sobre esta cuestión, el artículo 26 RR establece que

⁶⁵ Las RR no definen ninguno de los conceptos utilizados en este precepto (“lugar de recepción”, “lugar de entrega”, “puerto de carga” o “puerto de descarga”). No creemos, sin embargo, que se deban plantear muchos problemas a este respecto (véase, no obstante, STANILAND, en AA.VV, *The Rotterdam Rules cit.*, pp. 17-18).

⁶⁶ P. ej., el artículo 1.1 CMR.

⁶⁷ En general, sobre el transporte multimodal y sus problemas, desde una perspectiva jurídica, F. C. LÓPEZ RUEDA, *El régimen jurídico del transporte multimodal*, Madrid, La Ley 2000; M^a DE LA PAZ MARTÍN CASTRO, *El transporte multimodal: Concepto y sujetos*, Cádiz, Edicip 2001. De esta misma autora, “La regulación del transporte multimodal internacional de mercancías: alternativas legales y prácticas”, *Revista de Derecho del Transporte*, 2008, n° 1, pp. 259-293. Igualmente, Y. DUTREY GUANTES, “La responsabilidad en el transporte multimodal internacional: Normativa y soluciones existentes”, en *Cuestiones actuales en materia de transporte*, Comares, Granada 2006, pp. 139-166.

⁶⁸ Desde una perspectiva favorable a las RR en esta materia, véase F. BERLINGIERI, “Multimodal Aspects of the Rotterdam Rules”, en www.rotterdamrules2009.com/cms/index.php?page=text-speakers-rotterdam-rules-2009.

“[C]uando la pérdida o el daño de las mercancías, o el hecho o circunstancia que haya ocasionado el retraso en la entrega, se haya producido durante el periodo de responsabilidad del porteador, pero exclusivamente antes de ser cargadas las mercancías a bordo del buque, o exclusivamente después de ser descargadas las mercancías del buque, el régimen del presente Convenio no impedirá la aplicación de las disposiciones de otro instrumento internacional que, al producirse dicha pérdida o daño, o dicho hecho o circunstancia causante del retraso: a) Se habrían aplicado, a tenor del propio instrumento, a la totalidad o a una parte de los actos del porteador en el caso de que el cargador hubiera celebrado con él un contrato separado directamente aplicable al segmento del transporte donde haya ocurrido la pérdida o el daño de las mercancías, o el hecho o la circunstancia causante del retraso en su entrega; b) Regulen expresamente la responsabilidad del porteador, su limitación, o el plazo de que se disponga para el ejercicio de acciones; y c) No puedan ser excluidas, a tenor del propio instrumento, por pacto contractual alguno, o no puedan serlo en detrimento del cargador”. Varios datos deben ser destacados de este precepto. Primero. Para poder determinar la normativa correspondiente al tramo no marítimo (precedente o subsiguiente) habrá que acudir al expediente del *contrato hipotético* (previsto ya en su momento por el artículo 2 CMR)⁶⁹ (“contrato separado directamente aplicable al segmento del transporte donde haya ocurrido la pérdida o el daño de las mercancías o el hecho o la circunstancia causante del retraso en su entrega”) (letra a). Segundo. El precepto habla solamente de aplicar en estos casos las “disposiciones de otro instrumento internacional”, lo que deja fuera del alcance del artículo 26 RR los tramos no marítimos no regulados por normas internacionales. Tercero. Sólo serán aplicables las normas expresamente reguladoras de la responsabilidad del porteador o del ejercicio de acciones (letra b). Y cuarto. Sólo serán aplicables las normas imperativas (o minimamente imperativas: “o no puedan serlo en detrimento del cargador”) (letra d). De lo anterior cabría deducir, por lo tanto, que cuando no existan disposiciones aplicables de otro instrumento internacional o se trate de cuestiones no comprendidas en las letras b) y c) del artículo 26, las RR serán aplicables al tramo no marítimo. Y, también, que cuando no sea posible localizar el origen del hecho dañoso (en el tramo marítimo o en otro), las RR también resultarán aplicables (sistema “uniforme”). La expresión que usa el artículo 26 RR (“el régimen del presente Convenio no impedirá”), no obstante su calculada ambigüedad, apunta, a nuestro juicio, en ese sentido.

49. El artículo 26 RR no es el único precepto del nuevo Convenio con implicaciones multimodales. Desde el punto de vista de su significado para la determinación del ámbito de aplicación de las RR, también es relevante el artículo 82 RR (“Convenios internacionales aplicables al transporte de mercancías por otros modos de transporte”), mediante el que se pretende delimitar el ámbito de aplicación de las RR con respecto al de otros convenios internacionales unimodales susceptibles de ser aplicables a

⁶⁹ Sobre este controvertido precepto, R. RODIÈRE, “Les transports combinés route/autre mode de locomotion. Contribution à l’étude de l’article 2 de la CMR”, *Bulletin des Transports*, 1973, pp. 458 ss.; J. THEUNIS, “The liability of a carrier by road in roll on–roll off traffic”, en J. THEUNIS (Gen. Ed.), *International Carriage of Goods by Road (CMR)*, London 1987, pp. 235 ss.; J. RAMBERG, “Deviation from the legal regime of the CMR (Art. 2)”, en J. THEUNIS (Gen. ed.), *International Carriage of Goods by Road (CMR)*, London 1987, pp. 19 ss.; J. PUTZEYS, “Le droit superposé ou les paradoxes de l’article 2 CMR”, *European Transport Law*, 1990, pp. 107 ss.; ID., “L’article 2 de la CMR, une autre interpretation”, *Bulletin des Transports*, 1991, pp. 87ss.; J. THEUNIS, “Die Haftung des Straßenfrachtführers bei der Ro–Ro Beförderung”, *TransportRecht*, 1990, pp. 263 ss.; M. BOMBEECK, PH. HAMER Y B. VERHAEGEN, “La responsabilité du transporteur routier dans le transport par car–ferries. L’article 2 de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR)”, *European Transport Law*, 1990, pp. 110 ss.; A. VAN BEELEN, “De aansprakelijkheid van de wegvervoerder bij stapelvervoer conform art. 2 CMR”, *European Transport Law*, 1991, pp. 743 ss. Igualmente, R. ACHARD, Nota sobre el “Anna Oden”, *Bulletin des Transports*, 1986, pp. 689 ss.; ID., “Transport en pontée. Paramount clause et l’article 2§1 de la CMR. A propos de l’arrêt de Cassation Anna Oden”, *Droit Maritime Française*, 1989, pp. 219 ss.; W. CZAPSKI, “Responsabilité contractuelle lors des transports internationaux routiers entre le continent européen et la Grande Bretagne (à travers la Manche)”, I.R.U. (document interne), Genève 1984. Del mismo autor: “Responsabilité contractuelle lors du transport de véhicules routiers par car–ferries”, I.R.U. (document interne), Genève 1986”; “Responsabilité du transporteur routier lors du transroulage et du ferroutage”, *European Transport Law*, 1990, pp. 172 ss.; ID., “El transporte marítimo de camiones, remolques y semirremolques a corta distancia: aspectos jurídicos”, *Revista General de Derecho*, 1992, pp. 4303 ss. También puede consultarse el trabajo de P. G. FITZPATRICK, “Combined transport and CMR Convention”, *Journal of Business Law*, 1968, pp. 311 ss.

un mismo transporte. El artículo 82 RR comienza diciendo que “[N]ada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la aplicación de cualquiera de los siguientes convenios internacionales, incluidas sus enmiendas futuras, que regulen la responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías y que se hallen en vigor en el momento en que el presente Convenio entre en vigor”. Ahora bien, a continuación, el artículo 82 RR no hace referencia a convenios concretos sino a determinadas categorías de convenios, en las que, no obstante, no es difícil identificar convenios existentes.

50. La letra a) del artículo 82 RR habla de “[C]ualquier convenio aplicable al transporte aéreo de mercancías en la medida en que dicho convenio, de acuerdo con sus normas, sea aplicable a algún tramo del contrato de transporte”. No es difícil reconocer en este apartado una referencia al Convenio de Montreal⁷⁰ y, en particular, a su artículo 38 (“Transporte combinado”). Más sencillo aún es reconducir al y acitado artículo 2 CMR lo que establece el artículo 82 b) RR (“[C]ualquier convenio aplicable al transporte de mercancías por carretera en la medida en que dicho convenio, de acuerdo con sus normas, sea aplicable al transporte de mercancías cargadas en un vehículo de transporte por carretera que sea transportado a bordo de un buque”). Y lo mismo sucede con el COTIF-CIM (artículo 1) en relación con la letra c) del artículo 82 RR (“[C]ualquier convenio aplicable al transporte de mercancías por ferrocarril en la medida en que dicho convenio, de acuerdo con sus normas, sea aplicable al transporte marítimo de mercancías complementario del transporte por ferrocarril”)⁷¹. Finalmente, el artículo 82 d) RR contempla “[C]ualquier convenio aplicable al transporte de mercancías por vías navegables interiores en la medida en que dicho convenio, de acuerdo con sus normas, sea aplicable al transporte de mercancías sin trasbordo por vías navegables interiores y por mar”. En suma, lo que pretende el artículo 82 RR, al menos literalmente, es asegurar la aplicación preferente de estas “categorías” de Convenios frente a las RR, dentro del específico ámbito de aplicación de cada uno de dichos Convenios.

E) Condiciones de aplicabilidad

51. Las RR son aplicables a contratos de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimos dentro de los límites, y bajo las circunstancias, que se han expuesto en los apartados precedentes. El artículo 5 RR exige, además, que se den unas denominadas “condiciones de aplicabilidad” para que, finalmente, el nuevo Convenio pueda aplicarse a dichos contratos. Estas condiciones de aplicabilidad de las RR (o quizás mejor, en singular, condición de aplicabilidad) consisten en que “alguna de los siguientes lugares esté situado en un Estado Contratante: a) El lugar de la recepción; b) El puerto de carga; c) El lugar de la entrega; d) El puerto de descarga”. No basta, en suma, para la aplicación del Convenio que estemos ante un “contrato de transporte en el que el lugar de la recepción y el lugar de entrega estén situados en Estados diferentes, y en el que el puerto de carga de un transporte marítimo y el puerto de descarga de ese mismo transporte estén situados en dos Estados diferentes”, sino que, además, es necesario que alguna de esos lugares o puertos mencionados por el artículo 5 RR esté situado en un Estado Contratante, es decir, en un Estado que ha incorporado las RR a su ordenamiento jurídico.

III. Alcance y eficacia de las normas del Convenio

52. Una vez identificados el ámbito de aplicación de las RR y sus condiciones de aplicabilidad, debe realizarse una valoración acerca del alcance y eficacia de las normas recogidas en el Convenio. A esta materia se dedica el Capítulo 16 (“Validez de las cláusulas contractuales”) de las RR, que contiene tres preceptos, los artículos 79, 80 y 81. Estos dos últimos ya los hemos analizado en el apartado dedicado al ámbito de aplicación del Convenio. Como se recordará, el artículo 80 recoge “normas especiales relativas a los contratos de volumen”. Y el artículo 81 “normas especiales relativas a los animales

⁷⁰ Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999 (BOE nº 122 de 20 de mayo de 2004).

⁷¹ Protocolo de 1999 por el que se modifica el Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF) de 9 de mayo de 1980, hecho en Vilna el 3 de julio de 1999 (BOE nº 149, de 23 de junio de 2006).

vivos y a algunas otras mercancías”. Son preceptos que, sin duda, deben ser tenidos en cuenta desde la perspectiva de la determinación del alcance y eficacia de las normas contenidas en las RR en los casos particulares que son objeto de su regulación (y, por lo tanto, a estos efectos, nos remitimos a lo que dijimos en su momento), pero el precepto central en esta materia, por ser de aplicación general (de ahí su rúbrica: “Disposiciones generales”), es el artículo 79 RR⁷². Cuando se habla de alcance y eficacia de las normas de un convenio internacional, nos referimos, fundamentalmente, al juego que se le concede a la autonomía de la voluntad de las partes en el marco regulador previsto en dicho Convenio. Veamos, a continuación, cuál es la posición adoptada por las RR en esta materia.

53. El artículo 79 RR⁷³ está estructurado en dos apartados, el primero centrado, fundamentalmente, en el porteador. Y el segundo en las figuras del cargador, destinatario, parte controladora, tenedor y cargador documentario⁷⁴. Con respecto a la primera situación, el artículo 79.1 RR establece que “[S]alvo disposición en contrario en el presente Convenio, cualquier cláusula en un contrato de transporte será nula en la medida en que: a) Excluya o limite, directa o indirectamente, las obligaciones del porteador o de una parte ejecutante marítima con arreglo al presente Convenio; b) Excluya o limite, directa o indirectamente, la responsabilidad del porteador o de una parte ejecutante marítima por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al presente Convenio; o c) Disponga la cesión al porteador; o a alguna de las personas mencionadas en el artículo 18, del beneficio del seguro de las mercancías”. A la luz de este precepto, por lo tanto, las RR acogen un sistema normativo caracterizado por la *imperatividad* de sus normas (salvo previsión en otro sentido recogida en el Convenio) dentro de los ámbitos previstos en las letras a), b) y c) de su artículo 79.1. Se trata, además, de una *imperatividad mínima*, porque nada impide que, por medio del pacto, pueda *agravarse* la situación del porteador (o de las otras partes citadas en el precepto)⁷⁵ respecto de las obligaciones o responsabilidades establecidas por las RR. Y, finalmente, la consecuencia de la vulneración de este precepto será la nulidad de las cláusulas contrarias a su mandato, que será *parcial* (es decir, afectará sólo a la cláusula infractora).

54. Por lo que respecta al artículo 79.2 RR, éste establece que “[S]alvo disposición en contrario en el presente Convenio, cualquier cláusula en un contrato de transporte será nula en la medida en que: a) Excluya, limite o aumente, directa o indirectamente, las obligaciones del cargador, del destinatario, de la parte controladora, del tenedor o del cargador documentario previstas en el presente Convenio; o b) Excluya, limite o aumente, directa o indirectamente, la responsabilidad del cargador, del destinatario, de la parte controladora, del tenedor o del cargador documentario por el incumplimiento de sus obligaciones previstas en el presente Convenio”. Existe, como podrá observarse, un notable paralelismo, entre este apartado y el primero del artículo 79 RR. Aquí se vuelve a repetir el mensaje relativo a la *imperatividad* de las normas de las RR en los ámbitos identificados por las letras a) y b), además de las consecuencias de la vulneración de esa regla general: la nulidad *parcial* de las cláusulas infractoras. Pero hay una diferencia importante: así como las normas referidas en el artículo 79.1 RR pueden ser modificadas en perjuicio del porteador (o de las partes asimiladas a él), en el artículo 79.2 RR la utilización de la expresión “aumente” indica, claramente, que la posición del cargador (y demás partes mencionadas) no podrá ser agravada por medio del pacto. Aquí, por lo tanto, no cabría hablar de una *imperatividad mínima* de dichas normas, sino de *imperatividad plena* o absoluta⁷⁶.

⁷² No en vano, tanto el artículo 80 como el artículo 81 comienzan ambos con la siguiente expresión: “No obstante lo dispuesto en el artículo 79”.

⁷³ El precepto correspondiente en las RHV sería el artículo 3.8 (artículo 10 LTM), si bien las diferencias entre ellos son muy destacadas. El precepto de las RR es más amplio, pues se refiere no sólo al porteador sino a otros intervinientes en la operación de transporte, y, además, no se centra sólo en materia de responsabilidad sino de obligaciones, en general. Por lo demás, como veremos en el texto, establece un régimen de *imperatividad* más modulado y, en ocasiones, más estricto.

⁷⁴ Definidas estas últimas, respectivamente, en los apartados 8, 11, 13, 10 y 9 del artículo 1 RR.

⁷⁵ La referencia a estas otras partes en el texto del artículo 79.1 RR es otra novedad con respecto al precedente del artículo 3.8 RHV.

⁷⁶ Otra diferencia entre los apartados 1 y 2 del artículo 79 RR radica en la ausencia de una letra c) en el se-

IV. Interpretación del Convenio

55. Dentro del Capítulo 1 (“Disposiciones generales”) del Convenio hay un precepto dedicado a su interpretación. Se trata del artículo 2 (“Interpretación del presente Convenio”). Este precepto recoge un pronunciamiento muy simple, con antecedentes en otros Convenios⁷⁷. Su texto es el siguiente: “*En la interpretación del presente Convenio se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional*”.

56. Hay dos partes claramente diferenciadas en las indicaciones que el legislador internacional, mediante el artículo 2 RR, le proporciona al intérprete del Convenio. La primera de esas partes consiste en esa doble referencia al “*carácter internacional*” del Convenio y a la “*necesidad de promover la uniformidad en su aplicación*”. Es un mensaje que entronca directamente con la naturaleza de instrumento de Derecho uniforme de las RR y con la exigencia de tener en cuenta tal naturaleza a la hora de interpretar el Convenio. No ha de abordarse la interpretación de las RR, en suma, como si de una norma interna se tratase. El artículo 2 RR, sin duda, plantea consecuencias rigurosas para el intérprete, que no siempre han sido acogidas de un mismo modo por los tribunales nacionales⁷⁸, pero se trata, en cualquier caso, de un mandato claro y, a nuestro juicio, conveniente, particularmente en el marco de la globalización económica y jurídica.

57. La segunda parte del artículo 2 RR es la que se refiere a la toma en consideración de la necesidad de “*asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional*”. Las referencias a la “buena fe” son cada vez más frecuentes en los textos internacionales reguladores del comercio internacional (p. ej., la Convención de Viena de 1990), por lo que no estamos ante un concepto desconocido o, simplemente, evasivo. El problema aquí, sin embargo, reside en la delimitación del significado y alcance de dicho concepto jurídico, que goza de caracterizaciones jurídicas nacionales diversas, y divergentes, y debe, en el marco del artículo 2 RR, ser inserto, además, en el contexto del “comercio internacional”⁷⁹. Si la tarea uniformadora mencionada en el párrafo precedente ya es compleja, mucho nos tememos que ésta lo sea aún más.

gundo apartado del precepto, lo que se justifica por tratarse de una cuestión exclusivamente atribuible al porteador o a sus colaboradores.

⁷⁷ En realidad, es copia literal del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías (Viena, 1990), producto también de UNCITRAL. Una buena muestra de la abundante doctrina acerca del artículo 7 de la Convención de Viena puede consultarse en www.unilex.info.

⁷⁸ Sobre esta cuestión, desde la perspectiva del “common law”, véase el artículo de CH. DE BATTISTA, “Carriage Conventions and their Interpretation in English Law”, *The Journal of Business Law*, 1997, pp. 130-142

⁷⁹ E. CH. ZACCARIA, “The Dilemma of Good Faith in International Commercial Trade”, *Macquarie Journal of Business Law*, 2004, pp. 101-112.

EL CRITERIO DE CONEXIÓN PARA DETERMINAR LA LEY PERSONAL: UN RENOVADO DEBATE EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO¹

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT

*Profesor titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Recibido: 27.11.2009 / Aceptado: 14.12.2009

Resumen: La concreción del criterio para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal ha resultado una cuestión históricamente debatida en Derecho internacional privado por la existencia de tres opciones de política legislativa: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual. La cuestión ha adquirido un renovado interés en los últimos tiempos por dos razones: la pretensión moderna de una aplicación multicultural del Derecho de familia (que se vería favorecida por la utilización de la conexión de la nacionalidad, en particular en países con un elevado número de inmigrantes como es el caso de España) y la elaboración de un Derecho comunitario europeo de familia (basada en el recurso a la residencia habitual como criterio políticamente integrador). Con vistas a una eventual reforma, el sistema español de Derecho internacional privado no puede resultar ajeno a este debate.

Palabras clave: Derecho internacional privado, estatuto personal, criterios de conexión, nacionalidad, domicilio, residencia habitual, multiculturalidad, Derecho comunitario de familia.

Abstract: The determination of the connecting factor for concretizing the applicable Law to personal status has been historically discussed in Private International Law because of the existence of three possible criteria: nationality, domicile and habitual residence. The interest of the question has been recently renewed because of two reasons: the current idea of a multicultural approach to the application of family Law (which would be helped by the use of nationality, particularly in countries with high number of immigrants as is the case in Spain) and the development of an European community family Law (based on the use of habitual residence as an inclusive policy). In order to a possible reform, the Spanish Private International Law system can not ignore this new debate.

Key words: Private International Law, personal status, connecting factors, nationality, domicile, habitual residence, multiculturality, European community family Law.

Sumario: I. Consideraciones generales. II. La decantación por la nacionalidad o por la residencia habitual desde la óptica de la multiculturalidad. 1. El carácter versátil de la nacionalidad. 2. El ánimo integrador de la residencia habitual. III. El creciente relieve de la residencia habitual en el Derecho comunitario europeo de familia.

I. Consideraciones generales.

1. Siendo el estatuto personal el conjunto de instituciones jurídicas relacionadas con un individuo reguladas por un ordenamiento estatal (al que se denomina Ley personal), un estudio histórico de De-

¹ * Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de I+D del Ministerio de Educación y Ciencia del Gobierno de España “La europeización del Derecho de familia” (DER2008-05299/JURI).

recho internacional privado pone de relieve la existencia de dos cuestiones ampliamente debatidas en torno a este concepto: por una parte la delimitación de su ámbito de aplicación material y por otra parte la concreción del criterio de conexión utilizado para la determinación de la Ley personal.

2. En lo que concierne a la delimitación del ámbito de aplicación sustantivo del estatuto personal (y, por ende, del supuesto de hecho de las normas de conflicto de los diferentes sistemas de Derecho internacional privado para determinar el ordenamiento nacional aplicable al mismo), un análisis de Derecho comparado nos ofrece un panorama que, en esencia, se resume en la existencia de tres concepciones: la estricta, en la que el estatuto personal estaría conformado por el estado civil y la capacidad como consecuencia de una consideración de la persona como individuo aisladamente considerado; la intermedia, que añadiría a lo anterior las relaciones de familia por entender a la persona en su calidad de miembro de una institución familiar; y la amplia que agregaría a lo precedente la sucesión *mortis causa* por asentarse en un concepto de la persona como miembro de una sociedad².

3. En lo que atañe a la concreción del criterio de conexión consagrado en las normas de conflicto de los distintos sistemas de Derecho internacional privado para determinar la Ley personal, un recorrido histórico sobre la cuestión pone de manifiesto la utilización, en distintos períodos y ámbitos, de al menos tres criterios para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal en los supuestos de tráfico jurídico externo: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual. Según ha señalado el citado autor, las relaciones entre ellas tres en el plano conflictual han evolucionado a lo largo de distintas fases³. En una primera, coincidente con el desarrollo de ese extenso movimiento científico que se ha venido en denominar Estatutaria, se apreció la primacía del domicilio por tratarse de un concepto mejor adaptado a la perspectiva puramente interna de los conflictos de Leyes, aspecto éste que resultó el objeto de los autores de la época en ausencia de una óptica verdaderamente internacional de la cuestión (que sólo comenzaría a plantearse a raíz de la influencia ejercida por la Estatutaria flamenco-holandesa en el siglo XVII); las mayores diferencias acerca del domicilio estribaron durante esta primera fase histórica en torno al carácter originario o electivo del domicilio. En un segundo período, coincidente con el siglo XIX, es la nacionalidad el criterio que parece imponerse tanto en los planos científico (en particular a causa de la influencia de P.S. MANCINI, que fundamentó en este concepto su concepción del Derecho internacional⁴, o de L. VON BAR) como legislativo, según lo acredita la consagración de la nacionalidad como criterio para la determinación del ordenamiento aplicable al estatuto personal tanto en la codificación supraestatal (primeros convenios elaborados por la Conferencia de La Haya en 1902 y 1905 en materia de tutela de menores y de matrimonio, separación, divorcio y efectos del matrimonio) como estatal (Códigos Civiles francés de 1804, piamontés de 1865, portugués de 1867, español de 1889 ó Ley introductoria al Código Civil alemán de 1899) del Derecho internacional privado. En una tercera etapa histórica, identificada con el inicio del siglo XX, el domicilio recupera posiciones frente a la nacionalidad por una serie de consideraciones: su utilización en los países americanos emancipados años antes tanto en la codificación nacional del Derecho internacional privado como en la internacional (así, los distintos Tratados suscritos en Montevideo en 1889), su mantenimiento por parte de los países anglosajones (en particular en el Reino Unido y en los Estados Unidos, de un evidente peso creciente

² Este es el caso del sistema español de Derecho internacional privado a tenor de la redacción del precepto contenido en el apartado 1º del artículo 9 del Código Civil: sobre ello véase M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, "El estatuto personal", en AA.VV., *Lecciones de Derecho civil internacional*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, pp. 31-32.

³ *Op. cit.*, pp. 24-25. Con un carácter más amplio véanse Y. LOUSSOUARN, "La dualité des principes de nationalité et de domicile en Droit international privé", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1987, vol. 62-I, pp. 295 ss.; A.E. VON OVERBECK, "La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé", en *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, vol. II, *Gent*, E. Story-Scientia, 1965, pp. 1085 ss.; y L.J. DE WINTER, "Nationality or Domicile?. The Present State of Affairs", *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 128, 1969-III, pp. 347 ss.

⁴ A raíz de su célebre discurso "Della nazionalità come fondamento del Diritto delle genti" dado en la Universidad de Turín el 22 de enero de 1851 con ocasión de la inauguración del Curso de Derecho Internacional en la capital piamontesa, editado en el mismo año por Eredi Botta en Turín y recientemente reeditado en dicha ciudad por Giappichelli (2000).

en la escena mundial) e incluso su consagración por países europeos continentales otrora fieles a la conexión nacional. Una última fase histórica, que comienza a mediados del siglo pasado y que alcanza hasta nuestros días, viene marcada por el intento de superación de las relaciones de contraposición entre nacionalidad y domicilio mediante una conexión integradora de los países partidarios de ambas: se trata de la residencia habitual⁵, que ha sido la preferentemente acogida en su ingente obra codificadora por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado -en particular desde su tercera etapa evolutiva- así como por diversos legisladores estatales en las nuevas normas de Derecho internacional privado promulgadas en los últimos años.

4. La realidad normativa hodierna pone de relieve que los sistemas estatales de Derecho internacional privado utilizan en mayor o menor medida los referidos criterios para determinar el ordenamiento aplicable a las diferentes instituciones que integran el estatuto personal. Así las cosas, dos factores recientes han dado pie a la renovación del debate científico y normativo en Derecho internacional privado acerca de la concreción del criterio de conexión para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal: por una parte la pretensión de una aplicación multicultural del Derecho (epígrafe II) y por otra parte la actividad legislativa de la Unión Europea en Derecho de familia y sucesiones (epígrafe III).

II. La decantación por la nacionalidad o por la residencia habitual desde la óptica de la multiculturalidad.

5. Con independencia del vigor que el criterio del domicilio posee en los sistemas jurídicos de los países de inspiración territorialista (como es el caso de los iberoamericanos o de los anglosajones bajo la peculiar fórmula del *domicile*⁶), la dialéctica entre las tres conexiones antes aludidas -nacionalidad, domicilio y residencia habitual- para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal en los sistemas contemporáneos de Derecho internacional privado se ciñe, en el caso patrio, a dos de ellas: la nacionalidad y la residencia habitual. La razón de esta opción de análisis obedece a un planteamiento estructural en la materia por parte de nuestro legislador: el criterio del domicilio no es consagrado en nuestras normas de conflicto por cuanto, a efectos civiles, “el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual” (artículo 40, párrafo 1º, del Código Civil). Pese ello no debe ignorarse que ambas conexiones ofrecen diferencias cuando menos teóricas: en palabras de J.M.^a ESPINAR VICENTE: “(s)i el domicilio traduce el concepto jurídico del asentamiento, la residencia habitual pretende despojar al arraigo de toda consideración legal y de psicología individual. Mientras el primero se ha ido confirmando como el instrumento mediante el que el sistema otorga transcendencia jurídica a una conducta por la que el sujeto manifiesta su intención de vincularse a un determinado medio socio-jurídico, la residencia, en cambio, se limita a atender a los hechos reales, es decir, al *domus colere* efectivo, sin fijarse en el *animus manendi* ni tratar de deducirlo a través de ficciones o presunciones legales”⁷.

En el plano jurisprudencial, este mismo planteamiento ha sido asumido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sede de cooperación judicial en materia civil en su sentencia en el asunto C-523/07, de 2 de abril de 2009, dictada a propósito de una cuestión prejudicial elevada por el *Korkein hallinto-oikeus* de Finlandia en relación con el concepto de residencia habitual en el Reglamento 2201/2003 aplicado a un menor, que: “debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se co-

⁵ Sobre ella véase, por todos, D. BAETGE, *Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen Privatrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1994, quien ha puesto de manifiesto que el uso de este concepto jurídico indeterminado por vez primera se llevó a cabo en el *Allgemeinen Bürgerlichen Prozessordnung* de Hanover de 4 de diciembre de 1847 (p. 3). Para nuestro ordenamiento cfr. J.M.^a ESPINAR VICENTE, “El concepto de la residencia habitual en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, 1980, nº 1, pp. 3 ss.

⁶ Cfr. N. BENTWICH, “Recent developments of the principle of domicile in English law”, *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 87, 1955-I, pp. 117 ss.

⁷ *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 24-25. Acerca de la delimitación de la identificación de la residencia habitual con el centro de intereses social y fáctico de una persona respecto de un medio o entorno (*Daseinsmittelpunkt*) véase en la doctrina alemana G. KEGEL, “Was ist gewöhnlicher Aufenthalt?”, en R. JACOB (Ed.), *Festschrift für Manfred Riebinder*, München/Bern, C.H. Beck/Stämpfli, 2002, p. 701.

rresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso”⁸.

6. Procede pues, en las líneas que siguen, analizar el alcance de que gozan la nacionalidad y la residencia habitual para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal en un mundo sometido a un imparable proceso de globalización del que no puede escapar la elaboración, aplicación e interpretación de los sistemas de Derecho internacional privado.

1. El carácter versátil de la nacionalidad.

7. La conexión de la nacionalidad fue objeto de consagración en las codificaciones nacionales del Derecho internacional privado iniciadas en el siglo XIX en los países europeos continentales de inspiración personalista (*supra*) por razones variadas que, en esencia, giraban en torno a la defensa de un claro interés de política-legislativa: el concepto de nación, motor de los principales procesos políticos, jurídicos, sociales, culturales y económicos desarrollados en esa centuria. En la determinación del ordenamiento que debía regir el estatuto personal de los individuos, esa opción legislativa implicaba la aplicación de los ordenamientos de los países europeos a las relaciones personales y familiares en que se vieran afectados sus ciudadanos emigrados, principalmente, a América⁹. Dos siglos después, el mantenimiento de la conexión de la nacionalidad en las normas de conflicto de estos países en un entorno de geografía humana radicalmente diferente (la inversión de las corrientes migratorias ha provocado que los Estados del Viejo Continente hayan dejado de ser países emisores de emigración a receptores de inmigración) ha originado que, paradójica e involuntariamente, estos países europeos hayan devenido, desde esta perspectiva, en territorios respetuosos con la multiculturalidad del Derecho; y ello por cuanto, en palabras de H. GAUDEMET-TALLON, “la nationalité permet, ce que le domicile ne fait pas, de relier l’individu à sa culture propre”¹⁰.

En efecto, la utilización de la nacionalidad como criterio de conexión para determinar el ordenamiento aplicable a las instituciones derivadas del estatuto personal en general, y al Derecho de familia en particular, puede ser en principio considerada, desde una perspectiva multicultural, una medida de respeto de la identidad cultural de los inmigrantes¹¹, por cuanto permitiría la aplicación del ordenamiento de su Estado de procedencia (por ejemplo un país musulmán) en el Estado de acogida a instituciones particularmente sensibles desde una perspectiva religiosa o cultural¹².

⁸ *Diario Oficial de la Unión Europea* C 141, de 20 junio 2009.

⁹ Así lo ha recalcado entre otros, en relación con dicho período histórico, F. BOULANGER, *Droit civil de la famille, Tome I: Aspects comparatifs et internationaux*, Paris, Economica, 3ª ed, 1997, p. 93: “La nationalité présente (...) un double avantage: celui de son caractère ‘publiciste’ ou ‘politique’ et celui qui traduit les conceptions familiales dominantes de l’époque. L’application de la loi nationale n’est que le reflet de la volonté des États d’étendre le plus possible l’application de leur droit à l’extérieur”.

¹⁰ “La désunion du couple en Droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, tomo 226, 1991, p. 220.

¹¹ En este sentido P. ABARCA JUNCO, “La regulación de la sociedad multicultural”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ANGEL (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, p. 167.

¹² Un interesante radiografía de la conexión de la nacionalidad desde la perspectiva de la eventual reforma del sistema español de Derecho internacional privado puede verse en A. BORRÁS RODRÍGUEZ y J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La loi nationale à l’heure de la réforme du Droit international privé espagnol”, en *Le Droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 137 ss.; en esta obra los citados autores llegan a la conclusión de que si bien es cierto que la nacionalidad debe seguir desempeñando un papel importante en el sistema español de Derecho internacional privado, no lo es menos que su ámbito de aplicación debe ser reducido en relación con el que posee en la actualidad (p. 153). Sobre este mismo particular véanse también J.J. EZQUERRA UBERO e I. LÁZARO GONZÁLEZ, “El criterio de la nacionalidad en la reforma del De-

8. No obstante, el legislador del Estado del foro ha de ser consciente de que mediante esta solución normativa formalista abre la puerta a la aplicación en su territorio de ordenamientos extranjeros -tanto más frecuente cuanto mayor sea el número de inmigrantes residentes en su territorio-, lo que puede dar pie a la activación de dos mecanismos de la norma de conflicto: por un lado el recurso a la excepción de orden público por las autoridades del foro dependiendo del grado de tolerancia o de respeto que hacia estos ordenamientos se tenga en dicho Estado¹³ y por otro lado las dificultades en orden a la prueba del Derecho extranjero declarado aplicable al fondo del asunto¹⁴.

9. En otro orden de consideraciones es preciso analizar la utilización de la conexión nacional en sede de elaboración de la norma de conflicto en combinación con otros factores¹⁵.

10. a) Una primera circunstancia concierne a la imposibilidad de obviar el concepto de nacionalidad como vínculo político y jurídico entre una población y un Estado¹⁶; según ha escrito J.M.^a ESPINAR

recho internacional privado español”, en *La inmigración en la España del siglo XXI: desafíos jurídicos, sociales y económicos, monográfico de ICADE (Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Pontificia de Comillas)*, nº 69 (septiembre-diciembre de 2006), pp. 293 ss.

¹³ Véanse, desde esta óptica, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad”, en I. GARCÍA RODRÍGUEZ (Ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Universidad de Alcalá, 2001, pp. 315 ss.; Instituto de Derecho Internacional: “Différences culturelles et ordre public en Droit international privé de la famille / Cultural differences and ordre public in family private international law” (Relator P. LAGARDE), Resolución adoptada el 25 de agosto de 2005 en la sesión celebrada en Cracovia, http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_02_en.pdf; E. ORTEGA MARTÍN, “La cláusula de orden público ante el fenómeno multicultural”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 19, 2006, pp. 315 ss.; y S. POILLOT PERUZZETTO, “The Exception of Public Policy in Family Law within the European Legal System”, en J. MEEUSEN, G. STRAETMANS, M. PERTEGAS y F. SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Atwerpen, Intersentia, 2007, pp. 279 ss. Como acertadamente ha señalado F. CADET (*L'ordre public en Droit international de la famille. Etude comparée France/Espagne*, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 304 ss.), la dialéctica entre la nacionalidad y la residencia habitual no sólo se manifiesta en el plano de la concreción del criterio de conexión para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal, sino también en materia de orden público.

¹⁴ La diversidad de países de origen de los inmigrantes residentes en países europeos acrecienta la dificultad de la aplicación de los ordenamientos extranjeros por los órganos judiciales de aquéllos, lo que no debe incidir negativamente en la tutela judicial efectiva de los afectados cuando el sistema procesal del Estado del foro les impone la obligación de alegación y prueba del Derecho extranjero: así lo ha establecido entre nosotros el Tribunal Constitucional en una firme jurisprudencia iniciada con la sentencia de su Sala Primera 10/2000, de 17 de enero, emitida con ocasión de un recurso de amparo interpuesto por una nacional armenia a propósito de la deriva judicial de la separación solicitada respecto de su esposo igualmente armenio, en la que el Tribunal dejó sentado que la denegación de la pretensión por falta de prueba del Derecho extranjero ocasionaba una indefensión contraria al artículo 24, apartado 1º, de la Constitución Española de 1978 (<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7184>).

Véanse sobre el particular en nuestra doctrina S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002, nº 1, pp. 205 ss.; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero”, en *La Ley*, nº 6238, 25 de abril de 2005, pp. 1 ss.; *id.*, “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles”, *Estudios de Deusto*, vol. 54, nº 2, julio-diciembre de 2006, pp. 61 ss.; L. CARBALLO PIÑEIRO, “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 1, 2001, pp. 483 ss.; V. CUARTERO RUBIO, “Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva”, *Derecho privado y Constitución*, nº 14, 2000, pp. 21 ss.; J. MASEDA RODRÍGUEZ, “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Civil*, 2002, nº 12, 18 a 24 de marzo, margs. 413 ss.; P.P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 107-114.

¹⁵ Para un análisis actualizado de la conexión nacional en este ámbito *cfr.* F. MOSCONI, “A Few Questions on the Matter of International Uniformity of Solutions and Nationality as a Connecting Factor”, en J. BASEDOW y otros (eds.), *Private Law in the International Arena. From National Conflicts of Rules towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Den Haag, TMC Asser Institute, 2000, pp. 465 ss.

¹⁶ *Cfr.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La sociedad multicultural: la integración del mundo islámico”, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ y F. MERNISSI (eds.), *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, pp. 163 ss.

VICENTE: “La nacionalidad, considerada como vínculo jurídico-político, tiene una doble dimensión funcional: la primera, operativa *ad extra*, constituye uno de los principales vehículos de acceso de la persona humana al ámbito de protección que le depara el Derecho internacional. La segunda, operativa *ad intra*, constituye una situación del individuo que cada sistema jurídico llena de contenido, en derechos, libertades y deberes jurídicos, en atención a sus propias concepciones y organización política”¹⁷.

Desde este ángulo debe advertirse que es frecuente la adquisición de la nacionalidad del Estado de acogida por los inmigrantes debida, en la mayor parte de los supuestos, a razones políticas (acceso al estatuto de ciudadano de la Unión Europea, posibilidad de ejercicio de ciertos derechos reservados a los nacionales,...), económicas (abandono del *status* de inmigrante y por ende desaparición de la obligación de obtención y/o renovación de los permisos de residencia y de trabajo), o sociales (deseo de evitar discriminaciones por parte de la comunidad en que se integran).

Ello combinado con la consiguiente renuncia a la nacionalidad que los inmigrados ostentasen previamente, implica -al menos desde un punto de vista formal- su asimilación cultural con el resto de nacionales del Estado del foro por cuanto a las instituciones que conforman el estatuto personal de un inmigrante que haya adquirido la nacionalidad española por motivos políticos, económicos o sociales se aplicará el ordenamiento español¹⁸.

Téngase presente que aun en los supuestos en que la adquisición de la nacionalidad española no requiere renuncia de la que se disfrutara previamente, así como en los casos de disfrute de la doble nacionalidad por vía convencional (artículo 11, apartado 3º, primera frase, de la Constitución), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9, apartado 9º, párrafo 1º, del Código Civil nuestras autoridades considerarán español al inmigrante que conserve su nacionalidad previa a los fines de determinar el ordenamiento aplicable a los supuestos de tráfico externo en que se hallen inmersos: “A los efectos de este Capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las Leyes españolas se estará a lo que determinen los Tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida”¹⁹.

En definitiva, desde esta óptica puede afirmarse la existencia en ocasiones de una disfunción entre la nacionalidad que formalmente se ostenta (la española) y la cultura que materialmente se conserva (por ejemplo la de un país islámico) si la persona que ha adquirido la nacionalidad española procede de un tal país y no ha renunciado, con tal acto, a los vínculos con su origen.

11. b) Al hilo de lo recién expuesto, un segundo factor que se ha de tener presente en orden al análisis de la nacionalidad como criterio de conexión de la norma de conflicto en materia de estatuto

¹⁷ *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español, op. cit.*, p. 40, nota 96.

¹⁸ Salvo para los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, es requisito indispensable para la adquisición de la nacionalidad española por opción, por carta de naturaleza o por residencia que la persona en cuestión “declare que renuncia a su anterior nacionalidad” (artículo 23, letra b, del Código Civil).

¹⁹ Los Tratados aludidos en esta norma, concluidos con doce Repúblicas iberoamericanas, vienen a consagrar como nacionalidad efectiva bien la del Estado en que tengan su domicilio entendiéndose por tal el país en que se haya inscrito la nacionalidad (artículos 3, párrafo 2º, y 4, párrafo 1º, de los Convenios con Chile de 24 de mayo de 1958, con Perú de 16 de mayo de 1959, con Nicaragua de 25 de julio de 1961, con Bolivia de 12 de octubre de 1961; artículos 7, párrafo 1º, y 3, párrafo 1º, del Convenio con Guatemala de 28 de julio de 1961; artículos 3, párrafo 2º, y 4 *in fine* del Convenio con Honduras de 15 de junio de 1966, que se refiere al último domicilio registrado), bien la del Estado que haya otorgado la última nacionalidad (artículo 3, párrafo 3º, de los Convenios con Paraguay de 25 de junio de 1959 y con la República Dominicana de 15 de marzo de 1968; artículo 3, párrafo 4º, de los Convenios con Ecuador de 4 de marzo de 1964 y con Costa Rica de 8 de junio de 1964; y artículo 1, párrafo 2º, del Convenio con Argentina de 14 de abril de 1969), bien la del Estado en cuyo territorio se encuentre la persona interesada si así lo establece la legislación de tal Estado (artículo 4 del Convenio con Colombia de 27 de junio de 1979). Así las cosas, y tratándose de ciudadanos que ostenten dos nacionalidades, de las que una sea la española (ora por la vía unilateral del artículo 11, apartado 3º, segunda frase, de la Constitución, ora por la vía convencional, dada su condición de inmigrantes procedentes del extranjero para instalarse en nuestro Reino), se someterán al ordenamiento español a los fines de la determinación del Derecho aplicable *ex artículo 9, apartado 9º, del Código Civil*, puesto que España será el Estado de su último domicilio o residencia habitual, o el de la última nacionalidad obtenida.

personal obedece a razones sociológicas²⁰. La conservación de la nacionalidad del Estado de origen de los inmigrantes puede deberse bien a un deseo propio en aras de la conservación de un vínculo político y cultural con dicho Estado, bien a un deseo ajeno dadas las dificultades planteadas por la legislación del Estado de acogida para la adquisición de la nacionalidad de éste²¹.

En ambos casos (aunque con mayor frecuencia en el segundo) se provoca la creación de poblaciones de extranjeros en el territorio propio que se perpetúan si el nacimiento de los hijos de esos inmigrantes en el Estado de acogida no es previsto como criterio para la adquisición de la nacionalidad de éste. Por ello desde determinadas instancias se ha propuesto que se facilite la adquisición de la nacionalidad por residencia por los inmigrantes: “*El acceso a la nacionalidad y a la ciudadanía del Estado en el que la persona inmigrada reside es la plena equiparación de derechos y obligaciones. Por lo tanto es muy importante que las leyes nacionales favorezcan la concesión de la nacionalidad y la ciudadanía para los inmigrantes que las soliciten y que los procedimientos sean transparentes. En la última década algunos países han dado pasos en esta dirección, pero en la mayoría de los Estados miembros los plazos para obtenerlos son demasiado largos y las dificultades burocráticas excesivas. Las leyes sobre el acceso a la nacionalidad son asunto de competencia de los Estados miembros, y en base al principio de subsidiariedad deben continuar siéndolo, pero es muy conveniente que se produzca cierta armonización de las mismas y que en toda la Unión Europea el acceso a la nacionalidad y a la ciudadanía para las personas que lo desean se pueda alcanzar con facilidad. Son positivas para la integración las legislaciones de los Estados que permiten la doble nacionalidad para las personas que voluntariamente quieren acogerse a ella*”²².

12. c) Un último dato que no debe ser ignorado en la utilización del criterio de la nacionalidad a los fines de la determinación del ordenamiento aplicable a supuestos de tráfico externo atañe a una cuestión técnica: la posesión o utilización de dos o más nacionalidades por un mismo individuo. El recurso una vez más al método comparado permite asomarnos a la enriquecedora experiencia de otros países de nuestro entorno: frente a soluciones aisladas y flexibles consistentes, por ejemplo, en la consideración como efectiva de una u otra de las nacionalidades que se ostente en atención a la materia de que se trate (caso del ordenamiento suizo), la realidad demuestra la decantación por una sola nacionalidad efectiva a todos los fines, que además suele ser la del Estado del foro²³.

En nuestro sistema conflictual, aludida la solución respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las Leyes españolas (la vía convencional y la vía unilateral contempladas en el artículo 11, apartado 3º, de la Constitución, *supra*), se ha de reseñar que la primera frase del párrafo 2º del apartado 9º del artículo 9 del Código Civil reitera el mismo principio de preferencia por la nacionalidad del Estado del foro para los que ostentaran la nacionalidad española y otra (u otras) no previstas en nuestras Leyes o en los Tratados concluidos por nuestro Reino. Únicamente en el supuesto en el que el inmigrante poseyera dos o más nacionalidades de las que ninguna fuera la española, nuestras autoridades lo considerarían nacional del Estado de su residencia habitual (artículo 9, apartado 9º, 2º párrafo, segunda frase y artículo 9, apartado 10º, del Código Civil, debiendo

²⁰ Desde esta perspectiva *cf.* D. MILLER, *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*, Barcelona, Paidós, 1997.

²¹ El plazo ordinario de residencia efectiva, legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición en España para adquirir la nacionalidad española es de diez años, cinco para los que hayan obtenido asilo o refugio y dos para los nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, o sefardíes (artículo 22, apartados 1º y 3º, del Código Civil).

²² Punto 5.4 del Dictamen del Consejo Económico y Social de la Unión Europea acerca del documento “La inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada”, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* C 125, de 27 de mayo de 2002; la cursiva es nuestra.

²³ *Cfr.* P. ABARCA JUNCO, “La regulación de la sociedad multicultural”, *op. cit.*, pp. 170-171 (y doctrina y jurisprudencia allí citada), quien nos detalla la evolución acaecida en este ámbito en el sistema francés en el que se ha pasado de la preferencia por la nacionalidad del país de origen como concreción de una política de favorecimiento material del inmigrante, al retorno a la estimación de la nacionalidad del foro como efectiva en la doctrina y en la jurisprudencia francesas.

entenderse, por coherencia lógica y sistemática con la norma del artículo 9, apartado 9º, párrafo 1º, del mismo Código, el de su *última* residencia habitual)²⁴.

2. El ánimo integrador de la residencia habitual.

13. La otra opción manejada por los legisladores de nuestro entorno para determinar el ordenamiento aplicable en este campo es la conexión de la residencia habitual del individuo. Engendrada en la órbita de la labor codificadora de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, esta conexión, ha explicado J.M^a. ESPINAR VICENTE, “nació con la finalidad principal de expresar, en términos desprovistos de toda carga de ficción normativa, el arraigo real entre una persona y un concreto medio socio-jurídico. Se trataba de encontrar una vinculación distinta capaz de traducir, en los términos de la realidad actual, los niveles de integración sociológica de una persona en un ámbito regido por un determinado orden jurídico. De esta forma, la residencia habitual pretende ser índice de la auténtica relación de enraizamiento del individuo en un medio dado, en atención a elementos objetivamente comprobables”²⁵.

14. La utilización del criterio de la residencia habitual para determinar el ordenamiento aplicable a las instituciones propias del estatuto personal en general, y a las del Derecho de familia en particular, ofrece *a priori* dos ventajas. Por una parte permite obviar las aludidas complicaciones derivadas de la conservación de la nacionalidad extranjera en el Estado de acogida o de la adquisición de la nacionalidad de éste. Y ello porque, por otra parte, esta conexión contiene un matiz de mayor igualdad en orden a la designación del ordenamiento aplicable por cuanto somete a todos los residentes habitualmente en un Estado (nacionales y extranjeros) al mismo sistema jurídico lo que implica, en definitiva, su integración -al menos formal- en la sociedad de acogida; dicho en otros términos, en la dialéctica entre soberanía (representada por el criterio de la nacionalidad) y proximidad (representada por la conexión de la residencia habitual), la inclinación de los legisladores estatales hacia esta última obviaría las necesidades de invocación del orden público patrio en las relaciones internacionales personales o familiares²⁶ y de la aplicación de ordenamientos extranjeros, si bien como contrapartida ignoraría el respeto a la identidad cultural de los extranjeros en sede de determinación del ordenamiento aplicable.

15. En el sistema español de Derecho internacional privado, la utilización del criterio de la residencia habitual en sede de determinación del ordenamiento aplicable al estatuto personal fue introducida por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, de reforma del Título Preliminar del Código Civil en el ánimo de alcanzar una reglamentación “completa y satisfactoria de las múltiples situaciones jurídicas que con tanta riqueza y variedad de matices ofrece el mundo de nuestro tiempo, definible como un conjunto cre-

²⁴ Este era el supuesto abordado en la célebre sentencia del TJCE en el asunto C-369/90, *Mario Vicente Micheletti y otros c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, de 7 de julio de 1992, *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 1992, p. I-04239 ss. Sobre ella véanse las Notas de A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ y B.D. TOMÁS CARRASCO, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1993, nº 2, p. 431 ss., y de A. BORRÁS RODRÍGUEZ, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1993, nº 2, p. 584 ss., así como los artículos de N. BOUZA VIDAL, “El ámbito personal de aplicación del Derecho de establecimiento en los supuestos de doble nacionalidad”, en *Revista de Instituciones Europeas*, 1993, nº 2, p. 563 ss., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Dual Nationality and Community Law, the *Micheletti* Case”, en *Tolley’s Immigration & Nationality Law & Practice*, London, 1994, nº 1, p. 7 ss.; J.M^a. ESPINAR VICENTE, “La resolución de los conflictos de nacionalidad en el Derecho comunitario (Comentario a la STJCE de 7 de julio de 1992)”, en *La Ley (Comunidades Europeas)*, nº 84, 28 de enero de 1994, p. 1 ss., J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Doble nacionalidad y Derecho comunitario: a propósito del asunto C-369/90, *Micheletti*, sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 953 ss., y H.U. JESSURUM D’OLIVEIRA, “Case C-360/90, *M.V. Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria*”, en *Common Market Law Review*, 1993, nº 4, p. 623 ss.

²⁵ *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, op. cit., p. 346, nota 96.

²⁶ F. CADET, *L’ordre public en Droit international de la famille. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., pp. 311-312.

ciente de interacciones a escala internacional y mundial”²⁷. La decantación por parte del legislador de la época a favor de la conexión de la residencia habitual en lugar de la domiciliar obedeció a dos razones: por la identidad de ambas, a efectos civiles, en nuestro ordenamiento jurídico *ex* artículo 40, párrafo 1º, del Código Civil (*supra*) y por ser aquella “la fórmula predominante en Derecho internacional e incluso la contenida en tratados internacionales suscritos por España”, en clara referencia a los elaborados en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

16. A partir de ese momento, la conexión de la residencia habitual en el campo del estatuto personal ha ido adquiriendo una importancia creciente en el plano conflictual (en una tendencia paralela a la seguida en otros sistemas de nuestro entorno en los que aquella también gana terreno), pudiendo su presencia a día de hoy concretarse resumidamente como sigue.

a) Con carácter genérico, la residencia habitual opera en nuestro sistema de Derecho internacional privado en calidad de conexión subsidiaria general respecto de la nacionalidad cuando la persona de que se trate carezca de nacionalidad o la tenga indeterminada en todas las materias cubiertas por el estatuto personal en la concepción amplia que del mismo se tiene en nuestro Reino (apartado 10º del artículo 9 del Código Civil).

b) En el ámbito de los efectos del matrimonio (artículo 9, apartado 2º, del mismo cuerpo legal) se consagra como conexión subsidiaria específica de segundo grado respecto de la nacionalidad referida a uno cualquiera de los cónyuges, lo que permite a las partes someter este instituto al ordenamiento del Estado designado por la misma si así lo han elegido en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; en el mismo precepto se establece como conexión subsidiaria respecto de la anterior siempre que sea común a los cónyuges e inmediatamente posterior a dicha celebración²⁸.

c) En lo concerniente al carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, la conexión de la residencia habitual del hijo opera de manera subsidiaria específica respecto de la de la nacionalidad de éste si no pudiera ser determinada (artículo 9, apartado 4º), lo cual no es más que una reiteración particular de la regla general expuesta en la letra a).

d) En materia de constitución de la adopción internacional, la competente autoridad patria aplicará nuestro ordenamiento interno en calidad de Ley de la residencia habitual del adoptando si éste reside habitualmente en España en el momento de la constitución de la adopción o si ha sido o va a ser trasladado a España con la finalidad de establecer aquí su residencia habitual (artículo 18 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional), solución ésta que su Exposición de Motivos justifica por la integración en la sociedad española que supondría para el adoptando establecer en nuestro país su ‘centro social de vida’; sin perjuicio de lo anterior, esa misma autoridad podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por el ordenamiento de la nacionalidad o de la residencia habitual del adoptante o del adoptando, siempre que concurran determinadas circunstancias (artículo 20 de la citada Ley). Para el caso en el que el adoptando no tuviera su residencia habitual en España, y además no hubiera sido o no fuera a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en ella, la constitución de la adopción por la competente autoridad española se regiría por el ordenamiento del país en el que hubiese sido o al que fuese a ser trasladado con la finalidad de establecer en él su residencia habitual y, en defecto del criterio anterior, por el ordenamiento del Estado de la residencia habitual del adoptando; del mismo modo que lo establecido en el supuesto anterior, la autoridad española podría igualmente tener en cuenta los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por el ordenamiento del país de la nacionalidad o de la residencia habitual del adoptante o del adoptando en el caso de que considerase que la observancia de tales requisitos facilitaría la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto (artículo 21 de la Ley 54/2007)²⁹.

²⁷ Exposición de Motivos, *Boletín Oficial del Estado* nº 163, de 9 de julio de 1974.

²⁸ El apartado 3º del mismo artículo extiende las soluciones expuestas a los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio, de lo que derivaría una concreta determinación del ordenamiento aplicable que sería alternativa a la resultante de tener en consideración la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges al tiempo del otorgamiento de tales pactos o capitulaciones.

²⁹ El mismo sistema de soluciones es proyectado por el legislador a los casos de conversión, nulidad y revisión de la adopción internacional de que se trate (artículo 22). En relación con la correspondencia que la conexión residencia habitual proporciona con la sociedad en que va a ser integrado el adoptando véanse A.L. CALVO CARAVA-

e) En materia de protección de menores, el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y Ley aplicable en dicho campo, en el que nuestro Reino es parte, se construye sobre la base del criterio de la residencia habitual del menor (artículos 1 y 2); en el plano estatal, las medidas provisionales o urgentes de protección de los incapaces quedan excepcionadas de la conexión nacional para someterse al ordenamiento del Estado de la residencia habitual de aquéllos (apartado 6º del artículo 9 del Código Civil), norma de conflicto que si bien aparece redactada en técnica multilateral no deja de tener un aplicación unilateral pues determina, en definitiva, la aplicación del Derecho español a tales medidas cuando los incapaces residan habitualmente en España con independencia de su nacionalidad³⁰.

f) En el campo de la prestación de alimentos entre parientes, las normas de conflicto de nuestro sistema de Derecho internacional privado se hallan contenidas en el Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, que consagra como conexión principal a estos efectos la residencia habitual del acreedor de alimentos (artículo 4) y como subsidiaria de primer grado la nacionalidad de éste (artículo 5). Por su eficacia *erga omnes* (artículo 3), las reglas del citado Convenio han desplazado o sustituido a las establecidas en la materia en nuestro Código Civil³¹.

g) Con el ánimo de evitar disfunciones, en el sector de la sucesión *mortis causa* la vigente norma de conflicto de nuestro sistema de Derecho internacional privado excepciona de la solución general, marcada por la aplicación de la Ley nacional del causante, los derechos que, por ministerio de la Ley, se atribuyen al cónyuge superviviente, los cuales se han de someter a la norma de conflicto de los efectos del matrimonio (véase la letra b *supra*); solución de la que a su vez se excepciona la legítima de los descendientes, que el artículo 9, apartado 8º, del Código Civil somete en todo caso al ordenamiento de la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento.

h) Por fin, en el ámbito de la separación y del divorcio, la compleja norma del artículo 107, apartado 2º, de ese cuerpo legal resultante de la redacción otorgada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se erige en buena medida sobre la base de la residencia habitual: en efecto, se aplicará en todo caso el ordenamiento español en calidad de Ley del Estado de la residencia habitual (o de la nacionalidad) de uno de los cónyuges si se da alguna de las tres circunstancias alternativas que se señalan en el apartado 2º de esta norma; si ninguno de los cónyuges es español o reside habitualmente en España, el artículo glosado consagra como conexión subsidiaria específica de segundo grado, en defecto de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, la

CA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2008, pp. 105 ss.

³⁰ El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, que por su eficacia universal (artículo 20) está llamado a sustituir a la regla del artículo 9, apartado 6º, del Código Civil una vez entre en vigor, también fundamenta sus normas de conflicto en este sector en la residencia habitual del menor (artículos 15 a 18). Dicha entrada en vigor para nuestro Reino se producirá una vez se ratifique el Convenio, que fue firmado el 1 de abril de 2003, habida cuenta de la Decisión del Consejo de 5 de junio de 2008 por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al citado Convenio y a formular una declaración sobre la aplicación de las normas internas correspondientes del Derecho comunitario (publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* L151, de 11 de junio de 2008).

Sobre él pueden verse, entre otros, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “El Convenio sobre competencia, Ley aplicable, reconocimiento y ejecución y cooperación respecto a la responsabilidad parental y las medidas de protección de los niños”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996, nº 2, pp. 360 ss.; P. LAGARDE, “La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs”, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1997, nº 2, pp. 217 ss.; y R.M. MOURA RAMOS, “La protección de los menores en el ámbito internacional. Las nuevas normas convencionales de La Haya aplicables a la protección de menores en supuestos de conexión múltiple”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, Madrid, 2000, pp. 67 ss.

³¹ Artículo 9, apartado 7º, por cuya virtud, no obstante, la residencia habitual del alimentista o reclamante de los mismos señalaba la aplicación de un determinado ordenamiento estatal si aquél no pudiera obtener los alimentos conforme a la Ley señalada por el criterio de conexión principal, esto es, por la nacionalidad común del alimentista y del alimentante.

residencia habitual común de los mismos en idéntico momento y como conexión supletoria específica de cierre la residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en el Estado en cuestión.

17. Resulta de todo punto imposible decantarse en exclusiva por la nacionalidad o por la residencia habitual como criterios para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal, pues la fortaleza de aquélla como factor de garantía de la aplicación multicultural del Derecho es a su vez debilidad de la residencia habitual en tal sentido, del mismo modo que la fortaleza de ésta en procurar la integración y proximidad de los extranjeros es una debilidad de la nacionalidad. De ahí que, en términos generales, los legisladores no deban descartar la utilización de uno o de otro criterio en la elaboración de sus sistemas de Derecho internacional privado; en palabras de Y. LOUSSOUARN, “le partage du monde entre adeptes de la nationalité et partisans du domicile a conduit à peser les avantages et les inconvénients respectifs de ces deux éléments de rattachement, à constater qu’ils s’équilibraient et surtout à mettre en exergue le caractère relatif de leurs mérites qui varient d’une situation à l’autre, d’où l’utilité de ne pas faire appel à l’un d’entre eux à titre exclusif”³².

18. Ahora bien, el eclecticismo recién esbozado puede no ser plenamente posible o aconsejable como orientación normativa cuando la elaboración de la regla de conflicto se inserta en la creación de un espacio judicial integrado como el representado por la Unión Europea en el que el vínculo de la nacionalidad, por fuerza de la integración política que conlleva, se diluye³³. A ello dedicamos las líneas que siguen.

III. El creciente relieve de la residencia habitual en el Derecho comunitario europeo de familia.

19. La elaboración de un Derecho internacional privado comunitario en materia de familia afecta no sólo a la elaboración de instrumentos de Derecho procesal sino también de Derecho conflictual³⁴. Afirmación ésta que adquiere mayor sentido a raíz de la entrada en vigor, el 1 mayo 1999, del Tratado de Ámsterdam de 2 octubre 1997 por la novedad que ha aportado en orden al desarrollo y profundización de la cooperación judicial en materia civil.

20. En el ámbito procesal resultó un hito el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, pues en materia de reclamación de alimentos entre parientes consagró el criterio del domicilio / residencia

³² “Le rôle de la méthode comparative en Droit international privé français”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1979, p. 318.

³³ Desde una de las perspectivas del Derecho internacional público véase E. CRESPO NAVARRO, *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho internacional: la erosión del vínculo de la nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, en particular pp. 345 ss. donde se contiene un análisis acerca de la relatividad del principio de la nacionalidad en la Unión Europea desde la óptica abordada en la monografía.

³⁴ La bibliografía sobre el particular es ingente; a modo de aproximación puede consultarse la publicada en la página Web de la *Comission of European Family Law* <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>. Dicha institución, creada en septiembre de 2001 y cuya Secretaría radica en la Universidad de Utrecht, que pretende superar el carácter subsidiario que posee la unificación del Derecho de familia en la Unión Europea en relación, por ejemplo, con el Derecho patrimonial, tiene por principal objetivo impulsar un ejercicio de reflexión teórica y práctica sobre la unificación del Derecho de familia en Europa para lo que, en concreto, se propone: estudiar el estado actual de la investigación comparada en lo referente a la armonización del Derecho de familia en los países europeos (intercambiando experiencias coordinando futuras actividades de investigación en este campo); buscar el núcleo común para solucionar diversos problemas jurídicos sobre la base de la comparación entre las diferentes soluciones adoptadas en los Derechos de familia de los distintos ordenamientos jurídicos europeos; y estudiar el papel de los futuros (potenciales) Estados miembros de la Unión Europea en el proceso de armonización del Derecho de familia. El resultado que se espera obtener es, en esencia, la formulación de un conjunto de *Principios del Derecho Europeo de Familia* que faciliten la armonización del Derecho de este sector en la Unión Europea. El desarrollo de esta tarea es abordado con una doble característica: por una parte incidiendo en una armonización sustantiva, antes que conflictual, de la materia y por otra parte acometiendo esta labor de forma sectorial.

habitual, referido al acreedor o alimentista, como foro especial de competencia judicial internacional (artículo 5, apartado 2º) y el criterio del domicilio del demandado -con independencia de su nacionalidad- como foro general de competencia judicial internacional (artículo 2)³⁵. En tanto que ambas soluciones se han mantenido en el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, que ha sustituido al Convenio de 1968³⁶, la residencia habitual se ha impuesto como foro en los instrumentos procesales posteriores. Por una parte es el caso del Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que erige sobre dicha conexión el sistema de foros en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial (artículo 3) y en materia de responsabilidad parental (artículo 8), expresión que en el Reglamento incluye, en particular, los derechos de custodia y de visita así como las situaciones de sustracción de menores³⁷. Por otra parte es el caso, en el específico ámbito de los alimentos entre parientes, del Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en tal materia (también conocido como Reglamento Bruselas III) que consagra asimismo en las reglas a) y b) de su artículo 3 la competencia general de los órganos judiciales del Estado de la residencia habitual del demandado o de la del acreedor de alimentos, a elección del demandante³⁸.

21. En el plano conflictual los instrumentos elaborados o en fase de elaboración en materia de Derecho de familia han asentado sus soluciones asimismo sobre el criterio de la residencia habitual para, *inter alia*, evitar la discriminación por razón de la nacionalidad que proscribía el artículo 12 de la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y proporcionar una mayor eficacia en el acceso a la justicia a los residentes en la Unión Europea. Lo ha explicado con claridad M. BOGDAN: “Having in mind the (...) complications caused by the uneasy relationship between, on the one hand, the use of nationality as a connecting factor in the conflict of laws and, on the other hand, the prohibition of all discrimination on grounds of nationality in Article 12 of the EC Treaty, one might be inclined to suggest that nationality should be discarded as a connecting factor for family-related matters regarding Union citizens, the preferable alternative being the application of the law of the country of the habitual residence of the person(s) concerned”³⁹.

³⁵ El artículo 3 del Convenio consideró como exorbitantes, y por tanto de imposible aplicación en su seno, los foros basados en la nacionalidad del demandante consagrados en el artículo 15 del Código Civil belga o en los artículos 14 y 15 del Código Civil francés.

³⁶ En el específico ámbito de los alimentos entre parientes,

³⁷ Esta solución ya había sido incorporada al Reglamento 1347/2000, de 29 mayo 2000, que ha sido sustituido por el Reglamento 2201/2003. Este instrumento a su vez traía causa de y sustituyó al Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (más conocido como Convenio de Bruselas II), celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea.

³⁸ El Reglamento, que sustituye en este punto al Reglamento 44/2001 (*supra*), entró en vigor el 30 enero 2009, si bien sus artículos 2.2º, 47.3º, 71, 72 y 73 se aplicarán a partir del 18 septiembre 2010, en tanto que el resto de disposiciones se aplicará a partir del 18 junio 2011 siempre que el Protocolo de La Haya de 2007 sea aplicable en la Comunidad en esa fecha pues, en caso contrario, se aplicará a partir de la fecha de aplicación del Protocolo en ésta (artículo 76 del Reglamento). Por lo que se refiere al ámbito territorial de aplicación de este nuevo instrumento, es de reseñar que estará vigente en Irlanda al haberlo así notificado aunque, de momento, no en el Reino Unido (véanse los considerandos 46 y 47 de su exposición de motivos) que, no obstante, podría más adelante ejercer la cláusula de *opting in*. El otro país que por los Protocolos anejos al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de la Comunidad Europea tiene un régimen *ad hoc*, Dinamarca, no queda vinculada por este Reglamento ni por ningún otro derivado del artículo 65 del último de los citados Tratados, sin perjuicio de que “pueda aplicar el contenido de las modificaciones introducidas en el Reglamento (CE) nº 44/2001 en virtud del artículo 3 del Acuerdo de 19 octubre 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil” (considerando 48 del nuevo Reglamento). Sobre él puede verse, entre otros, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas”, *La Ley*, nº 7230, 31 julio 2009, pp. 1 ss. y P. BEAUMONT, “International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, 2009, nº 3 pp. 509 ss.

³⁹ “The EC Treaty and the use of Nationality and Habitual Residence as Connecting Factors in International

22. Así las cosas, procedemos seguidamente a verificar cómo se ha venido plasmando la tendencia comunitaria a utilizar la residencia habitual en detrimento de la nacionalidad en los instrumentos elaborados en el vasto campo del Derecho de familia.

23. a) En primer término, y por continuar con la reclamación de alimentos entre parientes a la que se acaba de aludir, el Reglamento 4/2009 de igual modo se decanta por la utilización de la conexión de la residencia habitual, antes que por la de la nacionalidad, para determinar el ordenamiento aplicable a las obligaciones de alimentos si bien mediante una técnica indirecta como tendremos ocasión de comprobar. Estando conformado su ámbito de aplicación sustantivo por las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad (artículo 1, apartado 1º), aborda un vasto elenco de materias relacionadas con tal objeto: en efecto, además de las referidas en su rúbrica contiene normas sobre justicia gratuita así como sobre transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva.

En lo que concierne a la determinación del ordenamiento aplicable a las obligaciones de alimentos, el vacío derivado del Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales y de su sustituto el Reglamento 593/2008, de 17 junio 2008, ha sido colmado en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia por el nuevo Reglamento 4/2009 mediante un mecanismo *sui generis*: de entrada, como resulta lógico, este instrumento únicamente determina el ordenamiento aplicable a las obligaciones de alimentos y no al establecimiento de las relaciones familiares en las que se basan tales obligaciones de alimentos (pues éstas se siguen regulando por los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros). Ahora bien, seguidamente el artículo 15 del Reglamento 4/2009 establece que: “La Ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (...) en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento”.

Ello implica, pues, la aplicación de dicho Protocolo a las situaciones entre los Estados miembros que sean parte en él (de momento ninguno) y, *sensu contrario*, la aplicación de las correspondientes normas de conflicto (estatales o supraestatales) de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado a las situaciones entre los Estados miembros que no sean parte en él⁴⁰. Cuando el Protocolo de La Haya resulte de aplicación, debe tenerse en cuenta que su artículo 3 señala, como regla general, al ordenamiento del Estado de la residencia habitual del acreedor de los alimentos o alimentista.

Family Law”, en J. MEEUSEN, G. STRAETMANS, M. PERTEGAS y F. SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 315. Para una visión más general de la dialéctica entre nacionalidad y residencia habitual en este campo véase T. RAUSCHER, “Heimatlos in Europa? - Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzip in IPR”, en H.-P. MANSEL (coord.): *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, München, Sellier, 2004, pp. 718 ss.

⁴⁰ Lo que F. GARAU SOBRINO estima un pobre resultado en la tan esperada armonización de este sector del Derecho de familia a la vez que una complicada distinción de regímenes entre Estados parte y no parte en el Protocolo de 2007: véase su entrada en el blog <http://conflictuslegum.blogspot.com/2009/01/reglamento-bruselas-iii-o-bruselas-25.html> de 10 de enero de 2009, en la que además incide en los problemas de entrada en vigor que se derivan de los instrumentos elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. En relación con este mismo ámbito debe tenerse presente el Reglamento (CE) n° 664/2009 del Consejo, de 7 julio 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la Ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 200, de 31 julio 2009; este instrumento establece un procedimiento de autorización a un Estado miembro para que pueda modificar un acuerdo existente o para que pueda negociar y celebrar un nuevo acuerdo con un país tercero sobre las materias reguladas total o parcialmente por el Reglamento 2201/2003 o por el Reglamento 4/2009 en la medida en que dichas materias sean competencia exclusiva de la Comunidad, si bien el Reglamento 664/2009 no se aplicará cuando la Comunidad ya haya celebrado con el país tercero un acuerdo sobre las mismas materias. Acerca de esto último véase A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre estados miembros y terceros países [Comentarios a los Reglamentos (CE) núm. 662/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, y núm. 664/2009, del Consejo, de 7 de julio de 2009]”, *La Ley (Unión Europea)*, n° 7252, 30 septiembre 2009, pp. 8 ss.

24. b) En el sector de la separación judicial, el divorcio y la nulidad matrimonial, si bien los trabajos acometidos en el seno de la Unión Europea no han llegado a buen puerto (pues los mismos encajaron en la sesión del Consejo sobre Asuntos de Justicia y de Interior celebrada el 6 junio 2008 en la que, por falta de unanimidad entre los Estados miembros, no pudo aprobarse el proyecto de Reglamento denominado Roma III)⁴¹, sí que cabe resaltar que de nuevo, a los fines de determinar el ordenamiento aplicable a la cuestión, en las normas manejadas en éste se incluye una vez más el criterio de conexión de la residencia habitual: en efecto, en dicho texto se permite a los cónyuges escoger el ordenamiento aplicable a su divorcio y, en los casos en que no haya acuerdo entre los esposos, se propone una serie de criterios basados en la proximidad pues en primer lugar se dará prioridad a la normativa del país de residencia habitual común; y si los cónyuges ya no vivieran juntos, a la del Estado del último lugar de residencia conjunta (de manera que si ninguno de ellos viviese ya allí se aplicaría el ordenamiento del país de la nacionalidad común de ambos, y si ésta no se diera al ser de países distintos, el del Estado del órgano judicial al que se acuda).

25. c) En el sector del régimen económico matrimonial (esto es, de las relaciones patrimoniales o efectos económicos existentes entre los cónyuges) la Unión Europea también ha demostrado un interés legislativo justificado por una realidad *de facto* y *de iure*: partiendo del aumento de situaciones conflictivas surgidas en la Unión Europea como consecuencia de los movimientos de personas por su territorio, y teniendo presente el juego de las distintas conexiones de la nacionalidad, del domicilio y de la residencia habitual, se ha constatado la diversidad y pluralidad de situaciones objeto de eventual análisis en orden a la determinación del ordenamiento aplicable al régimen económico matrimonial⁴².

Ante esta realidad fáctica y jurídica, el Convenio de Roma de 19 junio 1980 proscribió de su ámbito de aplicación material los acuerdos de los cónyuges acerca de su régimen económico matrimonial, pese a su naturaleza contractual⁴³, al excluir en su artículo 1, apartado 2º, letra b), a “los derechos y deberes derivados de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad”⁴⁴. El Reglamento 593/2008 que lo sustituye mantiene idéntica proscripción de su ámbito sustantivo de aplicación (*supra*).

A lo anterior se añade que, a diferencia de lo ocurrido en relación con los alimentos entre parientes, los instrumentos procesales de contenido patrimonial –el Convenio de Bruselas de 1968 y el Reglamento 44/2001 que lo ha sustituido– tampoco han disciplinado esta materia, por lo que la misma ha estado ausente de la elaboración del Derecho internacional privado comunitario desde un primer momento. Incluso en fases posteriores de este proceso es preciso señalar que la perspectiva procesal del régimen económico

⁴¹ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la Ley aplicable en materia matrimonial, COM(2006), 399 final, de 17 de julio de 2006. Sobre la cuestión véanse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 36 ss.

⁴² Cfr. I. VIARENGO, “I rapporti patrimoniali tra coniugi nel Diritto internazionale privato comunitari”, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, n° 3, 2007, pp. 603 ss. Conocedora de estas dificultades, la Comisión Europea encargó al TMC Asser Institut y a la Universidad Católica de Lovaina un informe que ha visto la luz en abril de 2003 con la rúbrica *Study in comparative law on the rules governing conflicts of jurisdiction and laws on matrimonial property regimes and the implementation for property issues of the separation of unmarried couples in the Member States* (http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm) bajo la coordinación de M. MICHIEL, J. DE ROOIJ y M. VERWILGHEN; en este estudio se recomienda no sólo la armonización conflictual de la materia, sino también una armonización material (p. 49): cfr. sobre ello C. GONZALEZ BEILFUSS, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción del Espacio Judicial Común”, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, tomo IV, 2004, pp. 176-177.

⁴³ Sobre la autonomía de los cónyuges en la reglamentación de su régimen matrimonial véanse P. DIAGO DIAGO, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en el Derecho internacional privado*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1999 y I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel Diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1996.

⁴⁴ Cfr. A. RODRÍGUEZ BENOT, “La exclusión del Derecho de familia y del Derecho de sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 112 ss.

matrimonial también quedó fuera del ámbito de aplicación material del aludido Reglamento 1347/2000 por cuanto, según explica el considerando 4 de su exposición de motivos, se limitó a disciplinar los procedimientos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial (ello pese a reconocerse su vinculación con estos procedimientos); y en el Reglamento 2201/2003, que ha sustituido al anterior, sigue manteniéndose la proscripción de esta institución de su ámbito de aplicación sustantivo. En el Informe explicativo del citado Convenio de Bruselas II, elaborado por A. BORRAS RODRIGUEZ, se aclara que el ámbito material del mismo quiso ceñirse a las acciones concernientes propiamente al vínculo matrimonial, siendo el régimen económico matrimonial un aspecto meramente relacionado con éstas⁴⁵.

No obstante, el legislador comunitario se ha decidido a afrontar armonizadamente la regulación del régimen económico matrimonial a fin de colmar la laguna apreciada en su obra normativa. A raíz de la previsión contenida en el punto 3.4.2 del Programa de La Haya de 2004, que incluía la referencia expresa a la necesidad de publicar en 2006 un Libro verde sobre conflicto de Leyes en materia de régimen matrimonial que debía dar origen a un instrumento comunitario que habría de estar ultimado a más tardar en 2011, vio la luz dicho Libro verde mediante el documento de la Comisión rubricado “Conflicto de Leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y al reconocimiento mutuo”⁴⁶.

En lo que concierne a la determinación del ordenamiento aplicable al régimen económico matrimonial, el vacío normativo del Convenio de Roma de 1980 y del Reglamento 593/2008 pretende ser cubierto con un elenco de soluciones que parte de la constatación de la ausencia de armonización de la materia en Europa habida cuenta de que el Convenio de La Haya de 14 marzo 1978 sobre la Ley aplicable a los regímenes matrimoniales sólo ha sido firmado por cinco países de la Unión Europea (Austria, Portugal, Francia, Luxemburgo y Países Bajos), hallándose únicamente en vigor desde el 1 septiembre 1992 para los tres últimos⁴⁷.

Para alcanzar las soluciones indicadas el Grupo de Expertos PRM-III sobre efectos patrimoniales del matrimonio en la Unión Europea (Dirección General de Libertad, Seguridad y Justicia de la Comisión Europea) viene trabajando desde junio de 2008 en la elaboración de un borrador de Reglamento comunitario en la materia que ha de afrontar, entre otros, tres retos en orden a la concreción del ámbito de aplicación sustantivo del futuro instrumento: si incluir en él a las denominadas parejas de hecho por la heterogeneidad que su naturaleza ofrece en Derecho comparado⁴⁸; qué materias abordar habida cuenta de la disparidad de reglamentaciones nacionales de la cuestión en Europa (efectos personales, efectos patrimoniales, régimen primario y secundario, protección del hogar familiar, cargas y deudas de la pareja, etc.)⁴⁹; y la vinculación de la disolución de la sociedad conyugal tanto con el divorcio como con la sucesión *mortis causa*⁵⁰.

Dicho esto, el Libro verde plantea una serie de cuestiones del máximo interés que resolver a fin

⁴⁵ *Diario Oficial de la Comunidad Europea* C221, de 16 de julio de 1998, p. 35. Ello implica que, en el estado actual de la cuestión, la determinación de la competencia judicial y el reconocimiento de resoluciones judiciales que cubrieran este supuesto de hecho habrían de regirse por el sistema de Derecho internacional privado de los Estados afectados, conformados en su caso tanto por normativa supraestatal como por la normativa aplicable en defecto de instrumento internacional.

⁴⁶ COM(2006) 400 final, de 17 de julio de 2006.

⁴⁷ Véase al respecto M. REVILLARD, “Premier bilan d’application de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux”, en *E Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A.L. Droz (On the Progressive Unification of Private International Law/Sur l’unification progressive du Droit international privé)*, Den Haag, M. Nijhoff, 1996, pp. 369 ss.

⁴⁸ En palabras de H. GAUDEMET-TALLON (“La désunion du couple en Droit international privé”, *op. cit.*, pp. 155 ss.), con esa expresión aludimos a una ambigua y extensa realidad con la que se quiere abarcar un fenómeno multiforme.

⁴⁹ *Cfr.* C.H. CLARKSON y E. COOKE, “Matrimonial Property: Harmony in Europe?”, en *Family Law*, nº 37 (octubre de 2007), pp. 920 ss.; E. GÓMEZ CAMPELO, *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Madrid, Reus, 2008; y F. LLODRA GRIMALT, “La armonización del Derecho de familia en Europa: ¿hacia una armonización de los regímenes económicos matrimoniales?”, Comunicación presentada en el XIII Jornadas de Derecho Catalán en Tosa, <http://civil.udg.es/tossa/2004/textos/com/1/flg.htm>.

⁵⁰ *Cfr.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “Sucesión *mortis causa* y modelos de familia en el tráfico jurídico externo”, en A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 675 ss.

de proponer la solución conflictual al régimen económico matrimonial. En lo que atañe al criterio de conexión utilizado para designar el ordenamiento aplicable, en la audiencia pública sobre aquél celebrada el 28 septiembre 2009, la Comisión sugirió un sistema basado en el principio de proximidad, y con el ánimo de proporcionar la necesaria seguridad jurídica en este campo, en el que la residencia habitual resulta claramente reforzada. En efecto, como primera conexión en la futura iniciativa legislativa (que se espera vea la luz en 2010) se establecería la *professio iuris*, permitiendo a los cónyuges elegir un ordenamiento estatal como aplicable de entre un elenco de los cuales uno sería el de la residencia habitual de cualquiera de ellos; en defecto de esta conexión, se sugiere la aplicación del ordenamiento, entre otros posibles, del país de la residencia habitual común de los cónyuges⁵¹.

26. d) En cuanto al Derecho sucesorio, la necesidad de ser disciplinado en clave comunitaria se ha acrecentado por una serie de consideraciones que han sido puestas de manifiesto por el Libro verde sobre sucesiones y testamentos de 1 marzo 2005⁵²: la creciente movilidad de personas (ciudadanas comunitarias o no) en el territorio de la Unión, el consiguiente incremento del número de uniones -jurídicas y de hecho- entre ellas, o la frecuente adquisición de inmuebles en otros Estados comunitarios. A esta realidad social se añade otra, esta vez jurídica, no menos relevante en el origen de los numerosos problemas surgidos de las sucesiones internacionales y que han sido igualmente apuntadas por el Libro verde de 2005: la disparidad de normas sustantivas, procesales y conflictuales existente en los Estados miembros (influencia en no pocos casos de concepciones culturales diversas), así como a las diferencias en la terminología utilizada⁵³.

Partiendo de la constatación de la Comisión Europea por cuya virtud no se realizaría progreso alguno a nivel comunitario sin abordar prioritariamente la cuestión de la Ley aplicable, en el seno de aquélla se ha trabajado en el desarrollo de esta materia teniendo presente que, en cuanto a cantidad y calidad, la tarea era muy considerable; en el momento de elaboración de estas líneas se acaba de publicar una propuesta de Reglamento por parte de la Comisión que, pese a sus dificultades, supone un avance en la comunitarización de esta materia⁵⁴. En ella la determinación del ordenamiento aplicable a la sucesión por causa de muerte se asienta en la siguiente consideración, del máximo interés a los efectos del presente estudio: partiendo de la consagración del principio de universalidad de los bienes hereditarios, el correspondiente principio de unidad en la determinación de dicho ordenamiento en ausencia de *professio iuris* (artículo 17) se efectúa sobre el criterio de la última residencia habitual -y no del último domicilio- del causante (artículo 16) por las siguientes razones expuestas en la explicación contenida en el citado texto: “El Reglamento consagra esta Ley, en lugar de la del domicilio, porque coincide con el centro de interés del difunto y, a menudo, con el lugar donde se hallan la mayor parte de los bienes. Tal criterio es más favorable a la integración en el Estado miembro de la residencia habitual y evita

⁵¹ Sobre esta cuestión véase P. LAGARDE, “Vers un Règlement Communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions”, en *Pacis Artes (Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos)*, vol. II, Madrid, UAM/Eurolex, 2005, pp. 1686 ss.

⁵² Documento COM(2005) 65 final; en él se planteaba la conveniencia de presentar una propuesta normativa en 2006, que debería estar adoptada en 2011 a más tardar. Sobre el mismo pueden verse, entre otros, T. BENDITO CAÑIZARES, “Quelques réflexions à propos du Livre vert sur les successions et testaments et ses réponses”, en *L’Observateur de Bruxelles*, n° 67 (enero de 2007), pp. 23 ss.; M.CH. DE LAMBERTYE-AUTRAND, “Quel Droit européen en Droit patrimonial de la famille?: Le livre vert sur les successions et les testaments”, *Informations Sociales*, n° 129 (enero de 2006), pp. 84 ss.; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia sucesoria”, en AA.VV., *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Sevilla, Comisión Europea / Universidad de Sevilla, 2006, pp. 65 ss.; y C. STUMPF, “Europäisierung des Erbrechts: das Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n° 19, 2006, pp. 587 ss.

⁵³ De ahí el acierto de la inclusión de un mínimo glosario. Un prolijo análisis de estas cuestiones puede verse en el Informe titulado *Étude de Droit comparé sur les règles de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l’Union Européenne (Rapport final: synthèse et conclusions)*, Deutsches Notarinstitut, octubre/noviembre de 2002, coordinado por H. DÖRNER y P. LAGARDE.

⁵⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de decisiones y de actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación del certificado sucesorio europeo, COM(2009) 154 final, de 14 de octubre de 2009.

cualquier discriminación respecto de las personas domiciliadas en él si ostentar su nacionalidad. La residencia habitual ha sido asimismo consagrada en las normas de conflictos de varios Estados miembros y, en particular, en el Convenio [de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte]⁵⁵.

Se trata de una propuesta normativa plausible por las razones señaladas si bien no se puede ignorar en este punto la aseveración contenida en el Libro verde de 2005: “Como ocurre a menudo en Derecho internacional privado, es grande la tentación de querer encontrar un único criterio de vinculación [de conexión] que solucione todos los problemas. (...) pero, en el ámbito de las sucesiones, ningún criterio carece de inconvenientes”⁵⁶.

Así las cosas, una primera lectura de la propuesta de Reglamento en materia de sucesión *mortis causa* de octubre 2009 confirma, en el plano de la determinación del ordenamiento aplicable, la inclusión de tres relevantes aspectos en los que la mayor parte de las respuestas al Libro verde coincidieron y que, en opinión fundada de T. BENDITO CAÑIZARES, auguran una nueva orientación en materia de Derecho sucesorio en Europa: aplicar un único e igual ordenamiento para todas las sucesiones; utilizar a tal fin el criterio de conexión de la residencia habitual del causante en detrimento de su nacionalidad (considerado el más tradicional en la materia en la mayor parte de los socios comunitarios); y favorecer la *professio iuris* por el causante⁵⁷.

⁵⁵ *Cit.*, p. 7. Lamentablemente la propuesta de Reglamento no contiene un concepto unitario y autónomo de residencia habitual, con lo que se habría podido tanto evitar la derivación conflictual de su concreción a lo establecido en los diferentes ordenamientos nacionales, como obviar la poco afortunada fórmula utilizada en el artículo 3, apartado 2º, del Convenio de La Haya de 1989 (que requiere un plazo mínimo de cinco meses previos al deceso para utilizar el criterio de la residencia habitual, criticado por demasiado restrictivo para dicha concreción).

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 4. En el mismo Libro verde se constató la tendencia hacia el abandono de la nacionalidad del causante -considerada “privilegiada durante largo tiempo” en este ámbito- en favor de su residencia habitual, un criterio considerado más “de moda” en el citado documento (*op. cit.*, p. 4); en él se ejemplifica el debate entre nacionalidad y residencia habitual con la siguiente reflexión: “Así, una persona puede residir algún tiempo en un país sin adquirir en él patrimonio alguno porque prevé acabar regresando a su país de origen, donde, por otra parte, sigue residiendo su familia y donde se encuentran sus bienes. Si esta persona fallece en el país donde residía, podría estar justificado que la sucesión se regulara por la Ley de su nacionalidad. En cambio, la vinculación a la Ley de nacionalidad carece de legitimidad si hace tiempo que el *de cuius* había dejado su país de origen y residía en un Estado miembro [de la Unión Europea] donde radican todos sus lazos familiares y patrimoniales”.

⁵⁷ “Quelques réflexions à propos du Livre vert sur les successions et testaments et ses réponses”, *op. cit.*, p. 25.

LA APLICABILIDAD DEL CONVENIO DE NUEVA YORK AL ARBITRAJE DE INVERSIONES: EFECTOS DE LAS RESERVAS AL CONVENIO

JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA

*Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá
Abogado*

Recibido: 15.01.2010 / Aceptado: 28.01.2010

Resumen: El Convenio de Nueva York de 1958 permite a sus Estados parte efectuar dos reservas para impedir el reconocimiento y ejecución de ciertos laudos arbitrales. Tanto la reserva de reciprocidad como la reserva comercial pueden afectar a un laudo derivado de una controversia entre un inversor extranjero y un Estado soberano, poniendo en duda la aplicabilidad del Convenio al arbitraje de inversiones. Por eso muchos Estados, bien en APPRI o TLCs bien en sus legislaciones internas, han adoptado disposiciones para evitar que por estos motivos se deniegue el reconocimiento y la ejecución de este tipo de laudos arbitrales.

Palabras clave: arbitraje de inversiones, Convenio de Nueva York, CIADI, reserva de reciprocidad, reserva comercial.

Abstract: The 1958 New York Convention allows its States party to make two reservations there-to in order to block the recognition and enforcement of a number of arbitral awards. Both the reciprocity reservation and the commercial reservation may affect an award issued from a dispute between a foreign investor and a sovereign State, thus putting into question the applicability of the Convention to investment arbitration. As a result, many States have included some clauses in their BITs and FTAs and in their municipal statutes to prevent from the recognition and enforcement of these arbitral awards being refused on these grounds.

Key words: investment arbitration, New York Convention, ICSID, reciprocity reservation, commercial reservation.

Sumario: I. Introducción. II. La reserva de reciprocidad y la fijación de la sede del arbitraje. 1. Normas del arbitraje comercial internacional y relevancia de la sede. A) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte del APPRI incluso en casos CIADI. B) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte del CNY en casos “no CIADI”. C) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte del CNY incluso en casos CIADI. D) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte tanto del APPRI como del CNY incluso en casos CIADI. E) Ausencia de previsión expresa. 2. Arbitraje CIADI: inexistencia del concepto de sede del arbitraje. A) Establecimiento del lugar del arbitraje a efectos de comodidad. B) El CW como *lex arbitri*. C) Un arbitraje CIADI con “sede” en un Estado parte del CNY. III. La reserva comercial y la arbitrabilidad de las controversias de inversiones. 1. Planteamiento del problema. 2. Soluciones aportadas. A) Inclusión de una cláusula en un APPRI. B) Inclusión de una cláusula en la legislación interna de arbitraje. C) Interpretación del art. V.2.a) CNY. IV. Conclusión.

I. Introducción

1. El arbitraje de inversiones es actualmente la gran estrella de los métodos alternativos de solución de controversias. Implica el otorgamiento de un *ius standi* internacional a los particulares naciona-

les o residentes de un Estado, sean personas físicas o jurídicas, contra un Estado soberano en el territorio del cual han realizado una operación de inversión. Es, sin duda, una de las más destacadas excepciones a la negación de la personalidad jurídica internacional del individuo; y conforma una realidad particular dentro del Derecho Internacional Público (en adelante, DIP), en la medida en que supera (pero no reemplaza) el concepto de protección diplomática del DIP general de la que es titular en exclusiva el Estado de la *nacionalidad* del inversor¹.

2. La concepción inicial del arbitraje de inversiones como solución de una controversia derivada de un contrato de Estado, sometido a un ordenamiento jurídico estatal (normalmente al del Estado receptor de la inversión) y no al DIP, está presente en la jurisprudencia arbitral desde los mismos arbitrajes petroleros de la época de la Descolonización. De ahí su estudio tradicional por el Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr.) junto al arbitraje comercial internacional². Sin embargo, cada vez más el arbitraje de inversiones se escora hacia el DIP³. En la inmensa mayoría de los casos actualmente pendientes el tribunal arbitral ha de determinar la existencia de la responsabilidad internacional de un Estado de acuerdo con el DIP que, por acción u omisión, haya violado los derechos concedidos al inversor de otro Estado y determinados en un estándar de un tratado de protección de inversiones (relación vertical), sea bilateral (caso de los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, en adelante APPRI; o capítulos de inversiones en Tratados de Libre Comercio, en adelante TLCs) o multilaterales (caso de acuerdos especiales *ratione materiae*); y sin que sea necesario que medie la existencia de un contrato entre el inversor y el Estado receptor (relación horizontal)⁴. A modo de ejemplo, el art. VI.1 del APPRI Estados Unidos de América-Ecuador⁵ resume perfectamente la dicotomía de orígenes de los distintos tipos de controversias de inversiones, sean relaciones horizontales (a) o verticales (b y c):

¹ C. JIMÉNEZ PIERNAS (Dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica española*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 440-441. El *Proyecto de Artículos de la CDI sobre Protección Diplomática* de 2006, disponible en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf, establece en su art. 17 que dicho *Proyecto* no se aplicará en la medida en que sea incompatible con normas especiales de DIP tales como disposiciones de tratados relativas a la protección de las inversiones.

² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos de Estado", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9ª. ed., Comares, Granada, 2008, pp. 533-540.

³ El hecho de que se escora hacia el DIP no significa que en una controversia sometida a un Derecho interno se haya de aplicar el DIP indiscriminadamente. El reciente asunto *RSM Production Corporation vs. Granada* (ICSID Case No. ARB/05/14), Laudo de 13 de marzo de 2009, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/RSMvGrenadaAward.pdf>, tiene su origen en un contrato para la obtención de una licencia de exploración petrolífera que estaba sometido al Derecho de Granada y, por extensión, al Derecho inglés (Laudo, §12). Nos parece exagerada la analogía perpetrada por el tribunal arbitral (Laudo, §§379-392) al interpretar el contrato no conforme a las normas al efecto del Derecho inglés sino a las del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT), de 23 de mayo de 1969 (BOE nº 142, de 13 de junio de 1980); y eso a pesar de reconocer que un contrato entre un inversor y un Estado no es un tratado internacional y, por tanto, no le es aplicable el DIP (Laudo, §379).

⁴ El primer caso de relación estrictamente vertical entre inversor y Estado con fundamento en un APPRI fue el asunto *Asian Agricultural Products Limited vs. Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/87/3), Laudo de 27 de junio de 1990, disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC676_En&caseId=C140, con origen en el APPRI Reino Unido-Sri Lanka, hecho en Colombo el 13 de febrero de 1980. También es posible que el inversor alegue el incumplimiento por parte del Estado receptor de alguna de las disposiciones de la normativa interna de fomento de las inversiones; el primer caso al respecto fue *Southern Pacific Properties (SPP) Middle East Ltd. vs. Egipto* (ICSID Case. No. ARB/84/3), Laudo de 20 de mayo de 1992, *ILM*, Vol. XXXII, No. 4, July 1993, pp. 933-1038, respecto de la normativa interna egipcia.

⁵ Hecho en Washington, D.C., el 27 de agosto de 1993, disponible en la página web de UNCTAD, http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx. En esta página se pueden encontrar todos los demás APPRI citados en este trabajo, mientras que aquéllos en los que son parte los Estados Unidos de América también pueden verse en http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Bilateral_Investment_Treaties/index.asp. A su vez, los TLCs citados en este trabajo pueden verse en http://www.sice.oas.org/agreements_e.asp. Y en particular la lista de APPRI en los que España es parte puede verse en <http://www.comercio.mityc.es/NR/rdonlyres/9AF15FE6-0A4B-4C70-8EC1-CD21EE04F266/0/listaappri.pdf>.

“A efectos del presente Artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte [Estados Unidos de América/Ecuador] y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa Parte y dicho nacional o sociedad; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión”.

3. Esa doble relación con el DIP y el DIPr. en sentido material⁶ también puede verse en la perspectiva procesal del arbitraje de inversiones. Podemos, así, distinguir nítidamente entre dos modelos de arbitraje existentes al servicio de las partes, aunque casi siempre sean los inversores quienes llevan la iniciativa⁷. Se trata, por un lado, del arbitraje CIADI; y, por otro lado, del arbitraje “no CIADI”⁸.

4. El primero de ellos se encuentra regulado por el *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*, hecho en Washington, D.C., el 18 de marzo

⁶ La doctrina española ha estudiado el problema desde tiempos pretéritos, justamente desde ambas perspectivas de DIP y DIPr. *Vid.* el actualísimo trabajo de A. MIAJA DE LA MUELA, “Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras”, *REDI*, 1969, pp. 9-41, a pesar de su ya lejana publicación. Más recientemente, I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones: aspectos de autoridad competente y ley aplicable”, *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, Vol. 16, 2003, pp. 379-417, pp. 381, 383, 391-392, aboga por la necesaria interdisciplinariedad del análisis del tema (DIP y DIPr.) y extrapola al estudio de los APPRI la construcción clásica de los estudios de DIPr. en cuanto a competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones. De la misma autora, *La protección de las inversiones exteriores (los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 27-28, donde finalmente escribe: “Por ello, el lector podrá comprobar que el perfil elegido para este libro es el internacional en su sentido más amplio y que por ello se aprecia en sus páginas una continua y necesaria interacción entre ambas disciplinas, sin la cual no es posible asesorar a los inversores ni a los Estados y procurar el acercamiento de sus contrapuestos intereses”.

⁷ Carece de sentido, por tanto, la redacción de disposiciones como el art. X.2 del APPRI España-Argentina, hecho en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991 (BOE de 18 de noviembre de 1992); el art. 11.2 del APPRI España-República Dominicana, hecho en Santo Domingo el 16 de marzo de 1995 (BOE nº 282, de 22 de noviembre de 1996); el art. XI.2 del APPRI España-Nicaragua, hecho en Managua el 16 de marzo de 1994 (BOE nº 98, de 25 de abril de 1995); o el art. 11.2 del APPRI España-Uruguay, hecho en Madrid el 7 de abril de 1992 (BOE nº 126, de 27 de mayo de 1994). En todos ellos el texto permite que, si una controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas en el APPRI no puede ser resuelta mediante un acuerdo amistoso, será sometida a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o a arbitraje “a petición de *cualquiera* de las partes en controversia” (República Dominicana); “a elección de *cualquiera* de las partes en controversia” (Nicaragua); o “a petición de *una* de ellas” (Argentina y Uruguay) (cursivas nuestras en todos los casos). Si los estándares recogidos en el APPRI son obligaciones para el Estado receptor de la inversión (el inicio de la cada frase que impone una obligación se refiere invariablemente a “cada Parte Contratante”, no a las “partes en la controversia”), no es lógico que sea el Estado el que inicie un procedimiento arbitral contra el inversor, pues éste no es quien debe cumplir esas obligaciones sino el propio Estado. Por un lado, ninguno de los APPRI citados contiene una “cláusula paraguas” por la que una violación contractual pudiera ser elevada a la categoría de violación del Tratado; de existir, el Estado podría reconvenir al inversor demandante si éste hubiera incumplido alguna de sus obligaciones contractuales. Por otro lado, si el Estado receptor considera que la actitud de sus propias autoridades es susceptible de calificarse como una violación del APPRI, lo lógico es que el Estado guarde silencio y espere a ver qué actitud toma el inversor supuestamente perjudicado. Sobre la libertad del inversor para elegir el foro competente, *vid.* I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La protección de las inversiones exteriores*, cit., pp. 273-280.

⁸ Sobre las diferencias entre el arbitraje CIADI y “no CIADI” en materia de inversiones, *vid.* R. DOLZER/C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 222-229. El campo de visión debe completarse con la referencia a otros mecanismos de solución de diferencias inversor-Estado, como la facultad de las partes de acudir a los tribunales estatales, particularmente los del Estado receptor de la inversión; o los mecanismos interestatales como la protección diplomática y los tribunales internacionales de justicia. *Vid.* el panorama descrito por A. REINISCH/L. MALINTOPPI, “Methods of Dispute Resolution”, en P. MUCHLINSKI/F. ORTINO/C. SCHREUER (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 691-720.

de 1965 (en adelante, CW)⁹. Éste es el tratado constitutivo de una organización internacional peculiar, el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones* (en adelante, CIADI), que administra procedimientos arbitrales de inversiones sometidos en realidad a tribunales no permanentes¹⁰. Veremos después algunos elementos definitorios de su funcionamiento que nos llevan a incardinarlo en el terreno del DIP y a afirmar que nunca será relevante la *sede* del procedimiento arbitral¹¹.

5. En contraposición con lo anterior, el arbitraje de inversiones “no CIADI” no es sino el conjunto de normas internacionales y estatales que regulan el arbitraje comercial internacional y que no fueron pensadas específicamente para el arbitraje con parte estatal. En este bloque normativo hemos de incluir especialmente el *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (en adelante CNY)¹²; y la *Ley-Modelo de arbitraje* de UNCITRAL, de 11 de diciembre de 1985¹³, y las legislaciones estatales resultado de su transposición total o parcial, entre ellas la vigente Ley española de Arbitraje¹⁴.

En los casos en que un arbitraje de inversiones se rija por estas normas resultará relevante el concepto de *sede* del arbitraje en un sentido propio del DIPr. y sobre todo en tres aspectos: para la determinación de la ley aplicable al procedimiento arbitral, en la que suele aceptarse que prime lo pactado por las partes¹⁵ y, en su defecto, rija la ley arbitral de la sede (art. V.1.d) CNY¹⁶; para la determinación de los tribunales estatales competentes para conocer de la acción de anulación del laudo (art. V.1.e) CNY); y de cara al reconocimiento y ejecución del laudo en un Estado distinto al cual fue dictado (art. I.1 CNY)¹⁷.

6. No obstante lo anterior, la primera impresión que se recibe es que esta normativa del arbitraje comercial internacional se adapta en mayor o menor medida a la realidad del arbitraje de inversiones.

7. En primer lugar, en cuanto que una de las partes en la disputa es un Estado o una subdivisión política o un organismo público, tanto el art. I.1 CNY como el art. I.1.a) del *Convenio Europeo sobre ar-*

⁹ BOE nº 219, de 13 de septiembre de 1994. España es parte en el mismo desde el 17 de septiembre de 1994. A fecha 15 de enero de 2010 el número de Estados parte es de 144.

¹⁰ <http://icsid.worldbank.org>.

¹¹ *Vid. infra* Apartado II.2.

¹² BOE nº 164, de 11 de julio de 1977. España es parte en el mismo desde el 10 de agosto de 1977. A fecha 15 de enero de 2010 el número de Estados partes es de 144.

¹³ Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, de la Asamblea General de la ONU, disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

¹⁴ Ley 60/2003, de 23 de diciembre (BOE nº 309, del 26).

¹⁵ En muchos APPRI se suele aparecer una cláusula que indica que el procedimiento arbitral se regirá por las normas elegidas (CIADI, Reglamento UNCITRAL, etc.) “salvo en la medida de lo modificado por esta Sección” (por todos, el art. XI.2 del APPRI España-México, hecho en la Ciudad de México el 10 de octubre de 2006 (BOE nº 81, de 3 de abril de 2008; corr. de errores, BOE nº 121, de 19 de mayo)). En ese caso “lo pactado por las partes” comprendería tres tipos de disposiciones: las que figuren en el convenio arbitral incluido en un contrato de inversión, si existiere; el Reglamento de arbitraje y las disposiciones sobre arbitraje incluidas en el APPRI. La prelación de fuentes vendrá claramente dada por el APPRI seguido del Reglamento de procedimiento modificado por lo que las partes tuvieran a bien pactar. Lo recogido en el APPRI no es exactamente un pacto entre las partes contendientes, sino entre las Partes en el APPRI (los Estados); no obstante, se puede considerar que, como el convenio arbitral es una suma de *oferta* y *aceptación*, las disposiciones recogidas en el APPRI serían la *oferta* del Estado receptor de la inversión y el inversor únicamente habrá prestado su *aceptación* de las mismas normalmente al presentar la solicitud de arbitraje.

¹⁶ En similares términos se pronuncia el art. 5.1.d) de la *Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional*, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975 e influida notoriamente por el CNY. El art. 3 de la misma establece, por su parte, que, “a falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial”, que habrán de completarse con las normas de la sede del arbitraje.

¹⁷ Sobre la “jurisdicción primaria” (la de la sede del arbitraje) y las “jurisdicciones secundarias” (la del foro derogado y la de la ejecución del laudo) *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº extraordinario, 2006, pp. 21-33, pp. 25-32.

bitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (en adelante, CG)¹⁸, permiten el uso de cada uno de ellos en caso de controversias en las que una o ambas partes sean personas jurídicas, sin matizar si tienen o no personalidad jurídica pública internacional. Con mayor precisión el art. II.1 CG faculta a su vez a las “personas morales de Derecho público” para concertar válidamente convenios arbitrales y, por ende, a ser parte en un arbitraje¹⁹. Finalmente, en el plano de las legislaciones internas, en España el art. 2.2 LA indica que, cuando el arbitraje sea internacional (en los términos establecidos por el art. 3 LA) y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral²⁰.

8. En segundo lugar, cada vez más se aboga por una interpretación laxa de los requisitos de validez formal de los convenios arbitrales con el fin de que quepa en ellos el modelo de oferta y aceptación disociadas que se recoge en los tratados de protección de inversiones y que ha sido denominado, en expresión ampliamente aceptada, como *arbitration without privity*²¹. Sin embargo, UNCITRAL ha dejado pasar una oportunidad excepcional para emitir una recomendación específica de cara a la interpretación del art. II.2 CNY, que exige que el convenio arbitral figure por escrito en unos términos propios de una época previa a la eclosión de este arbitraje *without privity*²². Por eso, para colmar esta laguna, en numerosos APPRIs se recoge una disposición por la cual los Estados parte tratan de cumplir con la exigencia del art. II.2 CNY y declaran que esa suma de oferta del Estado y aceptación del inversor equivale a un convenio arbitral por escrito, con el fin de que los tribunales estatales no puedan negar su validez ni impidan el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral²³.

¹⁸ BOE nº 238, de 4 de octubre de 1975.

¹⁹ En la práctica convencional española, el APPRI con Kuwait, hecho en Madrid el 8 de septiembre de 2005 (BOE nº 79, de 1 de abril de 2008), admite en su art. 1.2.c) la consideración de inversor a “El Gobierno del Estado de Kuwait y todas sus personas jurídicas constituidas en virtud de las leyes y reglamentos del Estado de Kuwait, como instituciones, fondos para el desarrollo, agencias, fundaciones y otras instituciones estatutarias y autoridades y sociedades”. Ello legitima, por ejemplo, a un fondo soberano kuwaití a invertir en el territorio de España (lo que ya ha sucedido) y, en su caso, a entablar un procedimiento arbitral contra España en los términos del art. 11 del APPRI en calidad de *inversor*; en ese supuesto no se podría hablar de arbitraje *interestatal* (art. 10), puesto que éste está concebido para la resolución de controversias derivadas de la interpretación o aplicación del APPRI entre las Partes Contratantes. *Vid.* más ampliamente F. J. PASCUAL VIVES, “Nuevas manifestaciones de la segunda generación de Acuerdos sobre la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones en España: los acuerdos celebrados con Kuwait y con México”, *REDI*, vol. LX (2008), 2, pp. 695-700, p. 696; así como, desde la perspectiva norteamericana, H. C. ALVAREZ, “Arbitration Under the North American Free Trade Agreement”, *Arbitration International*, Vol. 16, No. 4, 2000, pp. 393-430, p. 402.

²⁰ C. ESPLUGUES MOTA, “Arbitraje internacional con intervención de un Estado u organismo estatal”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 133-145. Se trata de una disposición con origen en el art. 177.2 de la Ley suiza de DIPr. de 1987 (en adelante, LSDI-Pr.).

²¹ J. PAULSSON, “Arbitration without privity”, *ICSID Review – FILJ*, Vol. 10, No. 2, Fall 1995, pp. 232-257.

²² La redacción del art. II.2 CNY data de 1958 y prevé un convenio arbitral por escrito en forma de cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso. Por la lógica de los tiempos el CNY permitía que el convenio arbitral viniera recogido en forma de canje de cartas o telegramas; pero no pudo prever el desarrollo del comercio electrónico ni los convenios arbitrales en forma de intercambio de correos electrónicos, de ahí que el 7 de junio de 2006 UNCITRAL aprobara la *Recomendación relativa a la interpretación del art. II.2 y del art. VII.1 del CNY* por la cual recomienda que el art. II.2 CNY “se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas” (disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf>). Pero no hay referencia alguna al modelo de convenio arbitral existente en los tratados de protección de inversiones.

²³ A pesar de la ya abundante práctica convencional española en materia de APPRIs, sólo podemos mencionar el art. XII.1 y XII.2.b) del APPRI con México: “1. Cada Parte Contratante otorga su consentimiento incondicional para someter una controversia a arbitraje internacional de conformidad con los procedimientos establecidos en esta Sección. 2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 anterior y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversor contendiente cumplirán con los requisitos señalados en: [...] b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito”. Y, con menos detalle pero en la misma línea, igualmente el art. 10.6 del APPRI con Colombia, hecho en Bogotá el 31 de marzo de 2005 (BOE nº 219, de 12 de septiembre de 2007):

9. Dejando al margen los dos aspectos anteriormente señalados, hay un tercero que va a acaparar nuestra atención. El art. I.3 CNY permite a sus Estados parte formular dos reservas al Convenio para impedir el reconocimiento y la ejecución en su territorio de laudos arbitrales que tengan unas peculiaridades *ratione loci* (por el lugar en que han sido dictados) y *ratione materiae* (por el objeto de la controversia). Esta cuestión tiene una especial trascendencia en el arbitraje de inversiones. Todas las consideraciones que se van a realizar en este trabajo se toman desde el punto de vista de la ejecución forzosa del laudo arbitral contra la parte recalcitrante que se niega a cumplirlo voluntariamente. Es posible que la parte condenada sea el inversor (por reconvencción del Estado, por condena al pago de costas) pero en la mayoría de ocasiones sucede que es el Estado el condenado a pagar una indemnización pecuniaria al inversor extranjero. En un APPRI muchas veces los Estados parte reconocen que el laudo arbitral será obligatorio y que deberá ser cumplido sin demora, reconociendo además el derecho del inversor a ejecutarlo forzosamente conforme al CW o al CNY, según los casos. Y a veces se comprometen también a establecer mecanismos de ejecución del laudo conforme a sus legislaciones procesales internas (art. 54.3 CW/art. III CNY). Pero aun así queda abierto el interrogante de en qué medida las reservas que se tratarán afectan a la ejecución de este tipo de laudos, pues es verosímil que un inversor trate de ejecutarlo forzosamente contra bienes de un Estado soberano en un tercer Estado que no sea parte del APPRI y, por tanto, no haya asumido ninguna de las obligaciones citadas.

Por tanto, este trabajo se plantea si alguna de las reservas que dicho art. I.3 CNY permite deducir como consecuencia algún efecto negativo sobre el arbitraje de inversiones, cómo se puede evitar y qué soluciones hasta ahora se han aportado. Así, primeramente analizaremos la llamada “reserva de reciprocidad” en los términos del CNY y la compararemos con la solución alcanzada en 1965 en el CW, y seguidamente veremos la llamada “reserva comercial”. En ambos casos, examinaremos cómo los Estados han encarado su encaje en las disposiciones sobre arbitraje contenidas en los miles de acuerdos de protección de inversiones y en las legislaciones internas y concluiremos con una propuesta *de lege ferenda* de cara a la adopción de nuevas normas internacionales²⁴.

II. La reserva de reciprocidad y la fijación de la sede del arbitraje

1. Normas del arbitraje comercial internacional y relevancia de la sede

10. La llamada “reserva de reciprocidad”²⁵ tiene su sentido si la asociamos con el concepto de

“Cada Parte Contratante da su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda controversia de esta naturaleza pueda ser sometida a cualquiera de los procedimientos arbitrales indicados en los literales b) [bajo el Reglamento UNCITRAL] y c) [CIADI y su RMC] del apartado 3 de este artículo”. Ambas disposiciones están inspiradas por el art. 1122.2.b) y c) del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (TLCAN) entre Canadá, los Estados Unidos de América y México, hecho en San Antonio el 7 de octubre de 1992: “Artículo 1122. Consentimiento al arbitraje. [...] 2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en: [...] (b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito; y (c) el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo”. Se trata de una disposición recogida en multitud de APPRIs y TLCs en los que son parte Canadá, los Estados Unidos de América y México y citados *passim* en este trabajo. *Vid.* H. C. ALVAREZ, *Op. cit.*, pp. 401-402.

²⁴ En este sentido es de destacar la aportación doctrinal de A. J. VAN DEN BERG, “Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards”, 2008, disponible en http://www.arbitration-icca.org/media/0/12133674097980/hypothetical_draft_convention_ajbrev06.pdf, junto a una “Explanatory Note” disponible en http://www.arbitration-icca.org/media/0/12133703697430/explanatory_note_ajb_rev06.pdf, en la que aboga por la redacción de un nuevo Convenio que sustituya al CNY. En pp. 6-7 explica que ambas reservas deberían ser suprimidas: por un lado, la reserva de reciprocidad debería dejar paso a la aplicación *erga omnes* del Convenio, sin perjuicio de mantener el concepto de “sede del arbitraje” a los efectos de la acción de anulación del laudo; por otro lado, la reserva comercial no ha representado ningún papel relevante en la interpretación y aplicación del Convenio por los tribunales estatales.

²⁵ De acuerdo con la página web de UNCITRAL, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html, la reserva de reciprocidad está vigente en la actualidad para 70 Estados parte del CNY, a saber: Afganistán, Alemania, Antigua y Barbuda, Arabia Saudí, Argelia, Argentina, Armenia, Bahrein, Barbados, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Botswana, Brunei, Bulgaria, República Centroafricana, China, Chipre, República de Corea, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Indonesia, Irán, Irlanda, Jamaica, Japón, Kenia, Kuwait, Líbano, Luxemburgo, A. R.

“sede del arbitraje”²⁶. El art. I.3 CNY permite que, en el momento de firmar o de ratificar el CNY, de adherirse a él o de hacer la notificación de su extensión a los territorios cuyas relaciones internacionales tenga a su cargo (art. X), todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará el CNY únicamente al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante. Esto obliga a que las partes en el convenio arbitral²⁷ tengan en cuenta la conveniencia y aun la necesidad de fijar el arbitraje en una sede que esté situada en un Estado parte del CNY; sin perjuicio de que en la mayor parte de los casos se permita –y, en consecuencia, suceda– que el tribunal se reúna con las partes en cualquier otro lugar del mundo²⁸ y que la sede no sea más que una ficción²⁹.

11. Aunque no se haya tratado este problema desde un punto de vista teórico³⁰, en la práctica convencional de las inversiones exteriores se aprecia la aún tímida introducción de algunas disposiciones que, innegablemente, tienen como fin vencer cualquier excepción que pudiera oponerse contra el laudo arbitral con fundamento en la reserva de reciprocidad del CNY. Así, podemos encontrar cuatro soluciones al problema que presentan algunas diferencias importantes de matiz. Lo más sorprendente es que, tal y como se podrá comprobar, un mismo Estado (por ejemplo, los Estados Unidos de América) puede ser parte en varios APPRI y TLCs que ofrezcan a este respecto soluciones distintas y hasta contradictorias. La explicación de esta falta de armonía a veces se puede encontrar en la propia evolución del DIP

Y. de Macedonia, Madagascar, Malasia, Malta, Marruecos, Mauricio, Moldavia, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Mozambique, Nepal, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Pakistán, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, San Vicente y las Granadinas, Santa Sede, Serbia, Singapur, Tanzania, Trinidad y Tobago, Tunicia, Turquía, Uganda, Venezuela y Vietnam. Por su parte, 8 Estados (Belarus, Bulgaria, Cuba, Lituania, Rumania, Rusia, Ucrania y Vietnam) han *declarado* asimismo que, con respecto a los laudos dictados en el territorio de Estados no contratantes del CNY, aplicarán dicho Convenio sólo en la medida en que los Estados no contratantes otorguen un trato recíproco a los laudos dictados en el territorio de los Estados declarantes.

²⁶ Como ha dicho K. HOBÉR, “Sweden: The Place of Arbitration – still a legal fiction?”, *Arbitration newflash (Denton Wilde Sapte)*, January 2006, pp. 3-4, la sede del arbitraje es una ficción jurídica asentada en la doctrina de todo el mundo que sólo sirve para vincular un arbitraje con el Derecho de un Estado a los efectos de anulación y de ejecución del laudo. Por ejemplo, el art. 16.2-3 del Reglamento UNCITRAL trata la sede del arbitraje como una absoluta ficción, sin necesidad de que el tribunal se reúna nunca allí ni para deliberar ni para oír a las partes (de modo concordante, *vid.* art. 14.2 del Reglamento de la CCI, art. 16.2-3 de las *Optional Rules* de la CPA y art. 16.2-3 del Reglamento de la ASA).

²⁷ Siguiendo a Y. DERAINS/E. A. SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2nd ed., 2005, pp. 211-223, en materia de redacción de la cláusula arbitral (p. 216), la CCI reconoce que, a pesar de su mala redacción, cuando las partes designan simplemente algo así como “CCI Ginebra”, “CCI Zurich” o “CCI Estocolmo”, quieren decir que la sede del arbitraje esté en esa ciudad. Ahora bien, cuando designan “CCI París”, ¿qué quieren decir, que pactan un arbitraje administrado por la CCI de París o en París?

²⁸ Por todos, el asunto *Renta 4 S.V.S.A. y otros vs. Rusia* (SCC 24/2007), Laudo sobre objeciones preliminares de 20 de marzo de 2009 (con opinión separada de uno de los árbitros), disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Renta.pdf>. La sede del procedimiento era Estocolmo pero el tribunal celebró una audiencia con las partes en Washington, D.C. (§10).

²⁹ En el caso de los arbitrajes administrados por el *Tribunal Arbitral del Deporte*, G. KAUFMANN-KOHLER/P. BÄRTSCH, “The Ordinary Arbitration Procedure of the Court of Arbitration for Sport”, en I. S. BLACKSHAW/R. C. R. SIEKMANN/J. SOEK (Eds.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004*, TMC Asser Press, The Hague, 2006, pp. 69-98, pp. 78-81, explican las consecuencias del art. R29 del *Code of Sport-related Arbitration* (de 22 de noviembre de 1994), que fija siempre como sede del tribunal arbitral la ciudad de Lausana aun cuando las audiencias a las partes y las deliberaciones se desarrollen en otro lugar del mundo, incluso en las Subdivisiones permanentes que el TAS-CAS tiene en Nueva York y Sydney y las Divisiones *ad hoc* del mismo constituidas para diversos acontecimientos deportivos (Juegos Olímpicos, Copa del Mundo de la FIFA). Para estos dos autores, la fijación en Lausana de la sede de todos estos arbitrajes supone tres cosas: 1^a) implica la aplicación automática del Capítulo XII de la LSDIPr. (arts. 176-194), tomando como referencia los domicilios de las partes; 2^a) otorga competencia a los tribunales estatales suizos para todo tipo de actividad en auxilio del arbitraje, así como para la anulación de los laudos ex arts. 190-191 LSDIPr. y del art. V.1.e) CNY; y 3^a) el laudo se considera dictado en Suiza a los efectos del CNY de cara a su ejecución forzosa en un tercer Estado y para vencer precisamente la reserva de reciprocidad.

³⁰ Sin duda se debe a que, como ha puesto de manifiesto A. J. VAN DEN BERG, “New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement”, *ICC ICA Bulletin*, Vol. 18, No. 2, 2007, pp. 1-35, pp. 26-27, sólo está documentado un caso *comercial* en el que un tribunal estatal haya aplicado la reserva de reciprocidad.

en materia de inversiones exteriores, sobre todo a raíz de la adopción en 1992 del TLCAN³¹; pero otras muchas veces se debe a la escasa atención prestada por los negociadores de los acuerdos de promoción de inversiones en pos de la coherencia normativa, pues hay Estados capaces de adoptar contemporáneamente dos o más acuerdos divergentes en este punto. En esta cuestión vuelve a cobrar sentido la afirmación que los distintos modelos de APPRI no son más que “variaciones sobre el mismo tema”³².

A) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte del APPRI incluso en casos CIADI

12. La primera de las soluciones que encontramos en la práctica convencional viene dada por que el APPRI o TLC exija la fijación de la sede del procedimiento arbitral, sin más, en un Estado parte del mismo, aunque se puede permitir que las partes en el procedimiento puedan acordar algo distinto. Esta solución es minoritaria y apenas hay ejemplos en la práctica; puede verse, por todos, la Regla 10 del Anexo al art. 17-16 del Tratado del *Grupo de los Tres*³³:

“*Cualquier tribunal establecido conforme a la sección B de este capítulo, salvo que las partes contendientes acuerden algo distinto, llevará a cabo el procedimiento arbitral en el territorio de una de las Partes*” (cursiva nuestra)³⁴.

13. Desde el punto de vista de nuestro análisis, el de la reserva de reciprocidad del art. I.3 CNY, la disposición anteriormente expuesta no garantiza la neutralización de dicha reserva. Ello se explica porque los Estados parte del APPRI no tienen por qué ser a la vez parte del CNY, aunque la adopción por un Estado de su primer APPRI o TLC con capítulo de inversiones que incluya una cláusula de solución de controversias inversor-Estado debería llevar aparejada tanto la adhesión al CNY (y al CW), si no se ha producido aún, como la revisión y actualización de la legislación interna de arbitraje. Pero, es más, si llegara a concurrir la sede del procedimiento arbitral en el territorio del Estado receptor de la inversión, es probable que los tribunales de dicho Estado pudieran distorsionar el devenir del procedimiento arbitral a instancias del poder ejecutivo; esto se ha tratado de evitar precisamente con la adopción de un régimen jurídico del arbitraje compuesto por el CNY y la Ley-Modelo de UNCITRAL³⁵. Por ello, los APPRI y TLCs que mantengan este tipo de disposiciones deberían ser, a nuestro modo de ver, revisados conforme a alguno de los modelos más satisfactorios estudiados a continuación.

B) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte del CNY en casos “no CIADI”

14. En segundo lugar, en muchos arbitrajes de inversiones “no CIADI”³⁶ se exige expresamente que

³¹ Aunque veremos *infra* algunos aspectos reveladores de los trabajos preparatorios del TLCAN, disponibles en www.naftaclaims.com/commission.htm.

³² I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La protección de las inversiones exteriores*, cit., p. 283.

³³ TLC entre Colombia, México y Venezuela, hecho en Cartagena de Indias el 13 de junio de 1994. Desde el 19 de noviembre de 2006 funciona de modo bilateral entre Colombia y México tras la denuncia de Venezuela.

³⁴ Significa que también incluye a los arbitrajes CIADI, dada la interpretación sistemática de esta disposición junto con el art. 17-18. Sobre la trascendencia de la fijación de la sede de un arbitraje CIADI en un Estado parte del CNY, *vid. infra* letras C) y D).

³⁵ Sobre el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje, expuesto en el art. 5 de la Ley-Modelo y desarrollado en España por el art. 7 LA 2003, *vid.* V. GUZMÁN FLUJA, “Artículo 7”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., pp. 242-256.

³⁶ Nótese que un laudo arbitral CIADI que se busque ejecutar forzosamente en un Estado no parte del CW puede/debe quedar sometido al régimen general del CNY. Los arts. 53-54 CW sólo afectan, lógicamente, a los tribunales estatales de los Estados contratantes del CW, al ser este Convenio *res inter alios acta*. A contrario, en el asunto *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant vs. Congo* (ICSID Case No. ARB/77/2), en su sentencia de 26 de junio de 1981 (*JDI*, 1981, pp. 843-846) la *Cour d'Appel* de París, de cara a la ejecución de un laudo CIADI en Francia, comprobó que el CW se encontraba en vigor para Francia (lugar de ejecución), así como para Italia (Estado del que era nacional la sociedad demandante) y Congo (Estado parte en la controversia). En puridad estos dos últimos extremos no hace falta examinarlos pues forman parte del concepto de jurisdicción y competencia del art. 25.1 CW cuya comprobación queda en exclusiva en manos del tribunal arbitral ex art. 41.1 CW; lo único que tenía que hacer el tribunal francés era comprobar que Francia fuera Estado parte del CW.

el procedimiento arbitral tenga su sede en un Estado parte del CNY para facilitar el posterior reconocimiento y ejecución del laudo³⁷. Así se tuvo en cuenta cuando se produjo en 1978 la redacción del *Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI* (en adelante, RMC), que permite al Centro administrar un arbitraje de inversiones cuando no concurre ninguno de los elementos de jurisdicción y competencia del art. 25.1 CW (art. 2 RMC). En este caso, ya que el art. 3 RMC descarta la aplicación de todas y cada una de las disposiciones del Convenio, incluido el art. 44 CW³⁸, resulta como consecuencia que los laudos arbitrales dictados en estos procedimientos están sometidos al control de validez de los tribunales estatales internos como cualquier otro laudo arbitral; de tal modo que el Reglamento de Arbitraje del RMC (RA-RMC) se completa con la *lex loci arbitri*³⁹. Así se entiende que se haya recogido expresamente en el art. 19 RA-RMC la fijación absolutamente imperativa de la sede del procedimiento arbitral RMC en un Estado parte del CNY⁴⁰, que traerá como consecuencia que el laudo se considere dictado en la sede del arbitraje (art. 20.3 RA-RMC)⁴¹; y, en nuestro caso, se eliminarán los efectos de la reserva de reciprocidad⁴².

15. Esta exigencia de fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte del CNY es ya arquetípica de la práctica convencional estadounidense⁴³, como se puede apreciar en el art. VI.5 del citado APPRI Estados Unidos de América-Ecuador⁴⁴:

³⁷ Sin duda se trata de una práctica importada del arbitraje comercial internacional. *Vid.* D. F. VAGTS, “Dispute-Resolution Mechanisms in International Business”, *R. des C.*, vol. 203, 1987-II, p. 70. También es muy frecuente en la normativa arbitral exigir que se especifique en el laudo el lugar donde se ha dictado el laudo; por ejemplo, dentro de los reglamentos arbitrales al uso, *vid.* art. 32.4 del Reglamento UNCITRAL, art. 25.3 del Reglamento de la CCI, art. 32.4 de las *Optional Rules* de la CPA, art. 32.4 del Reglamento de la ASA; y en las principales legislaciones estatales, *vid.* art. 37.5 LA (España), §53 *EAA* (Inglaterra y Gales), §1054.3 ZPO (Alemania), §31.2 *LSF* (Suecia), §606.3 ZPO (Austria).

³⁸ *Vid. Infra* Apartado II.2.B)

³⁹ R. D. BISHOP/J. CRAWFORD/W. M. REISMAN, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, pp. 414-419; C. H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2nd. ed., 2009, pp. 1098 y 1246; J. A. VIVES CHILLIDA, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 239.

⁴⁰ “Artículo 19. Limitación en cuanto a la selección del lugar. Los procedimientos de arbitraje se celebrarán solamente en los Estados que sean partes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958)”. Mientras que el art. 1 RA-RMC establece que “Cuando las partes en una diferencia hayan acordado someterla a arbitraje sujeto al Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario), la diferencia se arreglará de conformidad con el presente Reglamento, salvo que, si cualquiera de las normas de este Reglamento está en conflicto con una disposición de la ley aplicable al arbitraje de la que las partes no puedan apartarse, prevalecerá esa disposición”. El art. 20.1 establece como salvaguardia que el tribunal arbitral deberá consultar a las partes y al secretariado del CIADI antes de fijar la sede del procedimiento.

⁴¹ El CNY mantiene en su art. I.1 *in fine* que es aplicable tanto para los laudos dictados en un Estado distinto al de la sede como para los laudos que no sean considerados como internos por la ley del Estado en que se insta su ejecución (criterio no seguido en España en el art. 46.1 LA 2003, que apuesta por la territorialidad). E. R. LEAHY/D. F. ORENTLICHER, “Enforcement of Arbitral Awards Issued by The Additional Facility of the International Centre of Settlement of Investment Disputes (ICSID)”, *Journal of International Arbitration*, 1985, vol. 2, n° 3, pp. 15-26, pp. 18-23, mantienen que un laudo arbitral de inversiones puede ser en este último caso sometido al CNY; esta postura es compartida por C. H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.* pp. 1122-1123.

⁴² C. H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.*, p. 1122.

⁴³ Nótese, sin embargo, que en los primeros APPRIs celebrados por los Estados Unidos de América no figura ninguna mención a este respecto. *Vid.* los APPRIs celebrados con Bangladesh, hecho en Washington, D.C., el 12 de marzo de 1986; Camerún, hecho en Washington, D.C., el 26 de febrero de 1986; Congo, hecho en Washington, D.C., el 12 de febrero de 1990; República Democrática del Congo (entonces Zaire), hecho en Washington, D.C., el 3 de agosto de 1984; Egipto, hecho en El Cairo el 11 de marzo de 1986; Granada, hecho en Washington, D.C., el 2 de mayo de 1986; Jamaica, hecho en Washington, D.C., el 4 de febrero de 1994; Marruecos, hecho en Washington, D.C., el 22 de julio de 1985; Senegal, hecho en Washington, D.C., el 6 de diciembre de 1983; Sri Lanka, hecho en Washington, D.C., el 20 de septiembre de 1991; Tunicia, hecho en Washington, D.C., el 15 de mayo de 1990; y Turquía, hecho en Washington, D.C., el 3 de diciembre de 1985.

⁴⁴ De manera idéntica se recoge en los APPRIs celebrados por los Estados Unidos de América con Albania,

“Todo arbitraje efectuado de conformidad con la cláusula ii [RMC], iii [Reglamento UNCITRAL] o iv [cualquier otra institución arbitral o norma de arbitraje] del inciso a), párrafo 3 del presente Artículo, tendrá lugar en un estado que sea Parte en la Convención de Nueva York”.

De cara a la comparación de esta disposición con otras *infra*, es de notar que en esta disposición la cláusula i) del inciso a) del art. VI.3 del APPRI, que se refiere al arbitraje CIADI, no queda incluida, de lo que se deduce que incide en la irrelevancia de la sede para ese tipo de arbitrajes. De hecho, en la *Letter of Submittal* que el Departamento de Estado envió al Comité de Relaciones Exteriores del Senado acompañando al texto del APPRI para la prestación del consentimiento de los Estados Unidos de América se incluye un párrafo estándar explicativo⁴⁵. No obstante, como veremos después, los Estados Unidos de América son parte en otros APPRIs en los que no se ha efectuado esta salvedad para los arbitrajes CIADI. También conviene citar aquí que México es parte en un TLC⁴⁶ en el que también se recoge esta disposición y que es una excepción a su práctica de seguir a pie juntillas el modelo del art. 1130 TLCAN.

16. El fundamento de la citada exigencia de fijar la sede en un Estado parte del CNY es muy claro. Dejando al margen los arbitrajes CIADI, el inversor estadounidense⁴⁷ que obtiene un laudo arbitral contra el Estado receptor de su inversión va a conseguir con mayor facilidad la ejecución forzosa del laudo arbitral contra dicho Estado en cualquiera de los Estados parte del CNY, mediante un régimen legal sumamente conocido y extendido, con condiciones tasadas para negar el reconocimiento y la ejecución del título; y eliminando cualquier posibilidad de funcionamiento de la reserva de reciprocidad. Ni siquiera importa que el Estado receptor de la inversión sea parte en el CNY, sobre todo si se pueden hallar en otro Estado parte del CNY bienes estatales susceptibles de embargo. Es, por todo ello, una solución adecuada al problema planteado.

hecho en Washington, D.C., el 11 de enero de 1995 (art. IX.5); Argentina, hecho en Washington, D.C., el 14 de noviembre de 1991 (art. VII.5); Armenia, hecho en Washington, D.C., el 23 de septiembre de 1992 (art. VI.5); Azerbaiyán, hecho en Washington, D.C., el 1 de agosto de 1997 (art. IX.5); Bahrein, hecho en Washington, D.C., el 29 de septiembre de 1999 (art. 9.5); Bolivia, hecho en Santiago de Chile el 17 de abril de 1998 (art. IX.5); Croacia, hecho en Zagreb el 13 de julio de 1996 (art. X.5); El Salvador, hecho en San Salvador el 10 de marzo de 1999 (art. IX.5); Estonia, hecho en Washington, D.C., el 19 de abril de 1994 (art. VI.5); Georgia, hecho en Washington, D.C., el 7 de marzo de 1994 (art. IX.5); Honduras, hecho en Denver, CO, el 1 de julio de 1995 (art. IX.5); Jordania, hecho en Amman el 2 de julio de 1997 (art. IX.5); Kazajistán, hecho en Washington, D.C., el 19 de mayo de 1992 (art. VI.5); Kirguizistán, hecho en Washington, D.C., el 19 de enero de 1993 (art. VI.5); Letonia, hecho en Washington, D.C., el 13 de enero de 1995 (art. VI.5); Lituania, hecho en Washington, D.C., el 14 de enero de 1998 (art. VI.5); Moldavia, hecho en Washington, D.C., el 21 de abril de 1993 (art. VI.5); Mongolia, hecho en Washington, D.C., el 6 de octubre de 1994 (art. VI.5); Mozambique, hecho en Washington, D.C., el 1 de diciembre de 1998 (art. IX.5); Nicaragua, hecho en Denver, CO, el 1 de julio de 1995 (art. IX.5); Panamá, hecho en Washington, D.C., el 27 de octubre de 1982 (art. VII.3.e) de la versión dada por el Protocolo de enmienda hecho en la Ciudad de Panamá el 1 de junio de 2000); Rumania, hecho en Bucarest el 28 de mayo de 1992 (art. VI.5); Trinidad y Tobago, hecho en Washington, D.C., el 26 de septiembre de 1994 (art. IX.5); Ucrania, hecho en Washington, D.C., el 4 de marzo de 1995 (art. VI.5); y Uzbekistán, hecho en Washington, D.C., el 16 de diciembre de 1994 (art. IX.5). En el caso del APPRI con Haití, hecho en Washington, D.C., el 13 de diciembre de 1983, la exigencia prevista en el art. VII.3.d) de que el procedimiento arbitral tenga lugar en un Estado parte del CNY se debe a que sólo se prevé un arbitraje bajo el Reglamento de la CCI. **Todas estas disposiciones están inspiradas por el art. IX.5 del APPRI Modelo estadounidense de 1994**, disponible en C. McLACHLAN/L. SHORE/M. WEINIGER, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 386-392.

⁴⁵ “Paragraph 5 provides that any non-ICSID Convention arbitration shall take place in a country that is a party to the United Nations convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards. This provision facilitates enforcement of arbitral awards”. Reproducido en otros APPRIs similares citados *supra*.

⁴⁶ Art. 88 del TLC con Japón, hecho en Ciudad de México el 17 de septiembre de 2004. Y fuera de la práctica de los Estados parte del TLCAN, ha sido recogido, por ejemplo, en la práctica convencional de Chile en el art. 10.20.1 de su TLC con Australia, de 30 de julio de 2008; art. 9.20.1 del TLC con Colombia, de 27 de noviembre de 2006; y el art. 10.19.1 del TLC con Perú, de 22 de agosto de 2006.

⁴⁷ Dado que los APPRIs son por definición recíprocos, también el inversor extranjero que obtiene un laudo arbitral a su favor contra el Gobierno de los Estados Unidos de América, aunque hasta la fecha no ha habido ni una sola condena contra éste ni en las *Letters of Submittal* del Departamento de Estado al Senado se profundice más allá de recordar los beneficios para los inversores privados estadounidenses.

17. Por último, y aunque no es muy frecuente, en algunos arbitrajes de inversiones se ha podido contemplar expresamente su aplicación práctica. En el asunto *Chevron Corp. vs. Ecuador*⁴⁸ se puede ver, por un lado, cómo el tribunal arbitral de manera muy pedagógica jerarquiza las normas del procedimiento arbitral siguiendo el esquema del art. V.1.d) CNY; y a la vez introduce el concepto de “sede del arbitraje” (*place of arbitration*):

“The procedural law to be applied by the Tribunal consists of the procedural provisions of the BIT (particularly its Article VI) [el convenio arbitral recogido en un APPRI], the UNCITRAL Arbitration Rules [las reglas de procedimiento arbitral], and, since The Hague is the place of arbitration, any mandatory provisions of Dutch arbitration law [la ley de la sede del arbitraje]; this Interim Award is made pursuant to Article 1049 of the Netherlands Arbitration Act 1986”.

C) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte del CNY incluso en casos CIADI

18. En tercer lugar, también es posible que el APPRI en cuestión exija que el lugar del arbitraje haya de estar situado en un Estado parte del CNY aun cuando se esté ante un arbitraje CIADI, pero de manera más rotunda que en el caso anterior y sin hacer siquiera amago de distinción entre un arbitraje CIADI-CW y CIADI-RMC. Así, se puede ver la acrítica exigencia incluida en el art. 26.5.b) del *Tratado sobre la Carta de la Energía*, el primer acuerdo multilateral de protección de inversiones especializado *ratione materiae*⁴⁹:

“Cualquier arbitraje que se lleve a cabo con arreglo al presente artículo tendrá lugar, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, en un Estado que sea Parte en el Convenio de Nueva York” (cursivas nuestras).

Esta norma destinada a todos los tipos de arbitrajes de inversiones se mantiene además en algunos APPRIs estadounidenses que no comulgan con la práctica recogida en el APPRI con Ecuador, tanto antiguos⁵⁰ como otros más modernos influidos por el art. 28.1 del vigente APPRI Modelo estadounidense de 2004⁵¹. También es el caso de la inmensa mayoría de APPRIs en los que son parte tanto

⁴⁸ *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Corp. vs. Ecuador*, Laudo parcial de 1 de diciembre de 2008, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Chevron-TexacovEcuadorInterimAward.pdf>, §117. Nótese que en este caso se respeta lo previsto en el art. VI.5 del APPRI Estados Unidos de América-Ecuador aplicable al caso, pues los Países Bajos son Estado parte del CNY.

⁴⁹ *Tratado sobre la Carta de la Energía*, firmado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 (DOCE L 380, de 31 de diciembre de 1994; y BOE nº 177, de 17 de mayo de 1995). También se recogió, por ejemplo, en el art. D.18 del no nato *Acuerdo Multilateral de Inversiones* de la OCDE de 1998.

⁵⁰ “The place of any arbitration conducted under this Article shall be a country which is a party to the 1958 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards” (cursiva nuestra). Así, en los APPRIs con Bulgaria, hecho en Washington, D.C., el 23 de septiembre de 1992 (art. VI.3.d)); Checoslovaquia –ahora tanto con la República Checa como Eslovaquia–, hecho en Washington, D.C., el 22 de octubre de 1991 (art. VI.3.d)); Polonia, hecho en Washington, D.C., el 21 de marzo de 1990 (art. IX.3.d)); y Rusia, hecho en Washington, D.C., el 17 de junio de 1992 (art. VI.3.d)).

⁵¹ “The disputing parties may agree on the legal place of any arbitration under the arbitral rules applicable under Article 24(3). If the disputing parties fail to reach agreement, the tribunal shall determine the place in accordance with the applicable arbitral rules, provided that the place shall be in the territory of a State that is a party to the New York Convention”. *Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>. Así se ha recogido en los APPRIs con Ruanda, hecho en Kigali el 19 de febrero de 2008 (art. 28.1); y Uruguay, hecho en Mar del Plata el 4 de noviembre de 2005 (art. 28.1). Y también puede verse en varios capítulos de inversiones de TLCs, que pueden encontrarse en <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>, como el multilateral TLC entre los Estados Unidos de América, la República Dominicana y Centroamérica (DR-CAFTA, con Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua), hecho en Washington, D.C., el 28 de mayo de 2004 (art. 10.20.1); y los TLCs bilaterales con Colombia, hecho en Washington, D.C., el 22 de noviembre de 2006 (art. 10.20.1); República de Corea, hecho en Washington, D.C., el

Canadá⁵² como México⁵³ y de uno de los más importantes TLCs recientemente firmados⁵⁴. En el caso de Canadá y México cabe una cierta disculpa de que no salven la exigencia de fijación de la sede en un Estado parte en el CNY para los casos CIADI, pues ninguno de ellos es parte en el CW y no les son oponibles sus arts. 44, 62 y 63. Pero en el caso de los Estados Unidos de América, parte del CW desde 1966, podrían haber seguido en toda su práctica convencional el modelo del art. VI.5 de su APPRI con Ecuador, favoreciendo la coherencia de las disposiciones, aunque en todo caso se pueda intuir una justificación al respecto de la extensión a los casos CIADI⁵⁵.

19. En cuanto a la solución de los efectos de la reserva de reciprocidad, puesto que la sede queda fijada en un Estado parte del CNY no cabrá su entrada en funcionamiento; a estos efectos se trata de una solución tan adecuada como la del caso B) *supra*. Con respecto a la extensión de esta norma al arbitraje CIADI, y a pesar de la particular dimensión de su “sede” en su funcionamiento⁵⁶, proponemos que si el APPRI en el que el tribunal arbitral CIADI ha de fundamentar su competencia exige que en todo caso el

30 de junio de 2007 (art. 11.20.1); Marruecos, hecho en Washington, D.C., el 15 de junio de 2004 (art. 10.19.1); Omán, hecho en Washington, D.C., el 19 de enero de 2006 (art. 10.19.1); Panamá, hecho en Washington, D.C., el 28 de junio de 2007 (art. 10.20.1); y Perú, hecho en Washington, D.C., el 12 de abril de 2006 (art. 10.20.1). A esta regla hay dos excepciones, el art. 10.19.1 del TLC con Chile, hecho en Miami, FL, el 6 de junio de 2003; y el art. 15.19.1 del TLC con Singapur, hecho en Washington, D.C., el 6 de mayo de 2003, que no exigen que el procedimiento arbitral CIADI tenga lugar en un Estado parte del CNY (sí el resto). A su vez, éste último permite la fijación de la sede bien en un Estado parte del TLC (Estados Unidos de América y Singapur) bien en cualquier Estado parte del CNY. Nótese que, a fecha 15 de enero de 2010, no han entrado aún en vigor los TLCs con Colombia, la República de Corea y Panamá.

⁵² “Cualquier procedimiento de arbitraje iniciado según este Artículo deberá tener lugar en un Estado que sea signatario de la Convención de Nueva York...”. Así, coinciden los APPRIs celebrados con Armenia, hecho en Ottawa, ON, el 8 de mayo de 1957 (art. XIII.6.b)); Barbados, hecho en Bridgetown el 29 de mayo de 1996 (art. XIII.6.b)); Costa Rica, hecho en San José el 18 de marzo de 1998 (art. XII.6.b)); Croacia, de 3 de febrero de 1997 (art. XII.6.b)); Ecuador, hecho en Quito el 29 de abril de 1996 (art. XIII.6.b)); Egipto, hecho en El Cairo el 13 de noviembre de 1996 (art. XIII.6.b)); El Salvador, hecho en San Salvador el 6 de junio de 1999 (art. XII); Filipinas, hecho en Manila el 9 de noviembre de 1995 (art. XIII.6.b)); Letonia, hecho en Ottawa, ON, el 26 de abril de 1995 (art. XIII.6.b)); Líbano, hecho en Ottawa el 11 de abril de 1997 (art. XIII.6.b)); Panamá, hecho en la Ciudad de Guatemala el 12 de septiembre de 1996 (art. XIII.6.b)); Rumania, hecho en Bucarest el 17 de abril de 1996 (art. XIII.6.b)); Sudáfrica, hecho en Toronto, ON, el 27 de noviembre de 1995 (art. XIII.6.b)); Tailandia, hecho en Bangkok el 17 de enero de 1997 (art. XIII.6.b)); Trinidad y Tobago, hecho en Toronto, ON, el 11 de septiembre de 1995 (art. XIII.6.b)); Ucrania, hecho en Ottawa, ON, el 24 de octubre de 1994 (art. XIII.6.b)); y Uruguay, hecho en Ottawa, ON, el 29 de octubre de 1997 (art. XII.6.b)). El APPRI Canadá-Venezuela, hecho en Caracas el 1 de julio de 1996, establece en el art. XII.6.b) un matiz, el que la sede del arbitraje deberá estar ubicada en un lugar que facilite la ejecución forzosa del laudo conforme al CNY: “The venue for any arbitration under this Article shall be such so as to ensure enforceability under the New York Convention”. Por su parte, el art. 36 del APPRI con Jordania, hecho en Ammán el 28 de junio de 2009, recoge una disposición similar a la del citado art. 15.19.1 del TLC Estados Unidos de América-Singapur y permite al tribunal arbitral la fijación de la sede bien en un Estado parte del APPRI (Canadá y Jordania) bien en cualquier tercer Estado que sea parte del CNY.

⁵³ APPRIs con Alemania, de 25 de agosto de 1998 (art. 16); Australia, de 23 de agosto de 2005 (art. 16); Austria, de 29 de junio de 1998 (art. 15); Bélgica y Luxemburgo, hecho en Ciudad de México el 27 de agosto de 1998 (art. 15); República Checa, hecho en Ciudad de México el 4 de abril de 2002 (art. 14); República de Corea, hecho en Seúl el 14 de noviembre de 2000 (art. 12); Finlandia, de 22 de febrero de 1999 (art. 14); Grecia, hecho en Ciudad de México el 30 de noviembre de 2000 (art. 14); Islandia, de 24 de junio de 2005 (art. 14); Portugal, hecho en Ciudad de México el 4 de diciembre de 2000 (art. 13); Reino Unido, hecho en Viena el 12 de mayo de 2006 (art. 15); Suecia, de 3 de octubre de 2000 (art. 10); Trinidad y Tobago, hecho en Puerto España el 3 de octubre de 2006 (art. 17); y Uruguay, hecho en Montevideo el 30 de junio de 1999 (art. 8.6 del Apéndice al Tratado). El único APPRI que guarda absoluto silencio en la materia es el APPRI con Francia, hecho en Ciudad de México el 12 de noviembre de 1998.

⁵⁴ Art. 25.5 del TLC entre Australia, Nueva Zelanda y los 10 Estados de ASEAN (Brunei, Camboya, Filipinas, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Singapur, Tailandia y Vietnam), hecho en Hua Hin el 27 de febrero de 2009. *Vid.* el texto en <http://asean.fta.govt.nz>.

⁵⁵ *Vid. infra* Apartado II.2.C).

⁵⁶ *Vid. infra* Apartado II.2.A).

arbitraje tenga lugar en un Estado parte del CNY, el tribunal arbitral no tiene más que hacer que omitir cualquier tipo de referencia ambigua a la fijación de sedes innecesarias e indicar que el laudo ha sido dictado en la sede del CIADI, en Washington, D.C., pues los Estados Unidos de América son parte del CNY⁵⁷. De este modo tan sencillo quedaría absolutamente resuelto el problema, respuesta extensible al caso A) *supra* y al caso D) *infra*.

D) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte tanto del APPRI como del CNY incluso en casos CIADI

20. En cuarto lugar, es posible que las disposiciones del APPRI a los efectos descritos exijan que la sede del arbitraje tenga lugar en el territorio de un Estado parte tanto del APPRI aplicable como del CNY, sin hacer distinciones entre los casos CIADI y “no CIADI”. El punto de partida es el art. 1130 TLCAN, muy influyente en la redacción de decenas de APPRIs y TLCs, que recoge una norma dispositiva a expensas de la voluntad de las partes:

“Salvo que las partes contendientes acuerden otra cosa, un tribunal llevará a cabo el procedimiento arbitral *en territorio de una Parte que sea parte de la Convención de Nueva York*, el cual será elegido de conformidad con:

- (a) las Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI, si el arbitraje se rige por esas reglas o por el Convenio de CIADI; o
- (b) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, si el arbitraje se rige por esas reglas” (cursivas nuestras).

Frente al modelo anterior de establecer la sede en un Estado parte sólo del CNY, la presente es una alternativa minoritaria que, como hemos visto, los Estados Unidos de América ya no siguen en su práctica actual. En cambio, sí se recoge en el art. 36 del APPRI Modelo de Canadá⁵⁸, mientras que México lo ha copiado en casi todos sus TLCs⁵⁹.

21. Es muy significativo observar la extraña redacción de la letra a), que primero se refiere al RMC en exclusiva y después incluye el CW en su ámbito de aplicación. La coletilla que introduce la mención al CIADI es sin duda contraria al art. 3 RMC, que excluye de su ámbito de aplicación todas y cada una de las normas contenidas en el CW. Cabe preguntarse entonces si, al margen de su tenor dispositivo, la norma está exigiendo verdaderamente que los arbitrajes CIADI tengan su sede también en un Estado parte del CNY⁶⁰. A nuestro entender, dada la redacción del artículo y por la referencia expresa al RMC, en estos casos los arbitrajes CIADI deberían quedar excluidos de la

⁵⁷ En el asunto *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. y Azpetrol Oil Services Group B.V. vs. Azerbaiyán* (ICSID Case No. ARB/06/15), Laudo de 8 de septiembre de 2009, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Azpetrolaward.pdf>, no se incluye ninguna referencia a cómo el tribunal arbitral cumplió con el mandato de la *Carta de la Energía* de fijar la sede del arbitraje en un Estado parte del CNY. En el laudo sólo aparecen referencias a tres audiencias del tribunal con las partes en Londres y Washington, D.C. (§§4-5 y 13) y no se cierra con la expresión “dictado en Washington, D.C.” (por ser los Estados Unidos de América parte en el CNY).

⁵⁸ *Agreement between Canada and for the Promotion and Protection of Investments*, disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>. Eso se ha traducido en su inclusión sin más en el art. 36 del APPRI con Perú de 14 de noviembre de 2006. Asimismo, puede verse en dos TLCs en los que Canadá es parte, el TLC con Chile, hecho en Santiago de Chile el 5 de diciembre de 1996 (art. G-31); y el TLC con Perú, hecho en Lima el 29 de mayo de 2008 (art. 833).

⁵⁹ TLCs con Bolivia, de 10 de septiembre de 1994 (art. 15-31); Chile, de 17 de abril de 1998 (art. 9-31); Costa Rica, hecho en Ciudad de México el 5 de abril de 1994 (art. 13-32); El Salvador, Guatemala y Honduras, hecho en Ciudad de México el 29 de junio de 2000 (art. 14-33); Nicaragua, hecho en Managua el 18 de diciembre de 1997 (art. 16-32); y Uruguay, de 15 de noviembre de 2003 (art. 13-30). Al margen del TLCAN, igualmente aparece en el art. 10.34 del TLC Chile-República de Corea, de 15 de febrero de 2003.

⁶⁰ Presuponiendo que los Estados parte en el APPRI son parte del CW, porque no es posible iniciar un procedimiento CIADI con un Estado no parte en el CW (art. 25.1 CW). En este caso sólo cabe un arbitraje bajo el RMC si al menos el Estado del que es nacional el inversor es parte en el CW (art. 2 RMC).

exigencia de fijación de la sede en un Estado parte del CNY (pero no de que la sede esté fijada en un Estado parte del APPRI), y sin perjuicio de algunos elementos positivos que se pueden deducir de esta exigencia. Se puede deducir esta interpretación si se observa sistemáticamente que la mención al “Convenio de CIADI” no es principal, sino secundaria; no figura en una hipotética letra c) a la altura del arbitraje RMC y del arbitraje bajo el Reglamento UNCITRAL, por lo que parece más una falta de precisión de los negociadores del TLCAN que una exigencia auténtica para ese tipo de arbitrajes⁶¹. De todos modos, está aún por ver cómo los tribunales arbitrales interpretan este precepto, puesto que ni Canadá ni México son Estados parte del CW, y todos los arbitrajes con base en el TLCAN hasta la fecha lo han sido bien conforme al RMC bien conforme al Reglamento UNCITRAL.

22. El art. 1130 TLCAN deja escaso margen de maniobra para la fijación de la sede, como se ha visto: o en Canadá, o en los Estados Unidos de América, o en México, pues los tres son Estados parte del CNY⁶². Por ello los arbitrajes bajo el Capítulo XI del TLCAN han dado lugar a una interesante práctica arbitral en la que se observa el derrumbe de uno de los grandes tópicos del arbitraje: la fijación de una sede neutral fuera del territorio de los Estados en los que se encuentran las partes. Los tres Estados parte del TLCAN, Canadá⁶³,

⁶¹ En los trabajos preparatorios del TLCAN se observa cómo los tres Estados parte manejaron hasta cuatro versiones distintas para este artículo. En el Documento n° 2, de 16 de enero de 1992 (disponible en <http://www.naftaclaims.com/Papers/02-January161992.pdf>), el entonces proyecto de art. XX07.5 salvaba los arbitrajes CIADI de la exigencia de fijar la sede en un Estado parte del CNY (modelo del art. VI.5 del APPRI Estados Unidos de América-Ecuador). En el Documento n° 8, de 1 de mayo de 1992 (disponible en <http://www.naftaclaims.com/Papers/08-May011992.pdf>), el proyecto de art. XX07.7 exigía que todos los arbitrajes tuvieran lugar en un Estado parte del CNY (modelo del art. 26.5.b) de la *Carta de la Energía*). Ya en el Documento n° 9, de 13 de mayo de 1992 (disponible en <http://www.naftaclaims.com/Papers/09-May131992.pdf>), el proyecto de art. XX07.7 exigía la coincidencia de la sede de todos los arbitrajes en un Estado parte del TLCAN y parte del CNY. Y en el Documento n° 16, de 4 de agosto de 1992 (disponible en <http://www.naftaclaims.com/Papers/16-August041992.pdf>), el proyecto de art. 2124.4 incluye *mutatis mutandis* la redacción actual del precepto con la coetilla del Convenio CIADI en casos de arbitraje bajo el RMC sin ninguna explicación.

⁶² H. C. ALVAREZ, *Op. cit.*, p. 418.

⁶³ 1) *Ethyl vs. Canadá*: la demandante (estadounidense) proponía Nueva York, NY; Canadá, bien Ottawa, ON, bien Toronto, ON. El tribunal arbitral emitió una *Decisión sobre la sede del arbitraje*, hecha en Nueva York el 28 de noviembre de 1997 (disponible en <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/EthylCorp/EthylCorpAwardOnPlaceOfArbitration.pdf>), en la que fijó la sede en Toronto, ON (p. 10). Teniendo en cuenta el art. 1130 TLCAN y el art. 16 del Reglamento UNCITRAL, en primer lugar descartó que la sede fuera México (el tercer Estado parte del TLCAN); ante la elección de Canadá o los Estados Unidos de América (Estados con normativas arbitrales adecuadas y parte en el CNY), optó por Toronto siguiendo el §22 de las Notas de UNCITRAL para la Organización de Procedimientos Arbitrales (citadas después en prácticamente todos los casos), dada la cercanía al objeto del asunto y a la proximidad a las pruebas, y por considerar que Toronto sería percibida como más “neutral” que Ottawa.

2) *UPS vs. Canadá*: mediante Decisión de 17 de octubre de 2001 (disponible en <http://naftaclaims.com/Disputes/Canada/UPS/UPSOrderOnPlace.pdf>) el tribunal arbitral fijó la sede en Washington, D.C. (§19): la demandante (estadounidense) la había propuesto junto a Boston, MA y San Francisco, CA, mientras que Canadá propuso Ottawa, ON; Toronto, ON; Montreal, QU; y Vancúver, BC (§1). El tribunal arbitral, teniendo igualmente en cuenta el art. 1130 TLCAN y el art. 16 del Reglamento UNCITRAL y una multitud de factores sobre transporte y conveniencia, recordó que el CIADI iba a actuar como administradora del procedimiento y en sus oficinas tendrían lugar las audiencias

3) *Pope & Talbot vs. Canadá*: el procedimiento arbitral tenía su sede en Montreal, QU, y, dado que Canadá había instado la nulidad de varios laudos NAFTA dictados contra ella con sede en el mismo Canadá, el inversor pidió el traslado de la sede a Washington, D.C.. Mediante Decisión de 14 de marzo de 2002 (disponible en http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/Pope/Pope-Situs_Change-14-03-02.pdf) el tribunal arbitral lo rechazó por improcedente además de que el procedimiento iba demasiado avanzado como para cambiar la sede de modo efectivo (pareciendo decir el cambio “físico” de la sede cuando la modificación de la misma es estrictamente nominal).

4) *Merrill & Ring Forestry vs. Canadá*: mediante Decisión de 13 de diciembre de 2007 (disponible en http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/Merrill/Merrill_Ring-Canada-Decision%20on%20Place%20of%20Arbitration.pdf), el tribunal arbitral fijó Washington, D.C., de acuerdo con la demandante estadounidense frente a la pretensión canadiense de Ottawa, ON, o Vancúver, BC. El tribunal dio especial énfasis en las cuestiones de trans-

los Estados Unidos de América⁶⁴ y México⁶⁵, han tenido que afrontar varios casos de fijaciones contenciosas de la sede del procedimiento conforme al RMC y al Reglamento UNCITRAL y los resultados dan lugar a conclusiones muy claras.

Una de ellas es la determinación de la sede dentro del territorio del Estado parte en la controversia⁶⁶. Al margen de interpretaciones más o menos alambicadas de disposiciones del Reglamento UNCITRAL, esto ha sucedido bien porque el Estado parte así lo ha exigido de manera expresa, especialmente el Gobierno estadounidense; bien porque las partes en la disputa se negaron a fijar la sede en el tercer Estado (ninguna de ellas ha tenido lugar en México)⁶⁷, que habría sido

porte y costes hasta llegar a la sede.

⁶⁴ 1) *Methanex vs. Estados Unidos de América*: mediante Decisión de 31 de diciembre de 2000 (disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/6038.pdf>), el tribunal fijó Washington, D.C., de acuerdo con la demandada frente a la propuesta de Toronto, ON, especialmente por razones logísticas, y descartando, por falta de “neutralidad” en el caso, California, la Columbia Británica y Texas.

2) *ADF Group vs. Estados Unidos de América* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/1): mediante la Orden Procesal nº 2, de 11 de julio de 2001 (disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/5965.pdf>), el tribunal fijó Washington, D.C., de acuerdo con la demandada frente a la propuesta de Montreal, QU, dando especial importancia a la ley procesal de la sede del arbitraje.

3) *Canfor Corp. vs. Estados Unidos de América*: mediante Decisión de 23 de enero de 2004 (disponible en <http://www.naftaclaims.com/Disputes/USA/Canfor/Canfor%20-%20Decision%20on%20Timing%20and%20Place%20of%20Arbitration.pdf>), el tribunal acordó Washington, D.C., haciendo valer la petición de la demandada, frente a la propuesta de Toronto, ON, y Vancúver, BC. Llegó a este fallo valorando todo tipo de argumentos (desde costes a proximidad con el lugar de obtención de pruebas). Las partes estaban de acuerdo en que no querían México como sede.

⁶⁵ 1) *Marvin Roy Feldman Karpa vs México* (ICSID Case No. ARB (AF)/99/1): mediante la Orden Procesal nº 1, de 3 de abril de 2000 (disponible en <http://naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Feldman/FeldmanProceduralOrder1.pdf>), el Presidente del tribunal fijó la sede en Ottawa, ON, frente a las respectivas pretensiones de las partes a favor de Washington, D.C., y Ciudad de México, por apreciarla más “neutral” (§4), y siempre de acuerdo con los arts. 1130 TLCAN y 20-21 RA-RMC.

2) *Waste Management (II) vs. México* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/03): mediante Decisión de 26 de septiembre de 2001 (disponible en <http://naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Waste/WasteDecisionPlace.pdf>), el tribunal fijó Washington, D.C., como pedía el demandante, frente a la petición mexicana de una ciudad de Canadá, igualmente de acuerdo con los arts. 1130 TLCAN y 20-21 RA-RMC. En cuanto a la “neutralidad”, el tribunal apreció que una cosa es la figura de los Estados Unidos de América como parte del TLCAN y otra la labor de sus tribunales estatales (§22).

⁶⁶ Sobre la competencia entre Washington, D.C., y algunas ciudades canadienses para ser sede de los arbitrajes con base en el TLCAN, *vid.* las interesantes reflexiones de M. E. SCHNABL/T. G. NELSON, “Nothing Left To Chance: *Thunderbird v. Mexico* And The Power Of a Domestic U.S. Court To Review A NAFTA Investment Arbitration Award”, *Mealey’s International Arbitration Report*, Vol. 22, No. 3, March 2007, pp. 1-13, pp. 3-4.

⁶⁷ En contra de lo habitualmente creído para el arbitraje comercial internacional y para el resto de arbitrajes de inversiones no TLCAN. Para ello han dado argumentos más o menos convincentes sobre la neutralidad de los tribunales estatales de la sede (lo que, por otro lado, es asumible que sea cierto en el caso de Canadá y los Estados Unidos de América). Asimismo, en estos casos bajo el TLCAN no han considerado nunca seriamente establecer la sede en territorio de México, lo cual debe ser apreciado como un indisimulado desprecio hacia el tercer socio del Tratado, puesto que los mismos Canadá y los Estados Unidos de América así lo acordaban con sus contrapartes en los procedimientos arbitrales en que figuraron como demandados. Es por esto, por último, que siempre los Estados Unidos de América han conseguido que los arbitrajes en que son demandados tengan su sede en Washington, D.C., escudándose en que el CIADI va a servir como lugar de reunión del tribunal con las partes (sin perjuicio del probable miedo reverencial profesado por el tribunal arbitral). En suma, la elección de excelentes ciudades modernas como sede de un arbitraje, en Estados sumamente democráticos, ha sido a veces un mero ejercicio de esnobismo sin ninguna necesidad de complejos revestimientos jurídicos. *Vid.* algunos comentarios a estas disposiciones en H. C. ALVAREZ, *Op. cit.*, pp. 421-422; R. DOAK BISHOP/W. W. RUSSELL, “Survey of Arbitration Awards Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 19, No. 6, 2002, pp. 505-579, pp. 523-527.

apreciada como neutral aunque en el caso del TLCAN nunca se puede decir que el Estado parte del mismo que no está afectado por el procedimiento arbitral sea del todo neutral⁶⁸.

Y otra conclusión es que se ha procedido a la elección de la sede tomando en consideración algunos elementos ajenos a la verdadera naturaleza ficticia del concepto de sede del arbitraje⁶⁹, lo cual a veces puede aportar complicaciones⁷⁰.

23. Desde el punto de vista de la eliminación de los efectos de la reserva de reciprocidad, sin embargo, este modelo es idéntico al de los casos B) y C), por lo que resulta también satisfactorio⁷¹. Además, comparte con C) una estratégica referencia al arbitraje CIADI que puede ayudar a la ejecución del laudo en un Estado parte del CNY que no sea parte del CW⁷².

E) Ausencia de previsión expresa

24. Por último, es posible que el APPRI o TLC no diga absolutamente nada al respecto de la reserva comercial. En el caso de España, es público y notorio que los numerosos APPRIs en los que es parte no prestan la suficiente atención a la regulación del procedimiento arbitral y se remiten sin más a las normas de procedimiento correspondientes (CIADI, Reglamento UNCITRAL, Reglamento CCI, Reglamento del AISCC de Estocolmo, etc.). La causa es que España no sigue en su política negociadora un modelo de APPRI lo suficientemente elaborado ni parece excesivamente preocupada por que el laudo arbitral logrado por el inversor, sobre todo el inversor español, sea efectivamente ejecutado. Es cierto que España no ha ejercido la reserva de reciprocidad y que el CNY es aplicable *erga omnes*, pero esto sólo tiene sentido para el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en España (sea contra el inversor, contra España o contra un tercer Estado), no en los demás Estados parte del CNY.

La falta de disposiciones al respecto es tan elocuente que ni siquiera encontramos una referencia parecida a la del art. 1130 TLCAN (sede en Estado parte del APPRI y del CNY) o al art. 28.1 del APPRI Modelo estadounidense (sede en Estado parte del CNY) en el nuevo y excepcional APPRI España-México de 2006, a pesar de que México es Estado parte en el TLCAN y todo el APPRI en sí rezuma evidentes influencias de la práctica convencional mexicana y estadounidense⁷³.

⁶⁸ Recuérdese que el art. 1128 TLCAN permite al tercer Estado parte del Tratado, incluso al Estado de la nacionalidad del inversor, intervenir en el procedimiento arbitral para aportar su punto de vista al respecto de la interpretación de las disposiciones del Tratado.

⁶⁹ Es necesario tener en cuenta que casi siempre los tribunales han confundido –voluntaria o involuntariamente– la “sede” con el “lugar de audiencias” (bien visto en el asunto *Canfor vs. Estados Unidos de América*, cit., §22). Es pertinente recordar que los árbitros sólo tienen que preocuparse de encontrar avión y hotel en el lugar de las audiencias, no en el de la sede (como erróneamente se hizo en el asunto *Merrill & Ring vs. Canadá*, cit., §§29-30), puesto que a este último lugar sólo acudirán las partes si una de ellas decide instar la anulación del laudo, una vez acabado el trabajo de los árbitros.

⁷⁰ En estos casos sí tiene incidencia directa la ley del Estado en que el arbitraje tenga su sede por ejemplo en cuanto a la adopción de las medidas cautelares. Además, frente a la práctica habitual en arbitrajes bajo el CW, el hecho de que en una orden o laudo arbitral sobre medidas cautelares figure la mención a una ciudad distinta a la de la sede oficial del arbitraje pueda producir que a efectos del CNY el laudo y la orden vivan caminos jurídicos distintos. En el asunto *Marvin Roy Feldman Karpa vs. México*, Orden Procesal nº 2, de 3 de mayo de 2000, disponible en <http://naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Feldman/FeldmanProceduralOrder2.pdf>, el tribunal arbitral rechazó una solicitud de medidas cautelares. La orden fue firmada en Atenas (Grecia) –lugar de residencia del Presidente del tribunal– aun cuando la sede del arbitraje había sido fijada en Ottawa (Canadá). Si la solicitud hubiera sido admitida y la orden hubiera necesitado de ejecución forzosa, a efectos del CNY es posible que se la hubiera tratado como un laudo dictado en Grecia frente al laudo arbitral dictado en Canadá. Y ello habría sido un problema, pues Grecia es parte en el CNY pero no en el TLCAN, y la sede en estos arbitrajes debe estar en un Estado parte en ambos Tratados.

⁷¹ Destaquemos el comentario favorable de L. OJEDA/C. AZAR, “Dispute Settlement. Regional Approaches. 6.1. NAFTA”, *Curso sobre la solución de diferencias*, UNCTAD, disponible en http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add24_en.pdf, p. 30.

⁷² *Vid. infra* Apartado II.2.C).

⁷³ Para F. J. PASCUAL VIVES, “Nuevas manifestaciones...”, cit., pp. 696, 698, 700, las influencias sobre dicho APPRI son más bien de la jurisprudencia arbitral emanada contra México y de la falta de ratificación de México del CW.

25. La posición negociadora española en los APPRI, por tanto, no ha estado atenta a los desarrollos comparados de otros Estados emisores de inversiones y concienciados de que las disposiciones sobre arbitraje recogidas en los APPRI y TLCs deben ser lo más completas posibles. Así, un laudo arbitral logrado por un inversor español se ve *in abstracto* menos protegido que aquél logrado por un inversor nacional de un Estado que sea parte en APPRI más sofisticados. Pero España no es el único caso, puesto que la gran mayoría de Estados parte en algún APPRI no se ha preocupado en absoluto de esta cuestión⁷⁴. Sucede sobre todo entre los grandes Estados europeos⁷⁵ considerados como emisores de inversiones, que son parte en centenares de APPRI que en ocasiones sólo se refieren al arbitraje CIADI y en el caso de los más antiguos ni siquiera recogen una cláusula de soluciones de controversias inversor-Estado⁷⁶. Incluso algunos Estados que deberían ser conscientes de que han de proteger convenientemente a sus inversores manejan en la actualidad APPRI Modelo con grandísimas carencias⁷⁷, a pesar de ser conscientes de lo que están haciendo⁷⁸, y que no tienen en cuenta de ningún modo el problema que nosotros estudiamos en este trabajo. Por ello han de ser los tribunales arbitrales, de acuerdo con

⁷⁴ Ya vimos que algunos APPRI antiguos celebrados por los Estados Unidos de América guardan silencio al respecto. Por parte de Canadá, añadiremos los APPRI con Argentina, hecho en Toronto, ON, el 5 de noviembre de 1991; Checoslovaquia –ahora tanto con la República Checa como Eslovaquia–, hecho en Praga el 15 de noviembre de 1990; Hungría, hecho en Ottawa, ON, el 3 de octubre de 1991; Polonia, hecho en Varsovia el 6 de abril de 1990; y Rusia, hecho en Moscú el 20 de noviembre de 1989; todos ellos muy antiguos y previos al art. 1130 TLCAN.

⁷⁵ En el panorama latinoamericano, tampoco dicen nada al respecto ni el *Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR*, hecho en Colonia del Sacramento el 17 de enero de 1994; ni el *Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no parte de MERCOSUR*, hecho en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994. Y en el marco de ASEAN, tampoco dice nada el *ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, hecho en Manila el 15 de diciembre de 1987.

⁷⁶ Alemania es parte en 134 APPRI pero solamente uno contiene disposiciones para vencer esta reserva, el APPRI con México cit. (art. 16); mientras que los APPRI con Polonia, hecho en Varsovia el 10 de noviembre de 1989, y con la U.R.S.S., hecho en Bonn el 13 de junio de 1989, se remiten de plano al CNY a los efectos del reconocimiento y ejecución del laudo (arts. 10.4 de ambos). Suiza es parte en 115 APPRI pero solamente uno contiene disposiciones para vencer esta reserva, el APPRI con Kuwait, hecho en Kuwait el 31 de octubre de 1998 (art. 10.6.b), conforme al modelo de sede en Estado parte del CNY incluidos los arbitrajes CIADI). Reino Unido es parte en 102 APPRI y sólo se recoge una disposición a estos efectos en el art. 15 del APPRI con México cit.. Y los Países Bajos y Francia son parte, respectivamente, en 97 y 96 APPRI y ninguno de ellos recoge una disposición al efecto.

⁷⁷ El APPRI Modelo de China de 2003, *Agreement Between the Government of the People's Republic of China and [...] on the Promotion and Protection of Investments*, sólo hace referencia al arbitraje CIADI (art. 9.2.b)). El APPRI Modelo de Francia de 2006, *Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de [...] sur l'Encouragement et la Protection Réciproques des Investissements*, sólo hace referencia al arbitraje CIADI (art. 8). El APPRI Modelo de Alemania de 2005, *Treaty between the Federal Republic of Germany and [...] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, prevé en su art. 11 dos alternativas de cláusula de solución de controversias inversor-Estado pero remiten al final al arbitraje CIADI. El APPRI Modelo de Países Bajos, *Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between [...] and the Kingdom of the Netherlands*, sólo hace referencia al arbitraje CIADI (art. 9). Y el APPRI Modelo de Reino Unido de 2005, *Draft Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of [...] for the Promotion and Protection of Investments*, prevé en el art. 8.2 el arbitraje CIADI, incluido el RMC; el arbitraje CCI y un arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento UNCITRAL, pero no hace mención alguna al CNY. Los textos de los APPRI Modelo pueden verse en R. DOLZER/C. SCHREUER, *Op. cit.*, pp. 352-359 (China); 360-367 (Francia); 368-375 (Alemania); y 376-384 (Reino Unido); así como en C. McLACHLAN/L. SHORE/M. WEINIGER, *Op. cit.*, pp. 423-426 (Países Bajos).

⁷⁸ Noruega presentó el 19 de diciembre de 2007 su borrador de APPRI Modelo, *Agreement Between the Kingdom of Norway and for the Promotion and Protection of Investments*, disponible en <http://www.regjeringen.no/upload/NHD/Vedlegg/hoeringer/Utkast%20til%20modellavtale2.doc>. En su art. 15.3 sólo prevé el arbitraje CIADI en la cláusula de solución de controversias inversor-Estado, con lo que en principio no hace falta ninguna referencia al CNY; pero esta necesidad aflora al plantearse una mención al RMC. Además, en el informe complementario del APPRI, *Comments on the Model for Future Investment Agreements*, disponible en [http://www.regjeringen.no/upload/NHD/Vedlegg/hoeringer/2008/Forklarende%20vedlegg%20\(engelsk\)%20-%20final.doc](http://www.regjeringen.no/upload/NHD/Vedlegg/hoeringer/2008/Forklarende%20vedlegg%20(engelsk)%20-%20final.doc), pp. 34-35, reconoce que un laudo dictado bajo el RMC no se beneficia de un reconocimiento tan eficaz como un laudo CIADI, por lo que se requiere someterlo al régimen del CNY.

las partes, los que se encarguen de fijar cuidadosamente la sede del arbitraje en Estados parte del CNY⁷⁹, sin perjuicio del deber que tienen de cuidar la adecuada mención de la misma en los casos en que sea necesario⁸⁰. Y si, por ejemplo, el Estado receptor de la inversión se niega a ello, puede que la institución administradora del procedimiento arbitral fije en todo caso esa sede en un Estado parte del CNY⁸¹.

2. Arbitraje CIADI: inexistencia del concepto de sede del arbitraje

26. En contraposición con la normativa del arbitraje comercial internacional extendida al arbitraje de inversiones, el régimen jurídico del CIADI es autosuficiente y no necesita de complementos externos, incluidos los tribunales estatales⁸². La ley aplicable al procedimiento arbitral en un arbitraje CIADI está sometida al Convenio de Washington, es decir, un tratado internacional⁸³. Por ello, frente a la lógica de DIPr. vista *supra* que regula el arbitraje comercial internacional también extendida al arbitraje de inversiones, bajo el CW nada

⁷⁹ *Romak S.A. vs. Uzbekistán*, Laudo dictado en París el 26 de noviembre de 2009, disponible en <http://www.pca-cpa.org/upload/files/ROMAK-UZBEKISTAN%20Award%2026%20November2009.pdf>, §81. Una vez que el tribunal arbitral fue nombrado conforme al Reglamento UNCITRAL el tribunal y las partes firmaron unos *Terms of Appointments* (acta de misión) en los que fijaron la sede en París y en donde efectivamente tuvo lugar la audiencia con las partes. El art. 9 del APPRI Suiza-Uzbekistán, hecho en Tashkent el 16 de abril de 1993, no contiene ninguna mención a la fijación concreta de la sede del arbitraje ni a los efectos de las reservas del CNY sobre el laudo.

⁸⁰ En el asunto *Cementownia "Nowa Huta" S.A. vs. Turquía* (ICSID Case No. ARB(AF)/06/2), Laudo de 17 de septiembre de 2009, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/CementowniaAward.pdf>, el tribunal arbitral estaba obligado a fijar la sede del arbitraje en un Estado parte del CNY tanto por la exigencia del art. 26.5.b) de la *Carta de la Energía* como del art. 19 RA-RMC. Sin embargo, en el laudo no figura ninguna mención expresa a la sede; sólo hay tres referencias a sendas audiencias celebradas en París (§§32, 49 y 86) y a que en la primera el tribunal fijó la sede del arbitraje en algún lugar del mundo. Cabe, por tanto, dudar de si la sede fue fijada en París o en Washington, D.C., al ser el CIADI la institución administradora, por más que Francia y los Estados Unidos de América son parte en el CNY. Un indicio a favor de París viene dado por un caso paralelo, *Europe Cement Investment & Trade S.A. vs. Turquía* (ICSID Case No. ARB(AF)/07/2), Laudo de 13 de agosto de 2009, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/EuropeCementAward.PDF>, en el que el tribunal arbitral fijó la sede en París (§12) aunque al final no lo dató en ninguna ciudad; a pesar de que los árbitros eran distintos, en ambos procedimientos coincidían la secretaria de los tribunales, los abogados de las partes, la celebración de todas las audiencias en París y las argumentaciones de competencia y fondo.

⁸¹ Como suele hacer la Corte de la CCI. *Vid.* E. SILVA ROMERO, "América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales. La experiencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI", *DeCITA*, n° 2, 2004, pp. 217-230.

⁸² Salvo en materia de medidas cautelares. El art. 47 CW se completa con la Regla 39.6 de las Reglas de Arbitraje, si bien es necesario que las partes hayan pactado expresamente en el convenio arbitral que cualquiera de ellas pueda pedir una medida cautelar a un tribunal estatal.

⁸³ Del mismo modo hay que decir que la cuestión de la sede del arbitraje no sólo no tiene relevancia de cara a las cuestiones procesales sino tampoco de cara a las sustantivas. El art. 42.1 CW es una disposición que no remite nunca a la *lex situs arbitri* para la determinación de la ley aplicable al fondo, como manifestó tempranamente, entre los comentaristas del arbitraje CIADI, G. R. DELAUME, "La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États", *JDI*, 1966, pp. 26-49, p. 48. Para ver las diferencias entre ley aplicable al fondo, ley aplicable al convenio arbitral y ley aplicable al procedimiento arbitral en el CIADI *vid.* C. McLACHLAN/L. SHORE/M. WEINIGER, *Op. cit.*, p. 60.

importa la “sede” del arbitraje⁸⁴; a pesar de alguna postura doctrinal ambigua⁸⁵ y de una a veces imprecisa jurisprudencia arbitral tanto antigua⁸⁶ como reciente⁸⁷.

A) Establecimiento del lugar del arbitraje a efectos de comodidad

27. De los arts. 62-63 CW y de la Regla 13.3 RA se desprende claramente que las partes pueden pactar⁸⁸ que el tribunal arbitral CIADI tenga su “sede”, entendida como lugar de reuniones entre el tribunal y las partes, en cualquiera de los siguientes lugares:

⁸⁴ Merece la pena detenerse en el examen de los comentarios realizados por la más significativa doctrina sobre esta cuestión. P. BERNARDINI, “Le prime esperienze arbitrali del Centro Internazionale per il Regolamento delle Controversie relative ad Investimenti”, *RDIPP*, Anno XVII, n° 1, 1981, pp. 29-40, p. 33, escribe: “nessuna influenza spiegano sul corso della procedura le norme dettate in materia dall’ordinamento giuridico dello Stato della « sede » dell’arbitrato, ivi incluse le norme imperative di tale ordinamento”. A. BROCHES, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, *R. des C.*, vol. 136, 1972, pp. 331-410, p. 385, indica que “the Convention, being a treaty, constitutes the *loi de l’arbitrage* and as such excludes the applicability of any national *lex fori*, except where the Convention itself refers to it”. G. R. DELAUME, “Le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)”, *JDI*, 1982, pp. 775-843, p. 809, afirma que “dans le cadre de la Convention CIRDI et des règlements adoptés pour sa mise en oeuvre, les procédures ont un caractère autonome en ce sens qu’elles sont indépendantes de tout droit national, y compris celui du siège de l’arbitrage”. E. GAILLARD, “Quelques observations sur la rédaction des clauses d’arbitrage CIRDI”, *Revue de Droit des Pays d’Afrique*, 97^e année, n° 794, mai à septembre 1987, pp. 291-303, p. 294, asegura que “dans le système d’arbitrage CIRDI, le lieu où doit se dérouler l’instance arbitrale n’a rigoureusement aucune conséquence juridique [...] Le choix du siège de l’arbitrage n’a donc pas l’importance cruciale qu’il présente dans toutes les autres formes d’arbitrage”. P. LALIVE, “Problèmes relatifs à l’arbitrage international commercial”, *R. des C.*, vol. 120, 1967-I, pp. 569-714, pp. 658-659, define tempranamente el CW de la siguiente manera: “Cette convention tranche une série de difficultés du genre de celles qui viennent d’être évoquées, en créant un système de procédure largement autonome, soustrait à l’emprise de toute loi locale d’une façon efficace, puisque c’est un traité international qui oblige cette fois les États de s’abstenir d’imposer leur loi de procédure aux arbitrages relatifs à des questions d’investissements internationaux”. L. REED/J. PAULSSON/N. BLACKABY, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2004, p. 8: “the ICSID Convention provides that the arbitration law of the place of arbitration, wherever it may be, has no impact whatsoever on the proceedings. The ICSID process is entirely self-contained and hence delocalized”. J. A. VIVES CHILLIDA, *Op. cit.*, pp. 38-39, escribe que “en el marco del Convenio es nula la incidencia del derecho del Estado donde tenga su sede el arbitraje del CIADI”.

⁸⁵ Cierta controversia surge de la obra de C. H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.*, p. 1244, quienes aseguran, a pesar de entroncar con el grueso de comentaristas citados anteriormente, que “the place of arbitration under the ICSID Convention has *little* legal relevance” (cursiva nuestra). Por ello, recomiendan en p. 1245 que los procedimientos arbitrales se sigan en el territorio de Estados Contratantes del Convenio para evitar la injerencia de los tribunales estatales ex art. 26 CW.

⁸⁶ En la práctica CIADI podemos encontrar casos antiguos como el asunto *Southern Pacific Properties (SPP) Middle East Ltd. vs. Egipto*, Laudo cit., §8, en el que impropriadamente se asegura que “...the seat of the arbitration would be Washington”; o el asunto *LETCO vs. Liberia* (ICSID Case No. ARB/83/2), Laudo de 31 de marzo de 1986, *ICSID Reports*, Vol. 2, 1994, pp. 346-380, p. 348, en el que el tribunal arbitral preguntó a las partes sobre su “desired *situs* for the arbitration as provided for in Article 63 of the ICSID Convention” (cursiva original).

⁸⁷ Igualmente se puede citar el más reciente asunto *Ioan Micula y otros vs. Rumania* (ICSID Case No. ARB/05/20), Decisión sobre Competencia y Admisibilidad, 24 de septiembre de 2008, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Miculav.RomaniaJurisdiction.pdf>, en el que el tribunal abierta pero impropriadamente habló de *sede* del arbitraje: “It was also decided that the language of the proceedings would be English, and that the place of arbitration would be Paris, France” (§13).

⁸⁸ Puede darse el caso de que las partes fijen en el convenio arbitral la futura “sede” del procedimiento arbitral más bien como lugar de reunión entre el tribunal y las partes, como en el asunto *RSM Production Corporation vs. Granada*, Laudo cit., §12 (Londres).

- a) bien en las dependencias (oficinas) del CIADI⁸⁹ en la ciudad de Washington, D.C.⁹⁰;
- b) bien en las dependencias de la *Corte Permanente de Arbitraje* (CPA) en La Haya⁹¹;
- c) bien en las de cualquier otra institución apropiada, pública o privada, con la que el CIADI haya firmado un acuerdo a tal efecto⁹²;
- d) bien en cualquier otro lugar que el tribunal arbitral apruebe previa consulta al Secretario General⁹³, incluido el territorio del Estado parte en la controversia⁹⁴.

⁸⁹ En el asunto *Compañía de Desarrollo de Santa Elena vs. Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/96/1), Laudo enviado a las partes el 17 de febrero de 2000, *ICSID Review – FILJ*, Vol. 15, No. 1, 2000, pp. 169-204, el tribunal arbitral no puso especial celo en determinar cuál sería la “sede” del procedimiento por cuanto resultaba irrelevante, así que lo hizo atendiendo exclusivamente criterios de comodidad práctica: “Among the procedural and other matters addressed at the First Session of the Tribunal, it was confirmed that the language of the proceedings would be English and that the place of the proceedings would be Washington, D.C., the seat of the Centre” (Laudo, §9).

⁹⁰ Es práctica habitual que cuando se inicia el procedimiento arbitral a instancias de un inversor el Secretario General del CIADI notifica la solicitud de arbitraje al Estado correspondiente a través de la Embajada de ese Estado acreditada ante el Gobierno de los Estados Unidos de América en Washington, D.C., aunque no lo digan expresamente así las Reglas 5 y 7 de las Reglas de Iniciación. Últimamente, en los TLC en los que los Estados Unidos de América son parte se incluye un Anexo al Capítulo sobre inversiones en el que se detalla la dirección a la que deben ser remitidas las notificaciones derivadas del procedimiento arbitral de inversiones; en ellas los Estados contraparte ofrecen direcciones ministeriales en sus propios Estados, obviando sus respectivas Embajadas en Washington, D.C.

⁹¹ En este caso, de nuevo, sería irrelevante tanto la normativa propia de la CPA como la de los Países Bajos. Por su parte, la propia CPA en el art. 16.1 de sus *Optional Rules* ha establecido que, a falta de acuerdo entre las partes, la sede de sus arbitrajes tendrá lugar en La Haya (con lo que el laudo arbitral sí será considerado como dictado en los Países Bajos).

⁹² Hasta la fecha el CIADI (de acuerdo con su página web) ha celebrado acuerdos con los siguientes Centros: *Australian Commercial Disputes Centre*, en Sydney (Australia); *Australian Centre for International Commercial Arbitration*, en Melbourne (Australia); *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*, en Frankfurt am Main (Alemania); *Gulf Cooperation Council Commercial Arbitration Center* en Manama (Bahrein); los *Regional Arbitration Centres for Commercial Arbitration del Asian-African Legal Consultative Committee* en El Cairo (Egipto), Lagos (Nigeria) y Kuala Lumpur (Malasia); y *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)*, en Singapur. *Vid.*, más detalladamente, G. R. DELAUME, “Le Centre...”, cit., pp. 809-811 y 822; y C. H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.*, pp. 1250-1257.

⁹³ Podemos decir que en general las “sedes” más frecuentes de los arbitrajes suelen ser el propio CIADI en Washington, D.C., la sede del Banco Mundial en París (*Avenue d’Iéna*) y de la CPA en La Haya. Sin ánimo de exhaustividad, también ha habido sesiones de los tribunales arbitrales en Auckland, Bridgetown (Barbados), Bergisch-Gladbach (Alemania), Buenos Aires, Copenhague, Ferney-Voltaire (Francia), Frankfurt am Main, Ginebra, Londres, Nueva York, Oxford, Roma, Santiago de Chile, Singapur, Sydney, Viena y Zurich. Con suma lógica, para L. REED/J. PAULSSON/N. BLACKABY, *Op. cit.*, p. 31, “a shift of physical location from Washington, DC, to another venue has no legal effect on the arbitration proceedings”.

⁹⁴ Dos casos contra Ecuador han vuelto a traer a colación el problema de la sede del arbitraje CIADI cuando existe en el contrato subyacente una disposición distinta y cómo el tribunal arbitral procura argumentar a favor de celebrar las audiencias (impropiamente hablan de “sede”) fuera del territorio del Estado receptor de la inversión.

1) En el asunto *City Oriente vs. Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/21), Decisión sobre medidas cautelares de 19 de noviembre de 2007, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/CityOrient-ProvisionalMeasures-EN.pdf>, §§74-79, el tribunal no acertó a recalcar que la sede del arbitraje era irrelevante a los efectos de convocar a las partes a una audiencia para las medidas cautelares en Washington, D.C., y no en Quito a pesar de que así se había pactado en el contrato de participación petrolera. En su posterior Decisión de 13 de mayo de 2008, disponible en www.investmentclaims.com, con mejor criterio el tribunal arbitral recogió la invitación hecha a las partes a expresar sus argumentos sobre la fijación de la sede en una de las dos ciudades; a pesar del tenor literal del contrato, el tribunal arbitral se aferró al art. 63.b) CW que requiere elevar una consulta al Secretario General del CIADI y a la aprobación del propio tribunal para poder fijar una “sede” distinta a Washington, D.C. (§§108-120, esp. §§115-118).

2) Por su parte, en el asunto *Noble Energy Inc. y MachalaPower Cia. Ltd. vs. Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad* (ICSID Case No. ARB/05/12), Decisión sobre jurisdicción de 5 de marzo de 2008, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Noblev.EcuadorJurisdictionsp.pdf>, el tribunal resolvió la cuestión de un modo más afortunado: dado que debía resolver la controversia conforme al APPRI Estados Unidos de América-Ecuador y a dos contratos, el tribunal unió ambas controversias a su competencia y optó por hacer prevalecer la fijación de la “sede” en Washington, DC, a los efectos del APPRI y con el acuerdo de las partes principales, por más que

Y todo ello sin perjuicio de la práctica habitual de los tribunales arbitrales de datar los laudos como “dado en Washington, D.C.”, sede del CIADI, con independencia de lo que haya sucedido en el caso concreto desde el punto de vista de los arts. 62-63 CW citados y copiando lo que en su contexto exigen con propiedad otros reglamentos arbitrales y las legislaciones internas en el arbitraje comercial internacional.

28. Puesto que no hay “sede”, en un arbitraje CIADI los tres problemas que se resuelven en el arbitraje comercial internacional con la fijación de la sede se afrontan de otro modo:

Primero, la determinación de la ley aplicable al procedimiento. No es correcto en un arbitraje CIADI alegar u oponer de modo concurrente la ley interna del Estado en el que tiene lugar el procedimiento arbitral (*lex arbitri* igual a *lex fori*). En este sentido no es aplicable la norma de conflicto incluida en el art. V.1.d) CNY sobre la ley aplicable al procedimiento arbitral, sino el art. 44 CW, como veremos a continuación.

Segundo, la determinación del tribunal competente para resolver la acción de anulación del laudo. El art. 52 CW determina que ésta será resuelta por un tribunal *arbitral* distinto al que conoció del caso y que recibe el nombre de “Comisión *ad hoc*”; y no por un tribunal *estatal*, sea de la sede del arbitraje o uno elegido libremente por las partes.

Tercero, el reconocimiento del laudo arbitral CIADI no se somete a las condiciones de obtención del *exequatur* del CNY sino a unas normas especiales determinadas en los arts. 53-54 CW que permiten hablar de ausencia de *exequatur*. No obstante, es preciso recalcar que estas normas especiales sólo son aplicables en los Estados parte del CW y de cara a la ejecución de obligaciones pecuniarias (art. 54.1 CW); por lo que en los Estados parte sólo del CNY, o en caso de ejecución de obligaciones no pecuniarias, un laudo CIADI debe someterse a lo dispuesto por los arts. IV-V CNY.

B) El CW como *lex arbitri*

29. Así las cosas, la *lex arbitri* en un procedimiento bajo el CW nunca será la *lex fori* o ley de la “sede” del arbitraje, sino una norma de DIP. En concreto, la Sección 3ª del Capítulo IV del CW, que tiene carácter imperativo sin que las partes puedan derogarla en ningún caso; y, salvo acuerdo en contrario, las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje (art. 44 CW)⁹⁵.

en uno de los contratos se estableciera Quito como “sede” y en su defecto la “Corte Permanente de arbitraje del CIADI” (sic). Hecho esto (§§221-227), el tribunal hizo una pertinente matización: “En consecuencia el Tribunal considera que existen razones válidas por las cuales el arbitraje no puede tener lugar en Quito, y por lo tanto confirma la selección de Washington, D.C., como el lugar del arbitraje. Dicho esto, el Tribunal añade que a diferencia de otros tipos de arbitraje, el lugar del arbitraje en los procedimientos del CIADI, no entraña consecuencias jurídicas, ya que el sistema del CIADI es autocontenido. En especial, la selección del lugar del arbitraje no suscita la aplicación del derecho local sobre arbitraje, ni determina la jurisdicción de los tribunales locales como auxiliares y órganos de control del arbitraje. La determinación del lugar del arbitraje es un asunto de conveniencia, y a ese respecto el Tribunal observa que la representación de ambas partes incluye abogados de estudios jurídicos establecidos en Washington, D.C. Sea como fuere, el Tribunal no descarta la posibilidad de que, si corresponde, se celebren sesiones en cualquier otro lugar, incluido Quito” (§228, notas omitidas). Nótese, *ad abundantiam*, que en el otro contrato las partes habían pactado un arbitraje CIADI en los siguientes términos: “...El arbitraje según esta cláusula tendrá lugar en Washington D.C., sede del CIADI, Estados Unidos de América, Estado que es parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras...” (Cláusula 11ª.b), reproducida en §54).

⁹⁵ La misma solución se ofrece en el art. 33 CW en sede de conciliación. Ahora bien, en el §44 del *Informe de los Directores Ejecutivos* acerca del Convenio pasa desapercibida una afirmación que puede tener efectos considerables: los Directores indican que cuando se hace uso de algún acuerdo de sede arbitral firmado por el CIADI es posible que las funciones del otro Centro varíen desde la simple facilitación de local para los actos procesales (lo normal) hasta el suministro de servicios “completos” de secretaría. En este último caso, y a tenor de la imperatividad del Convenio, lo lógico sería que el Secretario General del CIADI fuera quien siguiera certificando el laudo arbitral y no el Secretario del otro Centro; so pena de no poder ejecutarse de modo efectivo, pues el art. 54.2 CW especifica que el título ejecutivo que ha de presentarse ante el tribunal competente es el laudo arbitral “debidamente certificado por el Secretario General” del CIADI. A pesar de todo, E. FERNÁNDEZ MASÍA, *Arbitraje en inversiones*

30. La explicación hay que basarla no en el DIPr. sino en el DIP, ya que a lo largo de los trabajos preparatorios del Convenio *nunca* encontramos un vínculo jurídico entre la *sede* del arbitraje CIADI y sus dos consecuencia naturales, la anulación del laudo por parte de los tribunales del Estado de la sede del arbitraje y el *exequatur* del laudo arbitral de cara a su reconocimiento y ejecución⁹⁶. El CIADI fue creado a semejanza (pero no a imagen) de un tribunal internacional de justicia sometido en su régimen procesal a un Estatuto regulado por el DIP y a un reglamento interno, en ambos casos independientes del Derecho del Estado en que se encuentra su sede. Como es sabido, ninguna relevancia tiene para los procedimientos que en ellos se ventilan la ley alemana para el *Tribunal Internacional del Derecho del Mar*, con sede en Hamburgo; la ley francesa para el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Estrasburgo; la ley luxemburguesa para el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en Luxemburgo; o la ley neerlandesa para la *Corte Internacional de Justicia*, en La Haya.

31. Ahora bien, si durante la sustanciación del fondo del asunto es posible que las partes tengan claro que no han de acudir a la normativa del Estado de la “sede” del arbitraje, puede que no lo tengan tan claro cuando se encuentren ante incidentes procesales particulares, como las medidas cautelares (art. 47 CW). En la práctica del CIADI se puede encontrar un caso en el que el tribunal arbitral hubo de valorar la concurrencia normativa del CW y de la ley de la sede del arbitraje. En el asunto *TANESCO vs. IPTL*⁹⁷ con buen criterio se despachó una solicitud de medidas cautelares, cuya audiencia tenía lugar en Londres, sin necesidad de atender a las Secciones 38 y 39 de la *Arbitration Act* inglesa de 1996 ni valorar su aplicabilidad al supuesto⁹⁸:

“We conclude that we have jurisdiction to make the recommendations sought, provided that they satisfy the requirements of Rule 39, which is all the power the Tribunal would have even if section 39 of the English Arbitration Act applied (as to which it is unnecessary for us to reach or express any conclusion)”.

extranjerías: el procedimiento arbitral en el CIADI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 41, opina que las partes pueden pactar otras reglas procesales no del CIADI –mientras que el Convenio en sí no es disponible–. En la práctica arbitral, en el asunto *Cargill, Inc. vs. Polonia* (ICSID Case No. ARB (AF)/04/2), administrado por el CIADI en el marco del RMC, mediante Orden de 4 de abril de 2005 el tribunal arbitral aceptó el acuerdo de las partes de proseguir el procedimiento arbitral conforme al Reglamento UNCITRAL pero con la misma administración por el CIADI; en realidad no era un caso CIADI puro, por lo que no hubo especiales dificultades para aceptar el cambio de reglamento.

⁹⁶ En el análisis de los trabajos preparatorios hemos tratado de encontrar el significado de “sede” del arbitraje que los delegados tenían en mente. No le hemos encontrado un significado jurídico de DIPr. sino de DIP. En su interpretación de los mismos, C. H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.*, p. 1247, consideran que no hubo dudas de que la sede de los arbitrajes debía tener lugar siempre en la sede del CIADI, lo que escora el arbitraje CIADI hacia el concepto de tribunal permanente. Sin embargo, no es menos cierto que muchos Estados mostraron sus reticencias a que la sede del CIADI estuviera en la del Banco Mundial (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. History of the Convention*, Vol. II, Washington, D.C., 1968, Vol. II, pp. 104, 353-354, 437, 678-679); para evitarlo llegaron a proponer de todo, como la creación de subseces regionales del CIADI (p. 680), o una especie de fusión con la CPA de La Haya (p. 119), de ahí la referencia expresa a la CPA efectuada en el art. 63.a) CW, siempre “huyendo” de la vinculación tan estrecha entre el CIADI y el Banco Mundial. *Nunca* hubo debate alguno conforme al DIPr. sobre si convenía el uso de una sede sita en un Estado parte en los Convenios de arbitraje de la época (Ginebra 1923 y 1927, el incipiente CNY de 1958) (p. 940 *a contrario*); la única referencia es la propuesta del representante de Venezuela de que el futuro art. 49.1 CW dijera que el laudo arbitral debía ser dictado en el lugar en que el tribunal arbitral se reunió habitualmente (p. 333). No hay duda de que en los representantes yacía el conocimiento de la práctica de la CIJ y de la naturaleza jurídica de sus decisiones como sentencias internacionales en el marco del DIP y al margen del DIPr.

⁹⁷ (ICSID Case No. ARB 98/8), Decisión de 20 de diciembre de 1999, disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC579_En&caseId=C174, p. 5, § 11.

⁹⁸ De la misma manera, y aunque el tribunal arbitral no lo tuvo en cuenta expresamente, la §3.2 de la *Arbitration (International Investment Disputes) Act* 1966, dictada en Reino Unido el 13 de diciembre de 1966 para la transposición del CW, excluye la aplicación de la ley interna de arbitraje a los arbitrajes CIADI (disponible en http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1966/cukpga_19660041_en_1). No obstante, la §3.1 de la misma *Act* faculta al *Lord Chancellor* inglés a extender por Orden la aplicación de las Secciones 36 y 38-44 de la *English Arbitration Act* a los arbitrajes CIADI, sin especificar si deben tener su “sede” en el Reino Unido en general o en alguno de los cuatro territorios en particular (Escocia, Gales, Inglaterra o Irlanda del Norte).

C) Un arbitraje CIADI con “sede” en un Estado parte del CNY

32. Desde el punto de vista de nuestro estudio, ya adelantamos que algunos APPRIs y TLCs exigen que la sede de todo procedimiento arbitral tenga su sede en un Estado parte del CNY⁹⁹. En un principio la extensión de esta norma al arbitraje CIADI carece de sentido, de acuerdo con el art. 44 CW¹⁰⁰. Sin embargo, cabe que se plantee en dos ocasiones: por un lado, cuando se busca, o se pretenderá buscar, el reconocimiento y ejecución del laudo CIADI en un Estado parte del CNY pero no parte del CW; y, por otro lado, cuando se trate de ejecutar las obligaciones no pecuniarias contenidas en el laudo. Salvadas estas dos excepciones, en situaciones normales si el Estado en el que se pretende dicha ejecución es parte en ambos tratados ha de regir el principio *favor executionis* recogido en el art. VII.1 CNY, dejando paso al CW pues contiene unas normas más favorables al reconocimiento del laudo arbitral que las del CNY.

33. Dejaremos al margen la cuestión de las obligaciones no pecuniarias, las menos en la práctica pues casi todos los laudos contienen partes dispositivas de condena pecuniaria, sea de pago de una indemnización por el Estado al inversor, sea de pago de las costas a cualquiera de ellas¹⁰¹. Retomando la cuestión de la reserva de reciprocidad, hay que tener en cuenta que, a pesar del número idéntico de Estados parte en ambos tratados, 144, hay 27 Estados parte en el CNY que no son parte en el CW¹⁰². En esos casos el laudo arbitral CIADI deberá necesariamente someterse al régimen de reconocimiento y ejecución previsto en los arts. IV-V CNY, salvo que el Estado en que se inste la ejecución sea parte en un tratado más favorable a la ejecución o que su normativa interna contenga disposiciones menos onerosas al efecto (de nuevo art. VII.1 CNY). Se da la circunstancia de que los tribunales de algunos de esos Estados parte en el CNY pero no parte en el CW pueden oponer al reconocimiento del laudo la reserva de reciprocidad¹⁰³; por lo que si un inversor prevé, por las razones que sean, que el laudo arbitral va a ejecutarse finalmente en ese Estado parte del CNY que no es parte del CW y que ha ejercido la reserva de reciprocidad, debe procurar que la sede del arbitraje CIADI sea fijada en un Estado parte del CNY. Ya mencionamos *supra* que la manera más simple es la de que el tribunal arbitral mencione que dicta el laudo en Washington, D.C.¹⁰⁴

III. La reserva comercial y la arbitrabilidad de las controversias de inversiones

1. Planteamiento del problema

34. Junto a los efectos vistos de la “reserva de reciprocidad”, a continuación vamos a ver el efecto sobre el laudo arbitral de inversiones de la llamada “reserva comercial” incluida también en el art. I.3 CNY y desarrollada en una nota a la Ley-Modelo de UNCITRAL¹⁰⁵. Por esta reserva un Estado parte del

⁹⁹ En los casos C) y D) del Apartado II.1 *supra*.

¹⁰⁰ *Vid. supra* Apartado II.1.B).

¹⁰¹ Un problema distinto al aquí tratado es el caso de los Estados parte en el CW que no son parte en el CNY para cuando sus autoridades competentes ex art. 54.2 CW tengan que conocer de la ejecución de obligaciones no pecuniarias previstas en un laudo CIADI. Al no ser parte en el CNY, no habrá más remedio que someter la cuestión a la legislación autónoma de dicho Estado. Los 27 Estados que se encuentran en esa situación son Burundi, Chad, Comores, Congo, R. D. del Congo, Fiyi, Gambia, Granada, Guyana, Kosovo, Malawi, Micronesia, Papúa-Nueva Guinea, Islas Salomón, Samoa, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, Seychelles, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Swazilandia, Timor Oriental, Togo, Tonga, Turkmenistán y Yemen.

¹⁰² Antigua y Barbuda, Bolivia, Brasil, Canadá, Islas Cook, Cuba, Dominica, República Dominicana, Ecuador, India, Irán, Kirguistán, Laos, Islas Marshall, México, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Polonia, Qatar, Rusia, San Marino, Santa Sede, Sudáfrica, Tailandia, Vietnam y Yibuti.

¹⁰³ De los mencionados en la nota anterior, los de Antigua y Barbuda, Cuba, Ecuador, India, Irán, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Polonia, Santa Sede y Vietnam.

¹⁰⁴ *Vid. supra* Apartado II.1.C).

¹⁰⁵ Con origen directo en la disposición 1ª.II del *Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje*, hecho en Ginebra el 24 de septiembre de 1923 (*Gaceta de Madrid*, 8 de mayo de 1926): “Todo Estado contratante se reserva el derecho de limitar la obligación arriba citada [reconocer la validez del convenio arbitral] a los contratos que se

CNY puede declarar que sólo aplicará el Convenio a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno; o, lo que es lo mismo, podrá denegar el *exequatur* de aquellos laudos arbitrales cuyo objeto de litigio no haya tenido una dimensión comercial conforme a la definición de la ley interna del Estado en que se insta la ejecución. Hay que tener en cuenta que el art. I.3 CNY está redactado de tal modo que permite la inclusión de la reserva comercial sobre laudos que tengan su origen en una relación contractual o no contractual¹⁰⁶, y en este último caso se incardinan principalmente los arbitrajes con base en un APPRI, TMI o legislación nacional en los que no es necesario que haya ninguna relación contractual entre el inversor y el Estado¹⁰⁷. Por lo tanto, en el caso de que el inversor decidiera la ejecución forzosa de su laudo arbitral en un tercer Estado distinto al de la inversión por haber allí localizado bienes fácilmente embargables (y sin perjuicio de la eventual inmunidad de ejecución que los proteja), el inversor se puede topar sin esperarlo con que el tribunal estatal competente para otorgar el *exequatur* previo se lo deniegue en virtud de la llamada reserva comercial. O, incluso, que dentro del mismo Estado haya de seleccionar cuidadosamente el tribunal ante el que interpone la solicitud de ejecución por si no en todas sus subdivisiones políticas con competencias en materia de justicia rige esta reserva¹⁰⁸.

35. Esta reserva lleva a examinar qué definición de comercialidad aparece en la ley de arbitraje de cada Estado¹⁰⁹. En primer lugar, podemos encontrar una definición pintoresca en la §1 de la *Federal Arbitration Act* estadounidense (1925), evidentemente alejada de la práctica actual:¹¹⁰

““commerce”, as herein defined, means commerce among the several States or with foreign nations, or in any Territory of the United States or in the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between any such Territory and any State or foreign nation, or between the District of Columbia and any State or Territory or foreign nation, but nothing herein contained shall apply to contracts of employment of seamen, railroad employees, or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce”.

Junto a ésta podemos señalar que el art. 1 de la Convención de Panamá de 1975 establece, no ya en sede de posibilidad de reserva sino en la misma determinación del ámbito de aplicación material de la Convención, que:

consideren comerciales por su derecho nacional”. De acuerdo con la página web de UNCITRAL, cit., está vigente en la actualidad para 45 Estados, a saber, Afganistán, Antigua y Barbuda, Argelia, Argentina, Armenia, Bahrein, Barbados, Bosnia-Herzegovina, Botswana, Canadá (salvo la provincia de Québec), República Centroafricana, China, Chipre, República de Corea, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Estados Unidos de América, Filipinas, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Indonesia, Irán, Jamaica, A. R. Y. de Macedonia, Madagascar, Malasia, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Nepal, Nigeria, Polonia, Rumania, San Vicente y las Granadinas, Santa Sede, Serbia, Trinidad y Tobago, Tunicia, Turquía, Venezuela y Vietnam; España formuló una reserva al Protocolo de 1923 pero no al CNY.

¹⁰⁶ Versión de 9 de junio de 1958 de los trabajos preparatorios del CNY.

¹⁰⁷ C. H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.*, p. 1122, consideran que en el caso de los arbitrajes bajo el RMC no existe conflicto con la citada reserva comercial puesto que la definición de inversión recogida en los arts. 2.b) y 4.3 RMC no se opone a la reserva. El argumento es claramente incompleto, puesto que los autores está pensando en aquellos casos en los que la controversia no surja directamente de una operación de inversión pero que se distinga de una transacción comercial ordinaria (art. 2.b)). Sin embargo, nada dicen de los casos más habituales por los que se aplica el RMC: cuando hay una operación de inversión pero el Estado nacional del inversor o el Estado receptor no son contratantes del CW (art. 2.a)).

¹⁰⁸ Todas las provincias de Canadá salvo Québec aplican la reserva comercial.

¹⁰⁹ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Arbitraje comercial internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2ª ed., 2006, pp. 45-46, aboga por un concepto amplio de “comercialidad” mas con una precisión importante: se trataría de un concepto propio del arbitraje privado en el que ninguna de las partes actúa en ejercicio de poder de imperio.

¹¹⁰ Por su parte, la §202 de la *FAA*, redactada en 1970 para la transposición del CNY en los Estados Unidos de América, impone que, para el reconocimiento tanto del convenio arbitral como de un laudo con arreglo al CNY, la relación legal de la que surja la controversia debe tener una dimensión *comercial*, sea contractual o no; mientras que la §302 de la *FAA* la incorpora por referencia al régimen del Convenio de Panamá. Recordemos que los Estados Unidos de América sí han ejercido la reserva comercial del art. I.3 CNY.

“Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil”.

36. La pregunta surge sola: ¿Un arbitraje de inversión responde a dicha exigencia *comercial* o no? Es sabido que las inversiones exteriores responden a un concepto muy amplio en que se han ido admitiendo las controversias derivadas de la aplicación de los APPRIs y TLCs, en los que se incluyen definiciones amplias de inversión, y que pueden surgir en un plano estrictamente vertical sin que medie la existencia de un contrato entre el inversor y el Estado, por lo que no cabe pensar en los estrictos términos de los Estados del *Civil Law* que distinguen entre materia civil y materia mercantil y que fueron el origen de la inclusión de esta reserva comercial al CNY. Además, la práctica arbitral con la jurisprudencia CIADI a la cabeza ha contribuido a la ampliación progresiva de lo que se entiende por inversión extranjera (art. 25.1 CW)¹¹¹.

37. Para profundizar en el alcance del problema hemos de tener presente que, junto a la cuestión del carácter comercial de la operación de inversión, está su arbitrabilidad, pues una controversia puede ser arbitrable pero sin que se la pueda considerar como comercial¹¹². Pongamos dos ejemplos de especial trascendencia:

Por un lado, hemos de tener presente que ya se ha admitido sin dudarle la arbitrabilidad de las materias tributarias¹¹³ incluso expresamente en los APPRIs y TLCs¹¹⁴, que ha dado como resultado la condena al pago de devoluciones tributarias debidas por Estados soberanos a inversores extranjeros¹¹⁵. Aquí no es posible hablar de relación comercial, al menos en la relación inversor-Estado, aunque queda por ver qué tipo de actividad económica realizó el inversor que fue considerada como el hecho imponible del impuesto correspondiente. Pero, en todo caso, sí es arbitrable.

Por otro lado, en un APPRI típico bajo la rúbrica “compensación por pérdidas” se recoge el derecho del inversor extranjero a ser compensado, restituido o indemnizado cuando sus inversiones en el territorio del Estado receptor sufran pérdidas debidas a guerra u otro conflicto armado, revolución,

¹¹¹ Aunque se trata de un debate jurídico lejos de estar resuelto. *Vid.* C. F. DUGAN/D. WALLACE, JR./N. D. RUBINS/B. SABAHI, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 247-289.

¹¹² El art. 2.1 LA habla de la arbitrabilidad de las materias de libre disposición conforme a derecho, que no tienen por qué ser todas comerciales. Sobre la arbitrabilidad de las inversiones exteriores, *vid.* I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La protección de las inversiones exteriores*, cit., pp. 263-268.

¹¹³ B. HANOTIAU, “L’arbitrabilité”, *R. des C.*, vol. 296, 2002, pp. 25-254, 171-180.

¹¹⁴ A veces un APPRI reconoce expresamente, con ciertas reservas, que una disputa tributaria puede ser vista como un incumplimiento del APPRI y, por tanto, legítima al inversor a iniciar un arbitraje; en concreto, el art. XII.3 del APPRI Canadá-Ecuador establece lo siguiente: “Subject to paragraph (2), a claim by an investor that a tax measure of a Contracting Party is in breach of an agreement between the central government authorities of a Contracting Party and the investor concerning an investment shall be considered a claim for breach of this Agreement unless the taxation authorities of the Contracting Parties no later than six months after being notified of the claim by the investor, jointly determine that the measure does not contravene such agreement”. Asimismo, respecto a la expropiación, el art. XII.4 establece que el “Article VIII may be applied to a taxation measure unless the taxation authorities of the Contracting Parties, no later than six months after being notified by an investor that he disputes a taxation measure, jointly determine that the measure is not an expropriation”. Por tanto, según el art. XII.5 pasados los seis meses citados sin que hayan llegado a un acuerdo, el inversor podrá iniciar los trámites del arbitraje; de hecho, el arbitraje será rechazado si no se ha cumplido con lo dispuesto (art. XIII.3.c)). Esta disposición se encuentra igualmente en numerosos APPRIs canadienses citados en este trabajo.

¹¹⁵ A nuestro entender, sin duda por causa de estos arbitrajes en el vecino Ecuador, aparece en el art. 11.3 del APPRI España-Colombia la exclusión expresa de su ámbito de aplicación material de las cuestiones tributarias. No obstante, en ese caso concreto tamaño eliminación nos parece una extensión ilimitada y anormal de la tradicional exclusión del ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida de los acuerdos para evitar la doble imposición internacional (que en el art. 3.3 *in fine* de dicho APPRI son clamorosamente omitidos). *Vid.* en general F. J. PASCUAL VIVES, “El Acuerdo sobre la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones celebrado por España y Colombia: la consolidación de una nueva generación de acuerdos en la política convencional española de promoción y protección recíproca de las inversiones”, *REDI*, Vol. LIX (2007-2), pp. 834-838, pp. 836-837.

estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio o cualquier otro acontecimiento similar, bajo los principios de trato nacional y de la nación más favorecida. Cualquiera de estas acciones u omisiones por parte del Estado son indudablemente acciones verticales o *iure imperii* que escapan tanto al concepto tradicional de comercialidad como a los ámbitos de aplicación material de los instrumentos típicos del DIPr. Así, en su sentencia de 15 de febrero de 2007, *Eirini Lechouritou y otros vs. Alemania*¹¹⁶, el TJUE ha dejado muy claro que una acción judicial ejercitada por personas físicas en un Estado contratante del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968¹¹⁷ (Grecia) frente a otro Estado contratante (Alemania), mediante la cual se pretende obtener reparación de los daños sufridos por los derechohabientes de las víctimas de la actuación de fuerzas armadas en el marco de operaciones bélicas en el territorio del primer Estado, no está comprendida en el concepto de materia civil y mercantil del art. 1.1 CB. Pero hay que tener en cuenta que no hay una correspondencia absoluta entre el ámbito de aplicación material de los instrumentos de DIPr. comunitario y la arbitrabilidad objetiva de estas materias.

38. No nos consta, por el momento, que ningún tribunal estatal haya denegado el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros de inversión por la concurrencia de la citada reserva comercial¹¹⁸, al menos desde la perspectiva de los arbitrajes basados en APPRIs¹¹⁹. Quizá se deba a que alguna de las principales sedes del arbitraje internacional radica en Estados que “estratégicamente” (a efectos de la captación de arbitrajes) no han hecho uso de la reserva¹²⁰. O bien porque han abrazado las interpretaciones doctrinales que abogan por considerar esta reserva “comercial” en sentido “económico” y, por lo tanto, más amplio que la estricta división en el *Civil Law* entre Derecho Civil/Mercantil vs. Derecho Administrativo¹²¹, bien conocida en los instrumentos comunitarios de DIPr. al uso.

39. Lo que sí consta plenamente, en sede de anulación, es que una controversia bajo el Capítulo XI del TLCAN cabe en la definición de “comercial” recogida en una ley de arbitraje redactada conforme a la Ley-Modelo de UNCITRAL. En el asunto *Metalclad Corporation vs. México*, la *Supreme Court* de la provincia canadiense de Columbia Británica en Vancúver¹²² estipuló, al determinar la aplicabilidad al

¹¹⁶ Asunto C-292/05, *EUR – Lex* 62005J0292.

¹¹⁷ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y su Protocolo anejo, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (Versión codificada en *DOCE* n° C 27, de 26 de enero de 1998). Interpretación extensible al Reglamento (CE) 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 (*DOCE* n° L 012, de 16 de enero de 2001; corr. de errores, *DOCE* n° L 307, de 24 de noviembre).

¹¹⁸ Los escasísimos casos en los que un tribunal estatal ha aplicado la reserva de reciprocidad distan mucho de parecerse a una controversia vertical. *Vid.* A. J. VAN DEN BERG, “New York Convention...”, cit., pp. 27-28.

¹¹⁹ Como excepción téngase muy en cuenta lo sucedido en Argentina en el asunto *Milantic Trans vs. Ministerio de Producción de la Provincia de Buenos Aires & Astillero Río Santiago*, sentencia de la Corte de Apelaciones de lo Contencioso-Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, de 30 de agosto de 2007, comentada y criticada duramente por C. CONEJERO ROOS, “The New York Convention in Latin America: Lessons from Recent Court Decisions”, *The Arbitration Review of the Americas*, 2009 (disponible en <http://www.globalarbitrationreview.com/handbooks/13/sections/50/chapters/499/the-new-york-convention-latin-america-lessons-recent-court-decisions>). A causa del incumplimiento de un contrato de construcción de un buque la demandante obtuvo a su favor un laudo pecuniario dictado en Londres; al instar su ejecución en Argentina, en apelación la Corte negó el *exequatur* del laudo otorgado en instancia y determinó que como el astillero era propiedad de la Provincia de Buenos Aires el contrato no tenía una dimensión comercial de acuerdo con el Derecho argentino, sino administrativa por haber actuado revestida de funciones públicas. Argentina ha ejercido la reserva comercial al CNY.

¹²⁰ C. F. DUGAN/D. WALLACE, JR./N. D. RUBINS/B. SABAHI, *Op. cit.*, p. 640, atribuyen esta circunstancia a la fijación de la sede de los arbitrajes de inversiones en Estados con legislaciones arbitrales que cuentan con definiciones amplias de arbitrabilidad (como Canadá o Suecia); si bien nuestro punto de vista es el de la ejecución del laudo en un Estado distinto al de la sede.

¹²¹ Por todos, G. SACERDOTI, “Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards”, *ICSID Review – FILJ*, Vol. 19, No. 1, Spring 2004, pp. 1-48, p. 12.

¹²² (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Sentencia de 2 de mayo de 2001, (2001 BCSC 664), disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Metaclad-BCSCReview.pdf>, §§39-49. Para ello se basó en jurisprudencia local en materia de arbitraje comercial y en la interpretación laxa que el informe anexo a la Ley-Modelo de UNCITRAL

supuesto de anulación del laudo contra México de la *International Commercial Arbitration Act* local, que la disputa entre el inversor estadounidense y México al respecto de la instalación de un vertedero de residuos era una controversia “comercial”, pues la §1.6.p) *ICAA* expresamente recogía como ejemplo las inversiones; todo ello a pesar de la interesante alegación de México sobre la estricta verticalidad de la relación jurídica subyacente¹²³.

2. Soluciones aportadas

40. Veamos, a continuación, cómo los Estados han tratado de solventar los efectos de la reserva comercial sobre los arbitrajes de inversiones.

A) Inclusión de una cláusula en un APPRI

41. En primer lugar, es posible incluir una declaración por la cual los Estados consideran que una controversia de inversión cumple con el criterio comercial del art. I.3 CNY. Esto se efectúa, como en el caso de la reserva de reciprocidad, mediante la inclusión de una referencia en un APPRI o TLC. Frente a las divergencias vistas en la redacción de las disposiciones conducentes a eliminar los efectos de la “reserva de reciprocidad”, con cuatro posibles soluciones, en este caso hay una relativamente mayor homogeneidad en la práctica convencional comparada. El punto de partida es, de nuevo, el TLCAN, esta vez en su art. 1136.7:¹²⁴

“Para los efectos del Artículo I de la Convención de Nueva York y del Artículo I de la Convención Interamericana, se considerará que la reclamación que se somete a arbitraje conforme a esta sección, surge de una relación u operación comercial”.

Desde un punto de vista sistemático, como el precepto se refiere a los arbitrajes surgidos de esa Sección B del Capítulo XI del TLCAN, van incluidos asimismo los arbitrajes CIADI, por lo que ayuda a la ejecución del laudo CIADI en un Estado parte del CNY no parte del CW aunque es innecesaria para los casos de ejecución en un Estado parte del CW.

42. Empero, en la práctica convencional de los Estados parte en el TLCAN hay fuertes e inexplicables discrepancias, ya no derivadas de la redacción particular de cada cláusula sino de su misma inclusión u omisión en el APPRI o TLC. En la práctica estadounidense no se ve la misma preocupación que sí se aprecia en cuanto a la reserva de reciprocidad, por lo que apenas se menciona en los textos consultados¹²⁵. En la canadiense suele aparecer en la misma disposición que la cláusula de eliminación de

propugna sobre la definición de “comercial”.

¹²³ Hay que matizar que México en su argumentación trataba de que la *Supreme Court* aplicara la *Commercial Arbitration Act* que permite la revisión del fondo del asunto, cuestión que la *ICAA* rechaza de plano en la línea de la Ley-Modelo de UNCITRAL.

¹²⁴ J. J. VAN HAERSOLTE-VAN HOF/A. K. HOFFMANN, “The Relationship Between International Tribunals and Domestic Courts”, en P. MUCHLINSKI/F. ORTINO/C. SCHREUER (Eds.): *Op. cit.*, pp. 962-1007, pp. 1001-1002. En los trabajos preparatorios del TLCAN aparece por primera vez en el Documento n° 9, cit., como proyecto de art. XX07.6 *in fine* y se mantuvo con esa redacción hasta el texto vigente. Es de notar que en el Documento n° 28, de 4 de septiembre de 1992 (disponible en <http://www.naftaclaims.com/Papers/28-September041992.pdf>), se incluyó la nota al pie n° 16 al entonces proyecto de art. 1135.8 por la que se indicó que, en vez de incluir esta disposición, tanto Canadá como los Estados Unidos de América retiraran la reserva comercial al CNY. Fuera de los Estados parte del TLCAN, también en el art. 10.40.7 del TLC Chile-República de Corea; art. 9.26.10 del TLC Chile-Colombia; art. 10.25.10 del TLC Chile-Perú.

¹²⁵ De todos los APPRIs citados en este trabajo, solamente dos recogen esta previsión: el APPRI con Ruanda (art. 34.10) y el APPRI con Uruguay (art. 34.10): “A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purposes of Article I of the New York Convention and Article I of the Inter-American Convention” (en este último caso para aquellos Tratados celebrados con Estados latinoamericanos). No obstante, se ha recogido con absoluta unanimidad en los capítulos de

los efectos de la reserva de reciprocidad¹²⁶, esquema al que responde asimismo el art. 26.5.b) del *Tratado sobre la Carta de la Energía*¹²⁷. Y en la mexicana podemos encontrar de todo: aparece a veces junto a la cláusula de reserva de reciprocidad como en la práctica canadiense¹²⁸; a veces aparece de modo separado tal y como sucede en el TLCAN (arts. 1130 y 1136.7)¹²⁹; a veces aparece por sí sola cuando aquélla no existe¹³⁰; a veces no aparece cuando sí hay una cláusula referida a la reserva de reciprocidad¹³¹; y en una ocasión no aparece porque tampoco figura referencia alguna a la reserva de reciprocidad¹³².

Fuera de los márgenes del TLCAN la ausencia de esta disposición es clamorosa, como sucede con la reserva de reciprocidad. Para España la primera y única referencia al respecto figura en el art. XVII.5 del APPRI con México:

“Para los efectos del Artículo I de la Convención de Nueva York, se considerará que la reclamación que se somete a arbitraje conforme a esta Sección surge de una relación u operación comercial”.

43. Procede aclarar que los efectos de estas disposiciones quedan circunscritos en exclusiva a los Estados parte en el APPRI correspondiente. Esto significa que, en caso de que se trate de ejecutar el laudo en un tercer Estado parte en el CNY con reserva comercial pero no parte en el APPRI, dicho acuerdo interestatal de consideración de la controversia como “comercial” no es vinculante para los tribunales estatales de ese tercer Estado, dado el principio *res inter alios acta* recogido en el art. 34 CVDT para los tratados internacionales (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*). Los tribunales del Estado requerido, por tanto, tendrán que aplicar su derecho interno para dirimir si se trata o no de una controversia de carácter comercial (art. I.3 CNY).

Por un lado, es realmente difícil hacer una integración de los APPRIs que carezcan de este tipo de disposiciones con la alegación de la existencia de una costumbre internacional, práctica generalmente aceptada como derecho, que considere que los arbitrajes de inversiones son comerciales a todos los efectos, incluidos los previstos en el art. I.3 CNY, ya que el número de Estados interesados no es suficientemente representativo. Es decir, el Estado tiene que aplicar su derecho interno, incluido en éste las normas de DIP general existentes; si no hay una costumbre internacional que establezca que estos arbi-

inversiones de los TLCs: DR-CAFTA (art. 10.26.10); Chile (art. 10.25.10); Colombia (art. 10.26.10); República de Corea (art. 11.26.11); Marruecos (art. 10.25.10); Omán (art. 10.25.10); Panamá (art. 10.26.10); Perú (art. 10.26.10) y Singapur (art. 15.25.10). Es llamativo, por tanto, que el Protocolo de enmienda del APPRI con Panamá no incluya una referencia al respecto cuando dicho Protocolo se hizo expresamente para incluir una disposición en el art. VII.3.e) para salvar los efectos de la reserva de reciprocidad.

¹²⁶ “...y se considerará que todas las reclamaciones sometidas a arbitraje resultan de una relación comercial o transacción a efectos del Artículo I de dicha Convención [CNY]”. Así, coinciden los APPRIs celebrados con Armenia (art. XIII.6.b)); Barbados (art. XIII.6.b)); Costa Rica (art. XII.6.b)); Croacia (art. XII.6.b)); Ecuador (art. XIII.6.b)); Egipto (art. XIII.6.b)); El Salvador (art. XII); Filipinas (art. XIII.6.b)); Letonia (art. XIII.6.b)); Líbano (art. XIII.6.b)); Panamá (art. XIII.6.b)); Rumania (art. XIII.6.b)); Sudáfrica (art. XIII.6.b)); Tailandia (art. XIII.6.b)); Trinidad y Tobago (art. XIII.6.b)); Ucrania (art. XIII.6.b)); Uruguay (art. XII.6.b)); y Venezuela (art. XII.6.b)). Las excepciones son los APPRIs con Jordania y Perú, en donde aparece de manera autónoma en sus respectivos arts. 45.7 (por influencia, a su vez, del art. 45.7 del vigente APPRI Modelo de Canadá); así como en los TLC con Chile (art. G-37.7) y Perú (art. 842.7).

¹²⁷ También el art. D.18 del nonato AMI.

¹²⁸ APPRIs con Alemania (art. 16); Australia (art. 16); Austria (art. 15); Bélgica y Luxemburgo (art. 15); República Checa (art. 14); República de Corea (art. 12); Finlandia (art. 14); Grecia (art. 14); Islandia (art. 14); Portugal (art. 13); Reino Unido (art. 15); Suecia (art. 10); Trinidad y Tobago (art. 17); y Uruguay (art. 8.6 del Apéndice al Tratado).

¹²⁹ TLCs con Bolivia (art. 15-36.7); Chile (art. 9-37.7); Colombia (Regla 13.2 del Anexo al art. 17.16); Costa Rica (art. 13-37.7); El Salvador, Guatemala y Honduras (art. 14-39.7); Nicaragua (art. 16-37.7); y Uruguay (art. 13-36.7).

¹³⁰ APPRIs con Argentina, hecho en Buenos Aires el 13 de noviembre de 1996 (art. 10.7); Cuba, hecho en Ciudad de México el 30 de mayo de 2001 (art. 9.5 del Apéndice); España (art. XVII.5); Países Bajos, hecho en Ciudad de México el 13 de mayo de 1998 (art. 10.6 del Apéndice); y Suiza, hecho en Ciudad de México el 10 de julio de 1995 (art. 9.5 del Apéndice).

¹³¹ Caso del TLC con Japón. Lo mismo sucede en el TLC Chile-Australia y en el TLC entre Australia, Nueva Zelanda y los 10 Estados de ASEAN.

¹³² APPRI con Francia.

trajes son comerciales ese Estado no está vinculado por las declaraciones de otros Estados en APPRI en los que aquél no es parte.

Sin embargo, si un laudo arbitral procede de una controversia derivada del APPRI X-Y y este APPRI no contiene una declaración para salvar los efectos de la reserva comercial, no debería ser oponible dicha reserva (por ejemplo, efectuada por el Estado Y) si se intenta la ejecución forzosa del laudo precisamente en el Estado Y y sí aparece una declaración al respecto en el APPRI Z-Y. En caso contrario, en ese supuesto el Estado Y mantendría una posición contradictoria en dos tratados. Se trataría, por tanto, de aplicar a la ejecución del laudo derivado del APPRI X-Y una disposición del APPRI Z-Y para que el reconocimiento del laudo en el Estado Y no fuera impedido por la reserva comercial ejercitada por el Estado Y.

B) Inclusión de una cláusula en la legislación interna de arbitraje

44. Por su parte, es posible que un Estado incluya en su ley de arbitraje la consideración como “comerciales” de las disputas sobre inversiones¹³³, como es el caso del art. 2.g) de la Ley chilena de arbitraje¹³⁴:

“La expresión “comercial” debe interpretarse en un sentido amplio para que abarque todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no. Se comprenden dentro de éstas, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”.

45. También es posible que un Estado elabore una normativa interna completa para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros que sea exactamente idéntica al CNY (y a la Ley-Modelo de UNCITRAL) salvo por la ausencia de la reserva comercial. Tal es el caso de la Ley peruana de arbitraje¹³⁵, que en su art. 75 prevé las causales de denegación del reconocimiento del laudo conforme a los criterios del *droit commun de l'arbitrage* (§2, causales controladas a instancia de parte; §3, causales controladas de oficio); y de manera reiterada la Ley reconoce el principio del *favor executionis*, por el cual dicho artículo será de aplicación a falta de tratado o, aun cuando exista éste, si las normas contenidas en el mismo son, en todo o en parte, más favorables a la parte que pida el reconocimiento del laudo (arts. 75.1 y 78.1, en este caso con referencia expresa al art. VII.1 CNY)¹³⁶.

C) Interpretación del art. V.2.a) CNY

46. Finalmente, la reserva comercial debería ser leída en coordinación con el art. V.2.a) CNY y concordantes¹³⁷, que permite denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba que, según la ley de ese Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje¹³⁸.

¹³³ Sin llegar a ese extremo, el art. XII.6.c) del APPRI Canadá-Líbano prevé que, hasta que Líbano se convirtiese en Estado parte del CNY, aquel arbitraje iniciado por un inversor canadiense en Líbano sería considerado como “arbitraje internacional” a los efectos de la 2ª Parte del Decreto-Ley 83/90, de 16 de septiembre de 1983.

¹³⁴ Muy similar a la que la Ley-Modelo de UNCITRAL propone en la nota 2 al art. 1.1.

¹³⁵ Decreto Legislativo nº 1071, de 27 de junio de 2008.

¹³⁶ “Conforme a lo dispuesto en el párrafo 1) del art. VII de la Convención, será de aplicación una o más de las disposiciones de este Decreto Legislativo, cuando resulten más favorables a la parte que solicita el reconocimiento y ejecución del laudo”.

¹³⁷ Art. 5.2.a) Convención de Panamá.

¹³⁸ Se trata de una causa de denegación del reconocimiento y la ejecución del laudo a la que se le ha dado una

47. El fundamento de los arts. I.3 y V.2.a) CNY es distinto, pero en el arbitraje de inversiones mantienen una cierta relación, ya que es posible que muchas de las controversias de inversiones en un plano estrictamente interno no sean consideradas arbitrables porque no pertenecen a la categoría de comerciales. Por ejemplo, una disputa tributaria entre un ciudadano español residente en España y la Agencia Tributaria española se va a solventar por los trámites del procedimiento tributario correspondiente y, en su caso, por un proceso contencioso-administrativo, sin llegar a un arbitraje. Pero puede darse el caso de un ciudadano extranjero sujeto al pago de impuestos en España por cualquier hecho imponible que considere que, en el transcurso de sus operaciones de inversión, ha recibido un trato injusto e inequitativo por parte de las autoridades administrativas y judiciales españolas y decida entablar un arbitraje de inversiones “no CIADI” con fundamento en el APPRI X-España¹³⁹. En caso de que el inversor obtuviera un laudo a su favor y optara por la ejecución forzosa del laudo en territorio español, el tribunal competente ex art. 46.2 LA y art. 955 LEC 1881 puede tener la tentación natural de aplicar de oficio la denegación del *exequatur* por falta de arbitrabilidad de la controversia (arts. II.1 y V.2.a) CNY).

En esos casos, y sin perjuicio de la existencia de disposiciones que favorecen la validez de fondo del convenio arbitral (como el art. 9.6 LA), debería interpretarse la referencia hecha en el art. V.2.a) a la legislación del Estado requerido en su conjunto, incluyendo los tratados internacionales válidamente celebrados por ese Estado que consideren internacionalmente arbitrables determinadas disputas, como las de inversiones, que en un plano interno no lo serían¹⁴⁰.

IV. Conclusión

48. Las dos reservas posibles al CNY introducen una serie de obstáculos para el posterior reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral de inversiones. En los casos CIADI no es necesario que la sede del procedimiento venga fijada en ningún Estado en particular (ex art. 44 CW), si bien hay algunas razones que avalan que en todo caso la sede quede fijada en un Estado parte del CNY. En cambio, en los arbitrajes no CIADI cobra pleno sentido que la sede del procedimiento se fije en un Estado parte del CNY con el fin de evitar los efectos de las dos reservas.

49. Los Estados en su práctica convencional mantienen una posición errática y contradictoria, imposible de justificar, en cuanto a la manera de resolver los problemas que causan las reservas al CNY. Por ello, habiendo analizado abundante práctica convencional, suficientemente significativa por la entidad de los Estados parte, creemos que hemos de concluir nuestro trabajo con una proposición *de lege ferenda*, válida tanto para las renegociaciones de APPRI y TLCs existentes como para la elaboración de textos nuevos. A nuestro entender, todo APPRI debería incluir en su articulado referencias pensadas para salvar los efectos de las reservas al CNY del siguiente modo:

Por un lado, para la eliminación de los efectos de la reserva de reciprocidad, obligando a fijar la sede del procedimiento arbitral en un Estado parte del CNY (con independencia de los Estados parte en el APPRI). Es recomendable, pero no imperativo, que esta cláusula incluya los arbitrajes CIADI para cubrir ciertos casos residuales.

Y, por otro, para la eliminación de los efectos de la reserva comercial, declarando que la controversia de inversión deriva de una relación u operación comercial. Igualmente es recomendable, pero no imperativo, que esta cláusula incluya los arbitrajes CIADI.

interpretación restrictiva, lo que favorece una escasa aplicación de la misma. *Vid.* C. ESPLUGUES MOTA, “Presente y futuro del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en España”, en VV.AA., *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Eurolex, 2005, Tomo II, pp. 1471-1491, p. 1487.

¹³⁹ Sobre el tratamiento de las cuestiones tributarias en los APPRI y la arbitrabilidad de este tipo de controversias, *vid.* T. W. WÄLDE/A. KOLO, “Coverage of Taxation Under Modern Investment Treaties”, en P. MUCHLINSKI/F. ORTINO/C. SCHREUER (Eds.): *Op. cit.*, pp. 305-362.

¹⁴⁰ Hay muy pocos casos comerciales en los que un tribunal estatal haya aplicado de oficio la causa de la inarbitrabilidad de la controversia. *Vid.* A. J. VAN DEN BERG, “New York Convention...”, *cit.*, pp. 19-20, tres casos antiguos sobre seguros y contratos de distribución que hoy sí serían considerados arbitrables. El mismo autor en su propuesta de nuevo Convenio *cit. supra* sugiere la supresión de la arbitrabilidad como causa autónoma de denegación del reconocimiento del laudo y su inclusión en la del orden público.

ALGUNAS CUESTIONES QUE PLANTEA EN DIPR LA TUTELA DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR REESTRUCTURACIONES DE EMPRESAS*

MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ

*Profesora titular (i) de Derecho Internacional Privado
Universidad de Extremadura*

Recibido: 21.12.2009 / Aceptado: 30.12.2009

Resumen: La profunda transformación de la economía repercute significativamente sobre la actuación de las empresas. Para adaptarse a las necesidades del mercado globalizado en el que intervienen articulan distintas estrategias empresariales que, además de afectar a su propia estructura, organización y funcionamiento, también se proyectan sobre las relaciones laborales que en ellas se desarrollan. En este marco, nos proponemos exponer algunas cuestiones que, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, suscita la tutela de los trabajadores afectados por aquellas estrategias empresariales tratando de verificar si las soluciones adoptadas en nuestro Ordenamiento concilian la protección del trabajador, parte débil de la relación jurídica, a partir del derecho al trabajo ex artículo 35 CE con la libertad de empresa del artículo 38 CE.

Palabras clave: Internacionalización de empresas, protección de trabajadores, comercio internacional.

Abstract: The deep transformation of the economy has serious impacts on the performance of companies. To accommodate the needs of the globalized market that involves articulating different business strategies, as well as affecting its structure, organization and operation, also project on industrial relations that they develop. In this framework, we intend to discuss some issues from the perspective of private international law raised by the protection of workers affected by those business strategies trying to verify whether the solutions adopted in our legal system reconcile worker protection, the weaker party legal relationship, as of right to work ex Article 35 CE with free enterprise Article 38 CE.

Key words: Internationalization of enterprises, protection of workers', international trade.

Sumario: I. Introducción. II. Las reestructuraciones de empresas: Algunos aspectos de su dimensión social. 1. Los trabajadores en el marco de una fusión de empresas. 2. Los trabajadores vinculados a grupos de empresas. 3. Otros mecanismos de cooperación y colaboración interempresarial. A) Las uniones temporales de empresas. B) Las agrupaciones de interés económico. III. La tutela judicial de los trabajadores afectados por algunas estrategias empresariales. 1) Relaciones individuales de trabajo. A) Competencia judicial internacional de los tribunales españoles. B) Designación del Derecho aplicable. 2. Referencia al régimen jurídico de las relaciones colectivas de trabajo

I. Introducción

1. La realidad económica actual, caracterizada por los movimientos globalizadores de los últimos años y por la crisis económica mundial, exige a las empresas su adaptación a las nuevas necesidades del

* Este estudio se realiza en el marco del Proyecto de investigación regional, ref. *PRI08A140*, concedido por la Junta de Extremadura.

mercado en el que intervienen. Los mecanismos utilizados para ello son muy variados, en función de los objetivos perseguidos. En unos casos, como consecuencia de la globalización económica, las estrategias empresariales se dirigen a la creación de grandes entes competitivos y con una proyección más allá de las fronteras nacionales. Su actuación en el mercado mundial se lleva a cabo mediante alianzas estratégicas que les permitan ser competitivas. Pero, asimismo, junto a estas vías centralizadoras, las tendencias descentralizadoras se desarrollan a través de la creación de filiales y sucursales que permiten intervenir, sin grandes costes, en otros mercados y hacer frente a “la incertidumbre y el rápido ritmo del cambio en el mercado”¹. En la actualidad, la crisis económica propicia la adopción de medidas por partes de las empresas encaminadas a resolver las graves situaciones en las que se encuentra, como remedios paliativos de los momentos que atraviesan². En este marco, los grupos de empresas, las fusiones o las adquisiciones y cesiones empresariales se configuran como herramientas adecuadas para alcanzar sus objetivos financieros y corporativos³, pero se trata de fenómenos que generan consecuencias inmediatas en las relaciones laborales⁴.

Así, por ejemplo, la deslocalización, a través del cual las empresas buscan mayores ventajas en términos financieros o presupuestarios, lo que generalmente suele coincidir con una reducción de costes salariales y de personal, genera también una pérdida de recursos en los países afectados y un notable riesgo de abuso o explotación laboral especialmente cuando los países de acogida son lugares con una “cultural laboral” que está muy por debajo de las pautas consagradas en el continente europeo⁵. Por ello, el proceso de deslocalización puede suponer una amenaza al reducir los estándares legales o incrementar las ayudas empresariales así como generar corrientes flexibilizadoras que permitan adaptar la normativa laboral para crear ambientes más cómodos para la gestión empresarial, debiendo adoptarse medidas que traten de paliar estos efectos negativos. Asimismo, como consecuencia de la globalización se producen corrientes de inversión que favorecen el empleo al incrementar la demanda por los ingresos generados, pero también se puede producir una reducción del empleo derivada de la existencia de inversiones extranjeras plasmadas en fusiones y adquisiciones de empresas. La liberalización comercial tiene, en definitiva, efectos contrapuestos en el empleo, positivos y negativos, que dependen también en gran medida de cada sistema⁶.

2. La profunda transformación de la economía repercute significativamente sobre la actuación de las empresas en el mercado globalizado y sobre las relaciones de trabajo que en ellas se desarrollan. Las distintas estrategias empresariales, que afectan a la propia estructura, organización y funcionamiento de las empresas, también se proyectan sobre las relaciones laborales que en ellas se desarrollan. Se han introducido, así, cambios en la organización de trabajo por la incidencia del desarrollo tecnológico, en el crecimiento de técnicas de flexibilidad en la producción y en la gestión de recursos humanos o en la modificación de estrategias por parte de las empresas⁷. El contrato de trabajo puede sufrir, durante su vigencia, diversas vicisitudes modificativas referidas a los elementos objetivos y subjetivos que lo integran. Las necesidades de la empresa, tanto de tipo económico como geográfico, estructural u organizativo, justifican la realización de este tipo de modificaciones que son fruto de la reducción del intervencionismo y un aumento de la autonomía de la voluntad de las partes. Los cambios de titularidad empresarial, la expansión de las empresas y los nuevos mercados constituyen la causa de las modificaciones de las

¹ J. L. MORENO PÉREZ, “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, *Aranzadi Social*, núm. 19/2006

² AA.VV. *Memento experto. Crisis, medidas y soluciones laborales*. Ed. Francis Lefebvre, 2009

³ F. ALEMÁN PÁEZ, “Unidad de mercado y grupo de empresas: algunos puntos críticos”, *RRLL*, 2007 (6), pp. 15-39

⁴ A. LLORENTE PÉREZ, “Pistas a los Estados miembros para conseguir las claves de la flexiguridad laboral europea”, *Unión Europea Aranzadi*, vol. 34, núm. 12, Diciembre 2007, pp. 17-20

⁵ J. GARCÍA MURCIA, “Deslocalización y tutela de derechos sociales”, *RR.LL.*, 2007, núm. 6, pp. 86-110.

⁶ E. LEE/M. VIVARELL, “Impacto social de la globalización en los países de desarrollo”, *R.I.T.*, vol. 125, 2006 (3), pp. 187-206.

⁷ M.-A. MOREAU/G. TRUDEAU, “Les normes juridiques de droit du travail confrontées a l'évolution de l'économie: de nouveaux enjeux pour l'espace regional”, *Journal de Droit international privé (Clunet)*, 2000 (4), pp. 915-948.

relaciones laborales preexistentes. De ellos se puede derivar bien la extinción de la relación laboral bien la modificación de sus condiciones laborales o incluso la imposición de unas condiciones, tanto económicas como geográficas, que en la mayoría de las circunstancias se ve obligado a pactar o admitir para continuar manteniendo su trabajo.

Las relaciones laborales, pieza clave de la vida social y económica del Estado, reclaman la intervención estatal limitando la autonomía de la voluntad del empresario. El trabajador, parte débil de la relación jurídica y ajena a las estrategias empresariales, requiere la instauración de un sistema de protección frente a las modificaciones de sus condiciones de trabajo o, incluso, la extinción de sus relaciones laborales. Esta realidad evidencia la necesidad de articular mecanismos que garanticen la coexistencia entre la libertad de empresa y la tutela de los trabajadores. Protección que, en ordenamientos jurídicos como el español se configura como un principio rector de política social y económica, y como tal informa las soluciones legislativas⁸.

3. Las iniciativas en aras a garantizar los derechos de los trabajadores han sido variadas, sin embargo el dinamismo que presenta la realidad descrita manifiesta las carencias de las iniciativas adoptadas y la necesidad de su adecuación constante al comercio internacional. En el plano internacional, las medidas adoptadas pretenden la mejora de las condiciones de trabajo y empleo. A la vez que continúa la liberalización comercial se persigue promover la justicia social. Estas iniciativas se han materializado, por ejemplo, en compromisos, programas de acción y Declaraciones sobre derechos básicos de los trabajadores elaborados en el seno de la OIT que han servido de marco normativo y de impulso para el desarrollo de otras iniciativas, las desarrolladas en el seno de Naciones Unidas, de la Organización Mundial del Comercio⁹. Sin embargo, en la mayoría de los casos estas iniciativas se configuran más como objetivos deseables que como compromisos concretos de obligado cumplimiento. Suponen un reconocimiento y promoción de los derechos laborales, pero su eficacia dependerá del recurso a cauces más efectivos¹⁰. Pese a la internacionalización del mercado de trabajo carecemos de un marco supranacional uniforme que lo regule. Es necesario un contexto normativo internacional tanto para la defensa de los derechos sociolaborales como para regular la circulación de mano de obra¹¹. No obstante, hoy por hoy, la ordenación jurídica de este mercado laboral se lleva a cabo fundamentalmente en el marco establecido por los legisladores nacionales respecto a las relaciones laborales que se producen en su territorio. También en el ámbito de mercados integrados, como el comunitario, se pone de relieve esta necesidad¹². Las vías armonizadoras no han logrado eliminar, salvo aspectos puntuales, las discrepancias entre las legislaciones laborales de los Estados miembros¹³. Esta diversidad laboral implica una limitación territorial de la ordenación jurídica del mercado laboral que favorece, sin lugar a dudas, las estrategias empresariales ante la ausencia de control estatal o internacional. Unas estrategias cuyos efectos superan el marco estrictamente nacional¹⁴. El desplazamiento de trabajadores de un Estado a otro en el marco de una prestación de servicios constituye un claro ejemplo de cuanto decimos. La presencia de varios Estados y, en consecuencia, de varios sistemas jurídicos, incide en la regulación de los supuestos planteados. Supuestos en los que intervienen disposiciones de distinta naturaleza, las destinadas a regular las

⁸ J. L. MORENO PÉREZ/ A. L. DE VAL TENA, “La protección social voluntaria en el ámbito de la empresa”, *Documentación laboral*, núm. 79, 2007 (I), pp. 9-69.

⁹ C. DOUMBIA-HENRY/ E. GRAVEL, “Acuerdos de libre comercio y derecho laborales. Evolución reciente”, *R.I.T.*, vol. 125, 2006 (3), pp. 207-231.

¹⁰ A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del trabajo*, 2007, pp. 195 y ss; C. DOUMBIA-HENRY/ E. GRAVEL, “Acuerdos de libre comercio y derecho laborales (...)”, cit., pp. 227-228.

¹¹ C. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, “Notas sobre el marco normativo internacional de protección de los trabajadores migrantes: globalización económica vs. Derechos laborales”, *Anuario hispano-luso-americano de Derecho internacional*, núm. 18, 2006, pp. 525-539.

¹² Ver las medidas adoptadas en este ámbito en la Estrategia de Lisboa, “Hacia los principios comunes de la flexibilidad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y seguridad”, COM (2007) 359 final.

¹³ A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 2007, pp. 202-204; A. V. SEMPERE NAVARRO, “Prólogo” F. J. BIURRUN ABAD, L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, A. I. PÉREZ CAMPOS, *Cuestiones de Derecho social comunitario*, 2002, pp. 19-30

¹⁴ G. PALAO MORENO, *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, 1999, pp. 20 y ss.

actuaciones empresariales, de un lado; y las que rigen las relaciones de trabajo¹⁵.

4. En el marco de la Unión Europea la necesidad de articular mecanismos tendentes a garantizar la tutela de los trabajadores ha servido de fundamento para la elaboración de disposiciones específicas. De este modo nos encontramos con normas relativas a la intervención de los trabajadores en la empresa a través de los derechos de información y consulta¹⁶; otras que introducen una regulación específica del desplazamiento temporal internacional de trabajadores¹⁷; así como con disposiciones destinadas a garantizar el mantenimiento de las condiciones laborales en supuestos de transmisión internacional de empresas. De otro lado, la simplificación de estrategias empresariales transfronterizas mediante los nuevos Reglamentos comunitarios sobre sociedad anónima europea¹⁸, sociedad cooperativa europea¹⁹ o la Directiva sobre fusiones transfronterizas²⁰ se hacen eco de la problemática abordando, en algunas de sus disposiciones, aspectos relativos a la protección de los trabajadores afectados por las reestructuraciones que implican estas figuras.

5. En nuestro ordenamiento, a partir de las iniciativas armonizadoras de origen institucional, se han producido y se están produciendo importantes reformas legislativas. La reforma del artículo 44 ET tuvo su origen en las previsiones contenidas en la Directiva 2001/23, CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad²¹, en cuya virtud se consagran unas garantías mínimas, individuales y colectivas, para los trabajadores afectados por un cambio de titularidad empresarial. En esta línea se incardinan también las reformas operadas para la adaptación de nuestro sistema a las Directivas sobre implicación de trabajadores²², o la más reciente promulgación de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles²³, a través de la cual se incorporan la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital; y juntamente con ella, la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo; así como la Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital.

6. En este marco se incardina el presente estudio, que tiene por objeto exponer algunas cuestiones que, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, suscita la tutela de los trabajadores

¹⁵ N. MARCHAL ESCALONA, "Algunas reflexiones sobre el régimen jurídico de los desplazamientos de trabajadores en la Unión Europea", *REDI*, 2002 (2), pp. 811-822.

¹⁶ Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (DOCE L núm. 254, de 30 de septiembre de 1994) y la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1997), posteriormente modificada.

¹⁷ Directiva 96/71/CE de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOCE L núm 18, de 21 de enero de 1997) y Ley 45/1999, de 29 de noviembre sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional (BOE núm.286, de 30 de noviembre de 1999).

¹⁸ Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), DO L 294, de 10 de noviembre de 2001.

¹⁹ Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), DO L 207, de 18 de agosto de 2003.

²⁰ Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, DO L 310, de 25 de noviembre de 2005.

²¹ DOCE, L núm 82, de 22 de marzo de 2001

²² Véase, entre otras, la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas

²³ BOE núm. 82 de 4 de abril de 2009.

afectados por las distintas estrategias empresariales. Para ello, en primer lugar, debemos verificar cómo las iniciativas adoptadas por las empresas para lograr sus objetivos y adecuarse a las necesidades del mercado en el que intervienen, se proyectan sobre las relaciones laborales que en ella se desarrollan (II). No obstante, dada la diversidad de estrategias empresariales centraremos nuestra atención en los mecanismos de cooperación y colaboración utilizados para hacer frente a los elevados costes y riesgos que implican para las empresas la ejecución de proyectos internacionales y el desplazamiento de las modalidades de actuación empresarial a la vez que exige una creciente coordinación y concentración entre las actividades desarrolladas en distintos países. Quedan al margen de este análisis aquellos supuestos en los que los trabajadores resultan afectados por situaciones de crisis empresarial. Aspectos abordados, entre otras disposiciones, por la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario²⁴ y en la Ley Concursal²⁵, en la que se recogen algunos preceptos relativos a las garantías de los trabajadores cuyos contratos resultan afectados como consecuencia de un procedimiento de quiebra o insolvencia empresarial²⁶. A partir del análisis propuesto, trataremos de exponer las cuestiones que suscita la protección del trabajador en Derecho internacional privado (III). En concreto, distinguiendo según nos encontremos entre relaciones colectivas o individuales de trabajo, nos limitaremos a abordar el tratamiento de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y, en su caso, la designación del Derecho aplicable.

II. Las reestructuraciones de empresas: algunos aspectos de su dimensión social

1. Los trabajadores en el marco de una fusión de empresas

7. En la actualidad adquiere especial relevancia la fusión de empresas, tanto en el plano interno como en el internacional. Se trata de un mecanismo de concentración empresarial en cuya virtud dos o más empresas se integran bien mediante la creación de una nueva empresa bien mediante la absorción por una de ellas de la otra u otras. Es uno de los principales instrumentos para que las empresas refuercen su capacidad de competencia, permitiéndoles abaratar costes mejorar las condiciones de producción, de distribución y de investigación y desarrollo; pero asimismo, la fusión también actúa como mecanismo de reorganización de la estructura de grupo. Es un procedimiento por el que una o más sociedades integran sus respectivos socios y patrimonios bien mediante su extinción total y creación de una nueva sociedad bien mediante la extinción de alguna o algunas de ellas. Básicamente se admiten dos modalidades de fusión: fusión por creación, que consiste en la integración de sociedades en una nueva sociedad; y fusión por absorción, cuando una o más sociedades se integran en otra ya existente²⁷.

Los principios que caracterizan la fusión respecto de otros mecanismos son tres: en primer lugar, a través de ella se produce la integración de, al menos, dos sociedades con extinción de las sociedades absorbidas; en segundo lugar, se lleva a cabo la transmisión de sus respectivos patrimonios a título de sucesión universal, a favor de la sociedad que se constituye o de la absorbente; y, en tercer y último lugar, se incorporan los socios a la entidad única resultante. Los principales efectos de la fusión son, por tanto, la disolución de sociedades sin liquidación y la transmisión universal del patrimonio. Tanto si nos encontramos ante una fusión por creación como una fusión por absorción, las relaciones laborales que se

²⁴ DOE, L. núm. 283, de 28 de octubre de 2008.

²⁵ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 10 de julio de 2003). Vid. J.M. MARÍN CORREA, “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, pp. 83-96, espec., pp. 88-90; F. VALDÉS DAL RÉ, “Diálogos en convergencia y divergencia entre el legislador comunitario y el Tribunal de Justicia Europeo (A propósito de la reforma de la legislación sobre transmisión de empresa) (II)”, *Relaciones Laborales*, 2000-II, pp. 121-131.

²⁶ Sobre estos aspectos ha sido presentada recientemente ante el Tribunal de Justicia por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona una cuestión prejudicial en el as. C-313/07, *Kitruna SL y Elisa Viganó/ Cristina Delgado Fernández de Heredia, Sergio Sabini Celio, Miguel Oliván Bascones, Red Elite de Electrodomésticos SA, Electro Calbet SA*.

²⁷ *Memento práctico F. Lefebvre, Sociedades Mercantiles*, 2006, núms. 5675 y ss; F. VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil*, 2006, pp. 523-536

desarrollan en las empresas participantes pueden resultar afectadas. En virtud del principio de transmisión universal del patrimonio, mediante la fusión se transmiten todos los bienes, derechos y obligaciones que se extinguen y, en general, todas y cada una de las relaciones jurídicas en las que participan. La transmisión tiene, además de carácter obligacional, efectos reales. A través de ella se produce un cambio legal de la titularidad de las relaciones jurídicas y de la estructura empresarial de las sociedades que se extinguen, con continuidad de esta organización y estructura empresarial en el tráfico jurídico si bien integrando una estructura más amplia, la de la entidad resultante de la fusión.

8. Cuando la fusión se produce entre sociedades de distinta nacionalidad nos encontramos antes una fusión internacional. En Derecho internacional privado español la determinación del Derecho aplicable a la fusión internacional cuenta con una regulación específica recogida en el párrafo segundo del artículo 9.11 Cc²⁸. En su virtud, “en la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales”. La expresión literal del precepto no supone la aplicación de todas las leyes personales implicadas en la fusión sino, únicamente, que sean tenidas en cuenta. La flexibilidad que se introduce de este modo en su interpretación permite la aplicación distributiva de tales normas en determinados aspectos. Así, en relación con las consecuencias de la fusión, la disolución de cada sociedad preexistente se regirá por la ley nacional de cada una. Ley que también regirá la protección de terceros acreedores de la sociedad que se fusiona y de la que se disuelve²⁹, pero que presenta algunas dificultades para regular cuestiones relativas a la participación de los trabajadores y a las condiciones colectivas de trabajo³⁰.

9. La Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas de sociedades de capital³¹. La norma armonizadora ha tratado de facilitar la práctica de este mecanismo de concentración empresarial entre sociedades de capital en la Unión Europea. Para ello, en primer lugar, posibilita y fundamenta la iniciativa de fusión, evitando que las disposiciones nacionales puedan impedir su práctica; y, en segundo lugar, establece un procedimiento propio de fusión, en el que se contienen algunas remisiones a la *lex societatis*³². El concepto de fusión transfronteriza en la Directiva 2005/56 comprende aquellas operaciones del tráfico mercantil en las que bien una sociedad transfiere a otra ya existente la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo; bien dos o más sociedades transfieren a una sociedad constituida por ellas la totalidad de patrimonio, activo y pasivo; bien una sociedad transfiere el conjunto de su patrimonio activo y pasivo a la sociedad que posee la totalidad de los títulos o participaciones representativos de su capital social. De este modo, junto a la fusión por absorción y a la fusión mediante la creación de una nueva sociedad, la disposición comunitaria en su artículo 2.2 acoge un tercer tipo de fusión, la efectuada por transferencia del conjunto del patrimonio activo y pasivo de una sociedad a favor de la sociedad que ya posee la totalidad de las acciones de la transmitente. Se armoniza, así, el régimen jurídico de las fusiones, no obstante, continúa siendo necesario el recurso a las normas de Derecho internacional privado en las cuestiones no reguladas por la disposición comunitaria o el supuesto no esté incluido en su ámbito de aplicación³³. La Directiva se aplica cuando en las operaciones referidas están implicadas sociedades constituidas con arreglo a la legislación de algún Estado miembro y que tengan su domicilio social, centro de administración o principal establecimiento en territorio comunitario. Asimismo,

²⁸ A. L. CALVO CARAVACA, “Artículo 9. 11”, en M. ALBADALEJO/ S. DÍAZ ALABART (Dir.) *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, 1995, pp. 479-525.

²⁹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Personas jurídicas y sociedades” mercantiles, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 2007, pp. 295-336; R. ARENAS GARCÍA, “Sociedades”, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/ R. ARENAS GARCÍA/P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2007, pp. 171-244.

³⁰ R. ARENAS GARCÍA, “La *lex societatis* en el Derechos de las sociedades internacionales”, *Derecho de los Negocios*, núm. 70/71, pp. 11-26

³¹ Directiva 2005/56/CE del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital (DO L núm. 310, de 25 de noviembre de 2005).

³² J. HEYMANN, “Cour de justice des Communautés européennes.- 13 décembre 2005 (aff. C-4411/03)”, *Rev. crit. DIP*, 95 (3), 2006, pp. 662-678.

³³ R. ARENAS GARCÍA, “Sociedades”, (...), cit., pp 230-231.

se requiere que al menos dos de las sociedades fusionadas estén sujetas a la ley de distintos Estados miembros. En su artículo 27, la citada Ley 3/2009 prevé que la aplicación del régimen jurídico en ella previsto cuando se trate de la fusión de dos o más sociedades mercantiles inscritas sometidas a la ley española y, cuando se trate de la fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se regirá por lo establecido en las respectivas leyes personales, sin perjuicio del régimen especial recogido en el Capítulo II sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias y, en su caso, del régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas.

10. En este marco, debemos hacer mención a la figura de la Sociedad anónima europea que regula el Reglamento 2157/2001³⁴. Esta norma pretende la creación de un tipo societario que permita a las empresas la posibilidad de operar en el territorio de la Unión Europea con sometimiento a normas aplicables en todos los Estados miembros³⁵. A través de esta figura se pretende ofrecer un mecanismo jurídico que faciliten la fusión internacional de sociedades y el traslado de sede social de un Estado miembro a otro. Dos aspectos para los que las disposiciones comunitarias preexistentes no había alcanzado un nivel satisfactorio. Hasta ahora, el legislador había dejado al margen de la regulación la circulación de sociedades en el mercado comunitario, cada vez más necesaria para facilitar, garantizar y potenciar la capacidad económica de las empresas³⁶.

Las formas de constitución de la sociedad anónima europea son varias. Una primera forma es por fusión, cuya regulación se lleva a cabo en el texto comunitario estableciendo el marco legal mínimo común para todas las sociedades anónimas europeas domiciliadas en Estados miembros, remitiéndose en algunos aspectos a la ley del Estado donde cada sociedad implicada en la fusión tiene su domicilio social. Entre los aspectos regulados por la *lex societatis*, se encuentran los derechos de los sujetos afectados por la fusión. Una segunda forma de crear una sociedad anónima europea es por constitución de una Sociedad anónima europea holding, regulada en los artículos 32 a 34 del reglamento, o mediante la creación de una Sociedad anónima europea filial, conforme a los artículos 35 y 36. Y, por último, mediante la transformación de una sociedad anónima en una Sociedad anónima europea. Uno de los principales efectos es el relativo a la transmisión universal de patrimonio social a la sociedad anónima europea de nueva creación o a la sociedad absorbente que se convierte en esta figura. En el momento de su inscripción se produce esta transmisión que afecta a todos los derechos y obligaciones en los términos y condiciones establecidas en las prácticas nacionales³⁷.

11. El cambio que la fusión produce en las empresas implicadas se proyecta sobre las relaciones laborales que en ellas se desarrollan. Las disposiciones a las que hemos hecho referencia en los apartados anteriores abordan estas cuestiones teniendo, como principal objetivo, la tutela de los intereses de los trabajadores. En unos casos se puede producir alteraciones de las condiciones laborales o incluso la extinción del contrato de trabajo. A través de la figura de la sucesión o transmisión de empresas, regulada por la Directiva 2001/23 y el artículo 44 ET, y respondiendo a la necesidad de asegurar la estabilidad en el empleo y la subsistencia de la relación jurídica laboral, aquellas disposiciones consagran un conjunto de garantías para los trabajadores: la subrogación del cesionario o adquirente de la empresa en los derechos y obligaciones del cedente o transmitente; la imposibilidad de que la sucesión pueda constituir

³⁴ Reglamento (CE) 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad anónima europea (DO L núm. 294, de 10 de noviembre de 2001, pp. 1-21); Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre sociedad anónima europea domiciliada en España (BOE 15-XI-2005).

³⁵ Sobre los objetivos propuestos y los logros alcanzado por la disposición comunitaria, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento de la Sociedad europea: una primera lectura", *G.J.*, núm. 217, 2002, pp. 7-38; V. MAGNIER, "La société européenne en question", *Rev. crit. DIP*, 93(3), 2004, pp. 555-587; E. GARCÍA COSO, "La sociedad anónima europea: transformación, traslado de domicilio y problemas de conflicto de leyes", *Noticias de la UE*, 229, 2004, pp. 39-52; A.B. VEIGA COPO, "La Sociedad Anónima Europea y la fusión transnacional", *Noticias de la UE*, 229, 2004, pp. 133-148.

³⁶ Vid., R. ARENAS GARCÍA, "Sociedades", (...), cit., pp 230-231.

³⁷ *Memento práctico F. Lefebvre, Sociedades Mercantiles*, pp. 511-541; F. VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil (...)*, cit., pp. 623-627

causa de despido, así como el establecimiento de un sistema de responsabilidad solidaria frente al trabajador³⁸. No obstante, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo la afectación de las relaciones laborales vinculadas a las empresas que intervienen en una fusión es diferente según el tipo de fusión. En los casos en los que se crea una nueva empresa, el trabajador pasa a pertenecer a un grupo empresarial más amplio como consecuencia de la fusión. En el supuesto de fusión por absorción, en cambio, dado que la nueva empresa asume las obligaciones y el patrimonio de la empresa absorbida, nos encontraríamos ante un supuesto de sucesión de empresas o traspaso con las consecuencias que, según lo que se ha expuesto, ello implica³⁹.

Por su parte, el artículo 14.4 de la Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas de sociedades de capital⁴⁰, prevé que, en el supuesto de fusión mediante la creación de una nueva sociedad, la sociedad resultante asume los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo preexistentes y que obligan a las sociedades que se fusionan. Aunque el considerando 12 de la citada Directiva se remite, entre otras, a las normas recogidas en la Directiva 2001/23 para regular la protección de los derechos de los trabajadores que puedan resultar afectados por la fusión transfronteriza, en su articulado introduce algunas peculiaridades. Así, por ejemplo, no establece un sistema de responsabilidad solidaria entre las empresas que intervienen en el traspaso. Diferencia que se justifica teniendo en cuenta que una de las formas en las que se puede materializar la propia operación de fusión, por absorción, una de las empresas resulta absorbida y, en consecuencia, desaparece.

12. En el marco de las sociedades anónimas europeas, junto al Reglamento y para fomentar los objetivos sociales de la Comunidad Europea, se consideraron necesarias disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores que garantizaran el mantenimiento de sus derechos. Esta finalidad tuitiva se proyecta en la elaboración de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001 por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores⁴¹, que persigue potenciar el diálogo social dentro de ellas en el contexto de una situación de constante transformación de las empresas en el seno de la Unión Europea y como fórmula adecuada para favorecer el éxito de tales cambios. Se establecen procedimientos de información y consulta tratando de garantizar la representación y participación de los trabajadores en los órganos de las sociedades. Sobre la base del acuerdo entre las partes, la Directiva reconoce los derechos de información y consulta, así como el derecho de participación de los trabajadores en los órganos sociales de la sociedad anónima europea cuando existiera participación previa en las sociedades participantes en su constitución, tal y como sucede en países como Alemania, Austria y los países nórdicos. Además, en el caso de falta de acuerdo, prevé disposiciones subsidiarias de aplicación obligatoria en lo relativo a los derechos de información y consulta y, en determinadas circunstancias tasadas, también a los derechos de participación. Respeto de manera absoluta el juego de la voluntad de las partes, de la autonomía colectiva; destaca en este sentido la importancia del acuerdo entre los órganos competentes de las sociedades participantes y la comisión negociadora integrada por representantes de los trabajadores, como forma prioritaria de determinar las normas que han de regir la información, la consulta y la participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea. En este sentido, la Directiva 2001/86/CE y la ley que la incorpora al Ordenamiento jurídico español, están en consonancia con la configuración constitucional de nuestro sistema de relaciones laborales, que eleva a las organizaciones empresariales y a los sindicatos a la categoría de bases institucionales del sistema (artículo 7 de la Constitución Española) y reconoce la fuerza vinculante de

³⁸ M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*. 2009.

³⁹ Vid., entre otras, la STS de 26 de marzo de 1993 (ref. 1993/4775)

⁴⁰ Directiva 2005/56/CE del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital (DO L núm. 310, de 25 de noviembre de 2005).

⁴¹ Vid. Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DO L 294 de 10 de noviembre) y la Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio de 2003 por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DO L 207, de 18 de agosto). Ambas directivas han sido incorporadas recientemente al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónima y cooperativa europeas (BOE núm. 250, de 19 de octubre).

los convenios colectivos (artículo 37 de la Constitución Española).

Junto a aquélla disposición, el Reglamento prevé que la ordenación jurídica de las relaciones laborales y los derechos de los trabajadores se rijan por las legislaciones nacionales aplicables en las mismas condiciones que a las sociedades anónimas⁴². No obstante, en su artículo 29, al regular los efectos derivados de la creación de una Sociedad anónima europea mediante fusión, establece las líneas básicas de la ordenación jurídica de los derechos de los trabajadores con los que las empresas afectadas por la fusión transfronteriza tenían vínculos contractuales anteriores a la fusión. En su párrafo cuarto establece una regla especial para la transmisión de las relaciones laborales⁴³, disponiendo que “los derechos y obligaciones de las sociedades participantes en materia de términos y condiciones de empleo derivados de la legislación y prácticas nacionales, de los contratos de trabajo individuales o de las relaciones laborales existentes en la fecha de registro, se transferirán, en razón de dicho registro, a la SE en el momento de su registro”.

2. Los trabajadores vinculados a grupos de empresas

13. Entre los mecanismos de cooperación empresarial, los grupos de empresas se configuran como una de las principales estrategias utilizadas en la actualidad para permitir la expansión comercial. A través de ellas varias empresas se unen, conservando cada una su propia personalidad jurídica, para la consecución de objetivos muy diversos. Se pueden realizar bien estableciendo una relación de dominio entre la empresa que dirige el grupo y las que se someten a su poder de dirección bien situando a personas comunes en los órganos de decisión de cada empresa bien celebrando acuerdos o contratos de colaboración. Esta figura permite a las empresas que se integran la adopción de políticas de crecimiento que garanticen una intervención más amplia y flexible en el mercado. A través de procesos de creación de filiales la empresa matriz segrega unidades productivas susceptibles de ser explotadas de forma autónoma e independiente. Se trata de un conjunto de sociedades vinculadas entre sí y sometidas a una dirección única llevada a cabo por una de ellas, denominada sociedad matriz, y a la que se subordinan las demás sociedades, denominadas filiales⁴⁴. Aún manteniendo cada una de ellas su personalidad jurídica independiente, todas forman lo que se ha denominado una macroempresa o una “empresa policorporativa”⁴⁵. En el ordenamiento jurídico español, su regulación se ha llevado a cabo de forma fragmentaria y parcial adquiriendo, por ello, especial transcendencia la doctrina jurisprudencial, circunstancia que suscita algunas dificultades puestas de relieve por la doctrina⁴⁶.

14. La creación de grupos de empresas deriva importantes consecuencias que se proyectan sobre las relaciones laborales que se desarrollan en las empresas. En la medida en que a través de la creación de grupos de empresas se lleva a cabo una modificación de la vertiente organizativa y patrimonial de las empresas que lo integran, este instrumento de cooperación se proyecta sobre las relaciones laborales desarrolladas en las empresas que intervienen. De hecho, en nuestro ordenamiento, ha sido en el ámbito laboral donde mayor desarrollo ha adquirido el tratamiento de los grupos de empresas y en el que se ha consolidado una jurisprudencia conforme a la cual, cuando existe grupo de empresas éste opera frente a los trabajadores como empresario real y único, imponiéndose como solución normal la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo. A efectos laborales, el reconocimiento de su existencia se apoya en la calificación como empresario, ex artículo 1.2 ET,

⁴² Cdo. 21 del Reglamento 2157/2001, cit.

⁴³ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento de la Sociedad europea: (...)”, cit., p. 26.

⁴⁴ Sobre los grupos de sociedades, vid., C. PAZ-ARES, “Uniones de empresas y grupos de sociedades” en URÍA MENÉNDEZ (Dir) *Derecho mercantil*, pp. 493-512; F. SÁNCHEZ CALERO / J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil* (...), cit, p. 751. En Derecho internacional privado, vid., entre otros: G. PALAO RODRÍGUEZ, *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual* (...), cit., pp. 59 y ss.

⁴⁵ F. SÁNCHEZ CALERO / J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil* (...), cit, p. 751.

⁴⁶ F. SÁNCHEZ CALERO / J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil* (...), cit, pp. 750 y ss; C. PAZ-ARES, “Uniones de empresas y grupos de sociedades” en URÍA MENÉNDEZ (Dir) *Derecho mercantil*, pp. 493-512; F. VICENT CHULIA, *Introducción* (...), pp. 650 y ss.

a quien organiza y recibe efectivamente la prestación de servicios así como en el hecho de que se admita la promoción interna de un trabajador en la misma empresa o en otra que mantuviese con ella relaciones de grupo⁴⁷. Dada la amplitud del concepto de empresario en las normas laborales españolas, la jurisprudencia ha llegado a reconocer la existencia del grupo de empresas como si se tratara de una sola empresa siempre que se acredite la existencia de una unidad real, funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, trabajo común prestado a varias empresas del grupo. El grupo de empresas actúa así frente a los trabajadores como empresario real y único⁴⁸, correspondiendo la prueba de la existencia de los grupos de empresas a quien pretenda hacer valer sus efectos laborales.

15. Pueden plantearse varios supuestos. De un lado, los relativos al desplazamientos de trabajadores entre empresas del grupo⁴⁹, han llevado al establecimiento, en la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación transnacional de servicios, de unas condiciones laborales mínimas que deben garantizar los empresarios, incorporada al Ordenamiento jurídico español mediante la Ley 45/1999, de 29 de noviembre. De otro, es posible encontrarnos con algunos supuestos calificables como sucesión de empresas en los términos de la Directiva 2001/23, en función de las circunstancias que concurren en cada caso⁵⁰. Así, por ejemplo, mientras que en los casos en los que tras la creación de filiales se estén encubriendo distintas empresas desde una perspectiva jurídico-formal que actúan con arreglo a criterios de subordinación, con plena dependencia respecto de una única empresa que interviene como única organización empresarial segregada por razones económicas o fiscales, no podría hablarse de sucesión de empresas, cuando la segregación patrimonial haya dado lugar a la creación de empresas autónomas e independientes. En este supuesto, la operación puede ser calificada como un traspaso de empresa resultando aplicables las garantías que para los trabajadores establecen las disposiciones referidas con anterioridad.

Cuando a través de procesos de creación de filiales la empresa matriz segrega unidades productivas susceptibles de ser explotadas de forma autónoma e independiente, es posible confirmar la existencia de cambios en la titularidad empresarial, y a partir de la doctrina jurisprudencial española⁵¹, se puede concluir la responsabilidad de la empresa dominante considerada, a efectos laborales, como empresario real y único. Nuestro Tribunal Supremo, considerando la existencia de “lagunas de protección”⁵², busca mecanismos adecuados para la defensa de los trabajadores perjudicados. Este órgano ha aplicado la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica cuando la situación y el perjuicio que de la misma se derivan así lo requerían. En otras ocasiones, ha considerado responsable a la empresa dominante, según el grado de vinculación más o menos explícita de ésta como garante, o ha afirmado la responsabilidad solidaria del grupo⁵³. Los efectos del cambio de titularidad en estos supuestos requieren un detallado análisis para evitar que se eludan las garantías de los trabajadores. No obstante, para que la vinculación entre las empresas que integran el grupo se proyecte al ámbito de las relaciones laborales provocando responsabilidad solidaria es necesario que concurren determinadas circunstancias, como la confusión de plantilla o la dirección unitaria, entre otras. La simple existencia de un grupo de empresas no es suficiente para generalizar la posición empresarial a todas las sociedades que integran el grupo o para extender a todas ellas la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones laborales ya que, como ha señalado el Tribunal Supremo⁵⁴, desde el punto de vista jurídico formal los componentes del

⁴⁷ A. MONTOYA MELGAR, “Empresas multinacionales y relaciones de trabajo”, *REDT*, 1983, núm. 16, pp. 485-502

⁴⁸ *Memento práctico (...)*, *Social*, cit., núm. 1539, pp. 209 y ss.

⁴⁹ Véase, G. PALAO MORENO, *Los grupos de empresa (...)*, cit.

⁵⁰ M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La protección del trabajador (...)*, cit., pp. 43 y ss.

⁵¹ SSTs de 24 de septiembre de 1990, de 6 de julio de 1994 y la de 27 de octubre de 1994. Vid. A. V. SEMPERE NAVARRO/ F. CAVAS MARTÍNEZ, “Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2001.

⁵² STS de 4 de junio de 2002.

⁵³ C. PAZ-ARES, “Uniones de empresas y grupos de sociedades” en R. URÍA MENÉNDEZ (Dir) *Derecho mercantil*, pp. 493 y ss, espec. pp. 509-510

⁵⁴ SSTs de 13 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9016); de 22 de julio de 1998 (RJ 1998/6197).

grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son. La extensión de la posición del empresario a otras entidades del grupo distintas del empleador dependerá de la concurrencia de circunstancias como el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; la prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias empresas del grupo; la creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de la exclusión de responsabilidades laborales o la confusión de plantillas y patrimonios de tal modo que tenga una apariencia externa de unidad empresarial⁵⁵. Los grupos de empresas no borran la personalidad singular de las entidades que los integran de modo que cada una es único titular de derechos y responsable único de las relaciones jurídicas en las que intervienen salvo en los supuestos de utilización abusiva o fraudulenta de la forma jurídica societaria en perjuicio del trabajador⁵⁶. Son estos últimos supuestos en los que, para evitar que se eludan las garantías de los trabajadores, se establece la responsabilidad solidaria de las empresas que forman parte del grupo, siendo necesario, en tal caso, la concurrencia de las circunstancias referidas.

16. En esta misma línea, la jurisprudencia comunitaria, con ocasión de la sentencia dictada en el asunto *Allen*⁵⁷, se ha pronunciado en orden a la aplicación de la Directiva 77/187 en este ámbito. Los hechos de los que trae causa la decisión del Tribunal de Justicia son los siguientes. La empresa ACC, filial del grupo AMACO, es una sociedad destinada a la construcción de viales subterráneos y perforación de galerías. Generalmente, resulta adjudicataria de las licitaciones que convocan los propietarios de las minas para la realización de estos trabajos. Otra filial del grupo, AMS, que en principio tenía por objeto trabajos auxiliares de limpieza y mantenimiento de galerías, fue ampliando su actividad convirtiéndose en subcontratista de las ofertas de trabajo de perforación presentadas por ACC. La subcontratación de AMS conllevó la disminución de la actividad de ACC que despidió a algunos de sus trabajadores manifestándoles que pronto serían contratados por AMS. Así fue. Percibieron la indemnización por despido y de nuevo fueron contratados por esta última filial. Como subcontratante, AMS disponía de las instalaciones y equipo que el licenciante, la empresa nacional británica del carbón y tras su privatización la empresa RJB Moining (UK) Ltd. Por objeciones de este último, ACC dejó de subcontratar con AMS y contrató a todos sus trabajadores que, con anterioridad, habían pasado a esta última. Aunque las condiciones de trabajo de los nuevos contratos fueron mejores que las ofrecidas por AMS no eran tan favorables como las que tenían con ACC antes del despido. Esta circunstancia fundamenta la reclamación efectuada por los demandantes en la instancia, el Sr. Allen y otros veintitrés mineros. En sus alegaciones manifiestan que con arreglo a las normas internas de adaptación a la Directiva 77/187 se había producido un doble traspaso de empresa. Dos cuestiones se plantean al Tribunal de Justicia, la primera, determinar si es posible aplicar el concepto de traspaso de empresa a dos sociedades que pertenecen a un mismo grupo de empresa y la segunda, concretar los criterios para determinar la existencia de transmisión.

En cuanto a la primera cuestión, que es la que interesa a los efectos de nuestro trabajo, el Tribunal de Justicia afirma que la Directiva 77/187 tiene por objeto regular todo cambio de empresario y, por tanto, desde el momento en que este cambio se produce, la disposición comunitaria resulta aplicable. Si como consecuencia de la cesión o fusión se produce un cambio del responsable de la explotación que contrata con trabajadores, aunque no se transfiera la empresa el cambio de empresario se ha producido. En tales circunstancias, en nada afecta que los dos empresarios sean filiales de un mismo grupo. Lo determinante es que en el marco de las relaciones laborales se ha producido un cambio de empresario. El objetivo de la Directiva es, precisamente, regular “toda mutación jurídica de la persona del empresario (...) y que, por tanto, puede aplicarse a una transmisión entre dos sociedades filiales de un mismo grupo que constituyen personas jurídicas diferentes que mantienen, cada una por su lado, relaciones laborales específicas con sus trabajadores”⁵⁸. Siguiendo la doctrina sentada en el asunto *Raygaard*⁵⁹, el Tribunal

⁵⁵ Así lo afirma la STSJ Islas Baleares, 169/06, de 24 de abril de 2006 (AS 2006/2257), en su considerando noveno, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en el mismo se cita.

⁵⁶ Entre otras, las SSTs de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996/1341); de 5 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8589); de 22 de febrero de 1999 (RJ 1999/1058); STSJ de Madrid de 6 de abril de 1999 (AS 1999/1340).

⁵⁷ SSTJCE de 2 de diciembre de 1999, as. C-234/98, *G.C.Allen y otros c. Amalgamated Construction Co. Ltd.*

⁵⁸ Cdo. 17, sentencia *Allen*.

⁵⁹ STJCE de 19 de septiembre de 1995, as. C-48/94, *Rygaard*.

de Justicia afirma que aunque sean filiales con idénticos directivos, si la operación que se realiza entre ellas tiene por objeto una entidad económica, aquella circunstancia no excluye el supuesto del concepto de traspaso de empresa a los efectos de la norma comunitaria.

17. La Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, evidencia la dimensión social de estas iniciativas de colaboración y cooperación empresarial. Esta disposición marcó un hito en el devenir de la Europa social, con una norma de extraordinaria importancia en el ámbito de la mejora de los instrumentos de implicación de los trabajadores en la empresa. Una experiencia que ayudó también a hacer avanzar el proceso relativo a la sociedad anónima europea, al que nos hemos referido, permitiendo proyectar sobre ella técnicas ya ensayadas en la organización de las fórmulas de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos transnacionales. Fue transpuesta al Ordenamiento jurídico español mediante la Ley 10/1997, de 24 de abril, que tiene por objeto regular los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria y que, como consecuencia de las nuevas figuras societarias y de las nuevas regulaciones contenidas en otras disposiciones comunitarias ha sido objeto en los últimos años de sucesivas modificaciones.

3. Otros mecanismos de cooperación y colaboración interempresarial

18. Las uniones de empresas se configuran como un sistema de colaboración entre empresarios que, manteniendo su independencia jurídica, se someten a una dirección unitaria para obtener determinados fines económicos. A diferencia de la fusión, en las uniones de empresas cada una de ellas conserva su individualidad jurídica limitando únicamente su poder de iniciativa económica. Limitación, esta última, que varía según nos encontremos ante una agrupación o unión de empresas basada en el principio de subordinación o fundamentada en el principio de coordinación. En el primer caso, el sometimiento a la dirección única es total. En el segundo, las limitaciones se derivan únicamente de los acuerdos celebrados, encontrándose todas las empresas integrantes en régimen de igualdad. Entre otros, las uniones de empresas temporales⁶⁰ y las agrupaciones de interés económico⁶¹, son ejemplos de estos mecanismos de colaboración empresarial.

A) Las uniones temporales de empresas

19. Las uniones de empresas temporales se constituyen para facilitar la colaboración de varios empresarios por un tiempo determinado para el desarrollo o ejecución de una obra o servicio. En virtud de este contrato de carácter asociativo se constituye una nueva empresa que carece de personalidad jurídica y tiene un plazo de duración limitado⁶². Su proyección en las relaciones laborales puede abordarse teniendo en cuenta, de un lado, la posibilidad de calificar algunos supuestos como sucesión de empresas; y, de otro, por la posibilidad de encontrarnos ante desplazamientos de trabajadores incluidos en el marco de Ley 45/199, cuando se produzca la movilidad del trabajador temporalmente de una empresa a otra en el marco de una prestación de servicios transnacional.

20. En relación con los supuestos de sucesión de empresas, la conservación de la identidad tras el cambio en la titularidad empresarial requiere, además de la continuidad de la explotación, que actúa como elemento decisivo pero no determinante del traspaso, el análisis de otros datos fácticos que rodean

⁶⁰ Ley 18/82 sobre uniones temporales de empresas

⁶¹ Ley 12/1991, de 29 de mayo, sobre Agrupaciones de Interés Económico (AIE) y el Reglamento CE 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, sobre Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE)

⁶² F. VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil (...)*, cit., pp. 641-642 se trata de uniones contractual de empresas, sin personalidad jurídica, para la realización de una actividad concreta, generalmente obras públicas o privadas. Se constituye en escritura pública en la que sus miembros nombran un gerente con poderes expresos. No existe patrimonio social, siendo las empresas miembros de la unión las que responden de las deudas contraídas por el gerente, una responsabilidad solidaria e ilimitada.

cada supuesto⁶³. Aún careciendo de personalidad jurídica, las uniones de empresas tienen reconocido cierto grado de personificación en relación, por ejemplo, con aspectos de vinculación laboral. Sus miembros se encuentran sujetos a un régimen de responsabilidad solidaria e ilimitada. Como ha declarado nuestro Tribunal Supremo, estas características, justifican que sea admisible la demanda presentada por un trabajador frente a la unión temporal de empresas o frente a los empresarios de forma individual⁶⁴. Las mayores dificultades se suscitarían habida cuenta de la necesidad de valorar la existencia de una entidad económica estable. El carácter temporal de las uniones de empresas llevaría a excluir este supuesto, no obstante, recientemente, en la sentencia dictada en el asunto *Jouini*⁶⁵, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a la posibilidad de incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 supuestos en los que intervienen empresas de trabajo temporal. Los hechos de los que trae causa la sentencia citada son los siguientes. El señor Jouini y otros trabajadores demandan a la sociedad Princess Personal Service GmbH (en adelante PPS) en relación con el pago de salarios y la declaración de la existencia de cesión de sus contratos laborales. Los demandantes eran empleados de Mayer, una empresa de trabajo temporal. Posteriormente directivos de ésta crean PPS, una nueva empresa de trabajo temporal, que captó de la antigua no sólo clientes sino también directivos y aproximadamente una tercera parte de sus empleados. Entre éstos últimos se encuentran los demandantes que, considerando la existencia de transmisión de centro de actividad en el sentido de la Directiva 2001/23 reclaman a PPS, en su condición de cesionaria del centro, el pago de los salarios que Mayer no les abonó y que habían sido generados con anterioridad así como el reconocimiento de la antigüedad adquirida. Tanto en primera instancia como en apelación fueron estimadas las pretensiones de los demandantes por lo que PPS interpuso recurso de casación ante el Oberster Gerichtshof impugnando la calificación de la operación como transmisión de centro de actividad. Siguiendo la jurisprudencia del TJCE, el órgano judicial considera la necesidad de verificar la existencia de transmisión de centro de actividad debiendo para ello comprobar la existencia de una entidad económica organizada de forma estable en el sentido de un conjunto organizado de personas y elementos que permitan el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio; y, en segundo lugar, verificar si la operación con el nuevo empresario reúne los requisitos necesarios para calificarla como tal transmisión.

Encontrándose ante empresas de trabajo temporal, la existencia de una transmisión de centro de actividad presenta peculiaridades propias. En este caso, las empresas apenas emplean trabajadores en su propio centro de actividad, resultando difícil referirse a ellas como entidad integrada por un conjunto de medios organizados, sino que lo que hacen es ceder sus trabajadores a otras empresas siendo estas últimas las que integran a los trabajadores cedidos en su propia organización. De este modo, el órgano jurisdiccional cuestiona si puede aplicarse a las empresas de trabajo temporal el enfoque desarrollado en relación con otras empresas basado en la existencia de entidad económica organizada en el sentido de un centro de actividad o de una parte de un centro de actividad propio. En concreto se plantea si constituye una transmisión de un centro de actividad o de parte de un centro de actividad en el sentido de la Directiva el supuesto en el que, de común acuerdo entre dos empresas de trabajo temporal, y sin que exista una estructura organizativa delimitable en la primera empresa, un empleado administrativo, un director de filial, así como encargados de la asistencia a clientes y el gerente de la primera empresa pasen a la segunda y realicen actividades económicas similares y, junto a ellos, pasen parcial o totalmente de una a otra un tercio de los trabajadores cedidos temporalmente a los clientes, así como los respectivos clientes.

Siguiendo una reiterada jurisprudencia⁶⁶, el TJCE afirma que el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión de empresa a los efectos de la Directiva consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende de que, entre otras circunstancias, continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude. Admitiendo la flexibilidad del término cesión

⁶³ M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La protección del trabajador (...)*, cit., pp. 63 y ss.

⁶⁴ En este sentido, vid. las SSTS de 12 de febrero de 1990, (RJ 1990/900) y de 29 de abril de 1998 (RJ 1998/3879) y las SSTSJ de Andalucía, Granada, de 13 de noviembre de 2002 (AS 2002/438) y del País Vasco de 22 de noviembre de 2003 (AS 2003/3846), entre otras.

⁶⁵ Sentencia de 13 de septiembre de 2007, dictada en el as. C-458/05, *Mohamed, Jouini y otros c. Princess Personal Service GmbH (PPS)*.

⁶⁶ Entre otras, vid. las SSTJCE de 18 de marzo de 1986, *Spijkers*, cit.; y de 15 de diciembre de 2005, *Güney-Görres*, cit.

contractual y teniendo en cuenta que el traspaso de trabajadores se efectúa en el marco de la cooperación existente entre Mayer y PPS que hace posible, junto al hecho de tener ambas casi los mismos dirigentes, que ésta última empresa ejerciese idéntica actividad al servicio de los mismos clientes y utilizando en gran medida los trabajadores de Mayer. Parece evidente que tal cooperación tenía por finalidad y objeto transmitir elementos de explotación de una empresa a otra, restando por determinar si tal operación afecta a toda la empresa o sólo a una parte. Para estar el supuesto incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable. Teniendo en cuenta las especialidades de las empresas de trabajo temporal, caracterizadas por la inexistencia de organización de empresa propia que permita identificar diferentes entidades económicas separables en función de la organización, por la falta de estructura organizativa delimitable, el TJCE procede, no a demostrar la existencia de una entidad económica en función de su organización, sino a comprobar si los elementos de explotación traspasados por el cedente constituían en su empresa un conjunto operacional autosuficiente para permitir prestar servicios característicos de la actividad económica de la empresa sin requerir el uso de otros elementos de explotación importantes o de otras partes de ésta. En esta línea, dado que la actividad desarrollada por las empresas de trabajo temporal, que se caracteriza por la cesión temporal de trabajadores a empresas usuarias para el desarrollo de unas tareas diversas, requiere unos conocimientos específicos y una estructura organizativa adecuada y un conjunto de trabajadores temporales que puedan integrarse en las empresas usuarias ejerciendo en ellas las tareas solicitadas, aunque éstos se integren en la estructura organizativa del cliente no dejan de ser elementos fundamentales de la empresa de trabajo temporal sin los que sería imposible que ésta última desarrollase su actividad.

21. En consecuencia, el TJCE en su decisión confirma la posibilidad de la existencia de traspaso de empresa de trabajo temporal en el sentido de la Directiva 2001/23 “cuando una parte del personal administrativo y una parte de los trabajadores temporales pasan a otra empresa de trabajo temporal para desarrollar en ella las mismas actividades al servicio de clientes idénticos y, circunstancia que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, los elementos afectados por la transmisión de una entidad económica son suficientes por sí solos para permitir la continuación de las prestaciones características de la actividad económica de que se trata sin utilizar otros elementos de explotación importantes ni otras partes de la empresa”⁶⁷.

B) Las agrupaciones de interés económico

22. En el supuesto de las agrupaciones de interés económico, nos encontramos con una figura jurídica que tiene como finalidad facilitar los resultados de la actividad de los socios que aúnan sus esfuerzos para alcanzar intereses comunes conservando su total independencia, mediante el desarrollo de una actividad económica auxiliar y diversa de la de éstos. Una de sus principales características es que estas agrupaciones no tienen ánimo de lucro. A diferencia de las uniones temporales de empresas, las agrupaciones de interés económico son sociedades mercantiles con personalidad jurídica que se constituyen por un tiempo indeterminado. Sus miembros responden solidaria e ilimitadamente, con carácter subsidiario, por las deudas sociales. Así configuradas, y siguiendo la doctrina jurisprudencial expuesta en el marco de los grupos de empresas, coexistiendo las empresas agrupadas y la agrupación con plena independencia, no se produce cambio alguno en la titularidad empresarial, por lo que, en principio, no parece que sea posible la inclusión de estos supuestos en el marco de la sucesión de empresas.

23. Con el fin de facilitar el desarrollo de la cooperación empresarial en el mercado comunitario fueron creadas las Agrupaciones europeas de interés económico, cuya ordenación jurídica se ha llevado a cabo a través del Reglamento CEE/2137/85. En éste se regulan las principales características de esta figura societaria que desde su constitución en un Estado miembro tiene plena capacidad en los demás, dejando a los legisladores nacionales, del Estado en el que la AEIE tiene su sede establecida en el contrato de agrupación, la regulación de aspectos como el reconocimiento de personalidad jurídica, el registro o la

⁶⁷ Cdos. 35 a 38 de la sentencia *Jouini*.

publicidad⁶⁸. Junto a la ley que rige la agrupación europea se determinarán los efectos de la constitución de la agrupación estando condicionada, como veremos, tal regulación por las disposiciones laborales de carácter imperativo cuando los supuestos puedan ser calificados como transmisión de empresas, impliquen un desplazamiento de trabajadores o incidan sobre la representación y participación de trabajadores.

III. La tutela judicial de los trabajadores afectados por algunas estrategias empresariales

24. Hemos tenido ocasión de exponer, en los párrafos que preceden, cómo para el trabajador o trabajadores vinculado/s laboralmente con alguna de las empresas implicadas en una reestructuración empresarial se pueden generar efectos negativos en su contrato. Estos efectos se materializan tanto en modificaciones o alteraciones sustanciales de sus condiciones laborales como, incluso, en la extinción de su relación laboral. Ante tales situaciones el trabajador, individualmente, o de forma colectiva, deberá reclamar judicialmente la protección de sus intereses impugnando ante los tribunales la decisión de la empresa. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, el estudio de la tutela del trabajador en este tipo de situaciones suscita muy diversas cuestiones, tanto de índole procesal como sustantiva. Sin perjuicio de referencias aisladas a algunas de ellas, en este trabajo nos limitaremos, atendiendo a los objetivos propuestos, a exponer las relacionadas con la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y, en su caso, la designación del Derecho aplicable. Cuestiones que se abordarán distinguiendo según el litigio verse sobre relaciones individuales de trabajo (1) o colectivas (2).

1) Relaciones individuales de trabajo

A) Competencia judicial internacional de los tribunales españoles

25. En Derecho internacional privado español la tutela judicial del trabajador cuyo contrato de trabajo ha resultado modificado o extinguido como consecuencia de decisiones empresariales como las analizadas en el apartado anterior, requiere, en primer lugar, determinar en qué supuestos corresponde a los tribunales españoles el conocimiento de este tipo de litigios. En este sector, nuestro sistema se articula a partir de una pluralidad de fuentes normativas, que suscitan importantes dificultades para el aplicador del Derecho⁶⁹. Este sistema se encuentra integrado por las normas previstas en el R. 44/01 de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (en adelante R. 44/01)⁷⁰, los Convenios de Bruselas⁷¹ y Lugano⁷², y en las disposiciones de origen interno recogidas en el artículo 25 de la LOPJ, así como en otras disposiciones estatales, en sus respectivos ámbitos de aplicación⁷³. La intervención de una u otra disposición se efectuará a partir de

⁶⁸ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Personas jurídicas y sociedades mercantiles", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 2007, pp. 331-332; R. ARENAS GARCÍA, "Sociedades", (...), cit., pp. 238-241.

⁶⁹ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Sobre la vinculación del juez a la ley en Derecho internacional privado", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, 2003, T-IV, pp. 6307-6322; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Los Tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial", en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (Dir.) *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, CGPJ, 1997, pp. 59-158, espec. pp. 68 y ss.

⁷⁰ Reglamento 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. DOE núm. L 12, de 16 de enero de 2001.

⁷¹ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, DOCE núm. C 189, de 29 de julio de 1990.

⁷² Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988, (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1994), DO L 339, de 21 de diciembre de 2007.

⁷³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derecho laboral internacional" en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II., 2006, pp. 451-471; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LO-

los principios de primacía del Derecho comunitario, el de jerarquía y el de competencia; debiendo tenerse en cuenta, además, la propia delimitación de sus respectivos ámbitos de aplicación y las cláusulas de compatibilidad recogidas, generalmente, en los propios textos institucionales y convencionales.

El Reglamento 44/01 se configura, desde su entrada en vigor el 1 de marzo de 2002⁷⁴. Sus normas de competencia se aplicarán, con carácter general, atendiendo al criterio del domicilio del demandado en un Estado miembro de la Unión Europea⁷⁵; y, cuando no concorra esta circunstancia, encontrándose el demandado domiciliado en un Estado no miembro, serán las disposiciones de origen convencional o, en su defecto, las de producción estatal⁷⁶, las aplicables. Únicamente se excepcionan las normas de competencia judicial internacional recogidas en los artículos 22 y 23 del R44/01⁷⁷, que se aplican con independencia del domicilio del demandado. El domicilio del demandado tiene, así, una doble naturaleza siendo condición de aplicabilidad de las normas de competencia y criterio atributivo de competencia en los términos del artículo 2 R44/01⁷⁸.

26. Los litigios que tienen por objeto la protección de los derechos del trabajador bien frente a un despido bien frente a una modificación de las condiciones laborales preexistentes están incluidos en su ámbito de aplicación material, a partir de la interpretación amplia que de la expresión “materia civil y mercantil” ha adoptado el TJCE. En ella son subsumibles aquellas relaciones jurídicas de contenido patrimonial entre sujetos particulares o sujetos de Derecho público que intervienen sin potestad de imperio⁷⁹. Pero, además, el propio texto incorpora una sección propia relativa a los contratos de trabajo⁸⁰, un concepto autónomo⁸¹, propio de su antecesor el Cv de Bruselas⁸², que ha ido perfilando Tribunal de

RENZO, *Derecho internacional privado*, pp.478-481; M. GUZMÁN ZAPATER, “Las obligaciones contractuales”, en A. P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, Capítulo XXVI, vol. II, UNED, 2004, pp. 326-329; J. L. IRIARTE DE ANGEL, “El convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y la competencia judicial internacional respecto de los litigios derivados del contrato individual de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1996, núm. 9, pp. 99-122; P. JUÁREZ PÉREZ, “Contrato de trabajo internacional”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, 2003, pp. 567-576; *Ib. Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, cit; E. ZABALO ESCUDERO, “La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo (artículo 25 LOPJ)”, *REDI*, 1986 (2), pp. 614 -629; *Ib. El contrato de trabajo en Derecho internacional privado español*, 1983.

⁷⁴ Temporalmente, el R 44/01 se aplicará a todos las acciones que se inicien con posterioridad al 1 de marzo de 2002, fecha de su entrada en vigor (artículo 66 R 44/01).

⁷⁵ El 19 de octubre de 2005, la Comunidad firmó un acuerdo con Dinamarca extendiendo las disposiciones del Reglamento 44/2001 a este país. El Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil fue aprobado en nombre de la Comunidad mediante decisión del Consejo de 27 de abril de 2006 (DO L 120 de 5.5.2006).

⁷⁶ El recurso a normas de producción estatal para determinar la competencia judicial internacional en supuestos en los que el empresario no mantiene vínculo alguno con territorio comunitario y que, por ende, son supuestos que gozan de un elevado nivel de internacionalidad, ha sido considerado como “una dejación por parte del legislador comunitario (...) claramente insuficiente (...) pero lógica, por la evidente limitación espacial y competencial de aquél”, vid. G. PALAO MORENO, “Las normas de Derecho internacional privado de origen comunitario en materia de contrato individual de trabajo, ante los retos de la integración europea y de la globalización”, *AEDIPR*, 2005, pp. 309-334, espec. 319.

⁷⁷ Artículos 4 y 2 R. 44/01

⁷⁸ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 2004, pp. 62 y ss.

⁷⁹ Sobre la delimitación del ámbito de aplicación material del R. 44/01 y la jurisprudencia del TJCE vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I., 2006, pp. 79 y ss; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, pp. 64 y ss.

⁸⁰ P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, 2002, pp. 49 y ss.

⁸¹ M. AUDIT, “L’interpretation autonome du droit international privé communautaire”, *J.D.I. (Clunet)*, 2004, pp. 789-816.

⁸² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Artículo 5.1” en A. L. CALVO CARAVACA/ P. BLANCO MORALES LIMONES, *Comentarios al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, 1994, pp. 99

Justicia a través de su jurisprudencia⁸³, y con el que se hace referencia a los vínculos a través de los cuales una persona proporciona durante un cierto periodo de tiempo a favor y bajo la dirección de otra persona, prestaciones por las cuales percibe una retribución⁸⁴.

La sección quinta del capítulo II, que comprende los artículos 18 a 21 R 44/01⁸⁵, establece normas especiales de competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo⁸⁶, excluyéndose aquellos otros litigios cuya pretensión tenga por objeto bien cuestiones relativas a relaciones colectivas de trabajo bien aspectos relacionados con la seguridad social. De este modo, el reglamento ofrece una regulación más sistematizada y exhaustiva que los textos convencionales⁸⁷. La necesidad de tutelar al trabajador considerado parte débil de la relación jurídica⁸⁸ justifica esta opción que se articula bien mediante la utilización de foros próximos al trabajador bien limitando el juego de la autonomía de la voluntad⁸⁹ o bien ampliando, sólo a la parte tutelada, las posibilidades de elección de tribunal internacionalmente competente.

27. En nuestro ámbito de estudio, los litigios se plantean generalmente porque el trabajador, interviniendo en la posición procesal de demandante, actúa frente a la empresa demandada solicitando, entre otras pretensiones, la nulidad o improcedencia del despido, la indemnización correspondiente o la impugnación de las decisiones empresariales de las que se derivan para el trabajador modificaciones sustanciales en sus condiciones laborales. Cuestiones, todas ellas, relacionadas con el contrato individual de trabajo y, como tales, reguladas por los preceptos referidos, concurriendo el resto de circunstancias, personales, territoriales y temporales, que delimitan su ámbito de aplicación. La determinación de la competencia judicial internacional de nuestros tribunales deberá efectuarse con arreglo al sistema de foros previsto en los artículos 18 a 21 del texto comunitario.

28. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 4 y 5.5 R. 44/01⁹⁰, el sistema previsto se articula

⁸³ Entre otras, las SSTJCE de 13 de noviembre de 1979, as. 25/79, *Société Sanicentral. GmbH c. René Collin*, Rec. 1979, pp. 3423 y ss. y la de 26 de mayo de 1982, as. 133/81, *Ivenel*, Rec. 1982, pp. 1891. Asimismo, la STJCE de 15 de enero de 1987, as. 266/85, *Shenavai c. Kreischer*, Rec. 1987, pp. 239; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La competencia de los Tribunales internos en materia de obligaciones contractuales (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas de 15 de enero de 1987, asunto 266/85)”, *RIE*, 1987, pp. 731-740.

⁸⁴ F. MOSCONI, “La giurisdizione in materia di lavoro nel Regolamento CE n. 44/2001”, *Rev. Dr. int. priv. e proc.*, 2003, pp. 5-28

⁸⁵ Opción que ya había sido apuntada por G. DROZ, “La Convention de San Sebastien alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano”, *Rev. crit. Dr. Int. Pr.*, 1990 (1), p. 12; y seguida por un importante sector de la doctrina española, vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ (Ed), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 mayo de 1997, Barcelona, 1998.

⁸⁶ P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales (...)*, cit., pp. 47 y ss

⁸⁷ Artículos 5.1 y 17 del Cv Bruselas, introduciendo algunas especialidades en la aplicación de los foros previstos para los supuestos relativos al contrato de trabajo.

⁸⁸ G. PALAO MORENO, “La competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo en la Comunidad Europea”, *Derecho internacional y de la integración, Revista del Instituto de Derecho internacional y de la Integración de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, núm. 2, 2003, pp. 7-32.

⁸⁹ Distintos son los mecanismos que pueden utilizarse para garantizar la tutela de la parte débil de la relación jurídica. M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2000, pp. 111-112 señalan que la técnica normativa utilizada para realizar esa política de protección es el resultado de combinar tres mecanismos: foros próximos al contratante protegido, limitar el juego de la autonomía de la voluntad y el establecimiento de control de competencia en sede de reconocimiento/ejecución; *Ib.* 2ª ed., 2007, p. 176

⁹⁰ Estos preceptos conforman las únicas excepciones al régimen especial de competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo. El primero, se refiere a los supuestos en los que el demandado no está domiciliado en territorio comunitario, designando aplicable el sistema de producción autónoma de cada Estado para determinar la competencia judicial internacional salvo que concurran los foros exclusivos del artículo 22 y, en su caso, la sumisión expresa en los términos del artículo 23 del mismo texto legal. En cuanto al segundo, el artículo 5.5 R. 44/01 establece un foro especial que interviene alternativamente al del domiciliado del demandado

a partir de la posición procesal que ocupe el trabajador estableciéndose, con el fin de proteger al trabajador, considerado como parte débil de la relación jurídica laboral, unos criterios especiales. A falta de foro de competencias exclusivas del artículo 22 R. 44/01 y de sumisión expresa en los términos previstos en los artículos 21 y 23 del mismo cuerpo legal, los artículos 18 a 21 distinguen según el trabajador actúe en el proceso como demandante o demandado. En el primer supuesto, cuando el trabajador demanda al empresario en el marco de un contrato internacional de trabajo, la competencia judicial internacional corresponderá alternativamente, a elección del trabajador demandante bien a los tribunales del Estado donde se encuentre domiciliado el demandado bien a los tribunales de otro Estado miembro que puede ser bien el del Estado donde el trabajador desempeñara habitualmente su trabajo o el último Estado en el que lo hubiera desempeñado bien, si no se ha desempeñado habitualmente el trabajo en un único Estado, ante los tribunales del lugar donde estuviere o hubiere estado el establecimiento que contrató al trabajador⁹¹. La vinculación del litigio con el foro fundamenta esta opción pero, asimismo, como señalan M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, esta conexión especial tiene, además de la proximidad procesal, un triple fundamento: la naturaleza especial del contrato de trabajo, la proximidad con el trabajador y facilitar la conexión *forum-ius*⁹². En el segundo caso, o ocupando el trabajador la posición procesal de demandado, la competencia judicial internacional corresponderá, únicamente, a los tribunales del Estado donde se encuentre su domicilio. Frente a las posibilidades de elección otorgadas al trabajador demandante, el artículo 20 R. 44/01 no hace lo propio con el empresario que demanda al trabajador. La tutela de este último justifica las limitadas posibilidades de las que goza el empresario demandante y la designación de los tribunales del domicilio del trabajador como internacionalmente competentes.

29. En nuestro ámbito de estudio, en el que el trabajador acciona frente a la empresa demandada, con arreglo al sistema expuesto, podrá interponer demanda de despido o de modificación sustancial de sus condiciones de trabajo ante los tribunales españoles en los siguientes supuestos: En primer lugar, cuando así lo hayan acordado expresamente las partes mediante pacto de sumisión expresa en los términos del artículo 23 R. 44/01 y siempre que dicho pacto sea posterior al litigio de acuerdo con el artículo 21 del mismo texto legal. En segundo lugar, cuando se demande a un sujeto domiciliado en España ex artículo 60 R. 44/01, con base en el foro recogido en el artículo 19.1 R. 44/01. A falta de domicilio en nuestro país, será posible interponer la demanda ante nuestros tribunales frente al demandado domiciliado en otro Estado miembro, cuando España sea el lugar de prestación habitual del servicio en los términos del artículo 19.2 a) R. 44/01; O, en su caso, siendo en varios países (todos ellos o sólo alguno miembros de la Unión Europea), sea el Estado donde se presta habitualmente el servicio o el lugar donde se encuentra el establecimiento que contrató al trabajador con base en el artículo 19.2 b) R. 44/01. En los supuestos en los que la empresa demandada se encuentre domiciliada en un Estado parte del Espacio Económico Europeo, la competencia se articulará con base en los foros previstos en el Convenio de Lugano. Y, si la demandada está domiciliada en un tercer Estado, los tribunales españoles podrán ser competentes cuando en España se han prestado los servicios (artículo 25 LOPJ) o el contrato se celebró en territorio español (artículo 25 LOPJ). Por último, la existencia en España de un establecimiento, sucursal o agencia, en los términos de los artículos 18.2 y 5.5 del R. 44/01, de un lado, y 25 LOPJ, de otro, también puede justificar la competencia de nuestros tribunales.

30. Las disposiciones de origen convencional o estatal se aplicarán únicamente cuando el supuesto litigioso no sea subsumible en el ámbito de aplicación territorial, personal o material del reglamento. En tal caso, la determinación de la competencia judicial internacional conforme al sistema previsto en el Convenio de Lugano procederá cuando la empresa demandada se encuentre domiciliada en uno de los Estados parte del mismo. No concurriendo esta circunstancia, deberá recurrirse a las disposiciones de origen estatal. La aplicabilidad del artículo 25 LOPJ tendrá carácter subsidiario procediendo cuando,

y en cuya virtud se otorga competencia para conocer de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento a los tribunales de otro Estado miembro, distinto del domicilio del demandado, donde se halle la agencia, sucursal o cualquier otro establecimiento.

⁹¹ Artículo 19 R. 44/01.

⁹² M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*. (...), p. 113; *Ib.* 2ª ed., 2007, p. 176

a falta de foros exclusivos y de acuerdo atributivo de competencia válido, la empresa demandada se encuentre domiciliada en un tercer Estado.

B) Designación del Derecho aplicable

31. Siendo internacionalmente competentes los tribunales españoles para conocer de los litigios que tienen por objeto contratos de trabajo afectados por estrategias empresariales procederá designar conforme a nuestro sistema de DIPr, el Derecho aplicable al fondo del asunto. Hasta el 17 de diciembre de 2009, el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales ha constituido la norma básica de aquel sistema; pero, a partir de esa fecha⁹³, este papel será atribuido al Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁹⁴ que entra en vigor⁹⁵. A través de este texto se lleva a cabo la ordenación jurídica del Derecho aplicable a los contratos internacionales, en general, y a los contratos de trabajo, en particular. Por su carácter erga omnes⁹⁶, desplaza la aplicabilidad de las normas de producción autónoma recogidas en los artículos 10 6 Cc y 1.4 E.T⁹⁷, que tienen un mero carácter residual y solamente son aplicables a las modalidades contractuales no comprendidas en el texto comunitario así como a los contratos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor del texto convencional⁹⁸. Por ello, sin perjuicio de referencias puntuales a las disposiciones de origen estatal, nuestra exposición se articula en torno a la regulación institucional⁹⁹.

32. Tanto el Convenio de Roma como el Reglamento Roma I limitan su aplicación a los contratos internacionales de trabajo recogiendo en su articulado normas específicas. Los artículos 6 y 8, respectivamente, ofrecen una regulación distinta a la prevista con carácter general para los contratos internacionales. La internacionalidad de la relación jurídica así como la delimitación conceptual de la expresión “contrato de trabajo” se definen a partir de la interpretación del texto convencional, debido a la ausencia

⁹³ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento Roma I, la disposición reglamentaria sustituirá al texto convencional salvo en los territorio de Estados miembros comprendidos en el ámbito de territorial del Convenio de Roma a los que no se les aplica el Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado.

⁹⁴ Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), D. O. L 177, de 4 de julio de 2008.

⁹⁵ Este nuevo reglamento nace en el marco del Programa de La Haya adoptado por el Consejo en 2004 a partir de los logros alcanzados y reafirmando el carácter prioritario de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidada por la Constitución Europea”, *Diario La Ley*, núm. 6097, Año XXV, 30 de septiembre de 2004, ref. D-195, pp. 1867-1881). Programa que tiene como objetivo la mejora de la capacidad común de la Unión y de sus Estados miembros de proseguir con el establecimiento del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y certificados en materia civil y eliminar los obstáculos, legales y judiciales, en los litigios en asuntos civiles y familiares con repercusión transfronteriza. Para ello, y en interés de los ciudadanos europeos, se propone desarrollar un sistema a través del cual se mejore el acceso a los tribunales, la cooperación judicial y la aproximación de legislaciones (DO C 53, de 3 de marzo de 2005, pp. 1-14). Entre las medidas a adoptar se propuso continuar los trabajos en la elaboración de normas de conflicto relativas a obligaciones contractuales. El correcto funcionamiento del mercado interior requiere la adopción de instrumentos a través de los cuales se logre la unificación de las normas sobre ley aplicable en los Estados miembros favoreciendo así la previsibilidad de resultados en los litigios, la seguridad y la libre circulación de decisiones.

⁹⁶ Artículo 2 Cv. Roma y del Reglamento

⁹⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/ M. RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, “El contrato internacional de trabajo y el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español”, *Relaciones Laborales*, 1996-1, pp. 1352-1354; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional (...)*, cit., pp. 481; M. GUZMÁN ZAPATER, “Las obligaciones contractuales” en A. P. ABARCA JUNCO (Dir), *Derecho internacional privado*, vol. II, 2005, p. 326;

⁹⁸ Entre otras, las SSTSJ de Madrid, núm. 593/20045 (Sala de lo Social, sec. 5ª), de 21 de septiembre (ref. AS 2006/3051); núm. 234/2006 (Sala de lo Social, sec. 2ª), de 28 de febrero (ref. JUR 2006/118738), siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias de 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998/8554) y de 20 de noviembre de 1998 (RJ 1998/10009).

⁹⁹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2009, vol. 1, núm. 2, pp. 52-133 (www.uc3m.es/cdt)

de un concepto de contrato de trabajo. Circunstancia que ha propiciado cierto debate doctrinal. Entre las posiciones mantenidas encontramos la de quienes consideran que la falta de dicho concepto debía ser integrada mediante el recurso a la calificación del supuesto ex artículo 12. 1 Cc y, en su virtud, recurren a la *lex fori* para determinar qué debe entenderse por contrato de trabajo¹⁰⁰. Otros autores deducen, de la lectura del artículo 6 del texto convencional, las notas que facilitan una noción de “contrato de trabajo”. Una primera nota, negativa, que permite excluir del ámbito de aplicación del precepto citado los supuestos relativos a trabajo autónomo y a la problemática de los convenios colectivos. Y una segunda nota, en virtud de la cual deben considerarse incluidos en el precepto los casos de contratos nulos, así como las relaciones de trabajo de hecho¹⁰¹. Por último, una tercera posición es la de quienes, a partir de la intención que preside la regulación comunitaria de establecer un régimen uniforme en materia de ley aplicable a los contratos internacionales, entienden que el contrato de trabajo es un concepto autónomo cuya interpretación ha de efectuarse a partir de los fines y objetivos de los Tratados constitutivos. La ventaja que presenta esta última opción es que, en efecto, garantiza la uniformidad del sistema al permitir recurrir al concepto de contrato de trabajo utilizado en el marco de la libre circulación de trabajadores y que ha sido extendido por el Tribunal de Justicia¹⁰². De este modo, el contrato de trabajo en las disposiciones comunitarias se identificaría con aquellas relaciones contractuales en las que “una persona proporciona durante un cierto periodo de tiempo a favor y bajo la dirección de otra persona, prestaciones por las cuales recibe una retribución”¹⁰³.

33. La búsqueda de una protección más adecuada a la parte contratante considerada, desde un punto de vista socioeconómico, más débil de la relación contractual subyace en el artículo 8 R. Roma I¹⁰⁴. En su virtud, “el contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo”. La finalidad tuitiva del precepto se traduce, de un lado, en la designación de un ordenamiento con el que la relación laboral se encuentre estrechamente conectada limitando, pero sin excepcionar, el juego de la autonomía de la voluntad. Y, de otro, en la necesidad de salvaguardar la aplicación de un ordenamiento jurídico más favorable para la tutela del trabajador, justificando así la intervención de la autonomía de la voluntad limitada. El Derecho elegido por las partes regirá el contrato de trabajo siempre que no prive al trabajador de la protección que le otorgan las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo de los Ordenamientos objetivamente aplicables. Esto es, en la medida en que resulte más favorable para el trabajador la ley elegida que las normas que resultarían aplicables con base en los criterios establecidos en los párrafos 2 a 4 del artículo 8 del Reglamento Roma I¹⁰⁵. A pesar del margen de actuación que puedan tener los tribunales nacionales y cuál pueda ser el resultado de la aplicación de la norma¹⁰⁶, ésta tiene como principal objetivo la protección del trabajador.

¹⁰⁰ M. GUZMÁN ZAPATER, “Las obligaciones contractuales” (...), cit., p. 326; G. PALAO MORENO, *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, 2000, espec. pp. 140-142, para quien aún siendo más aconsejable una interpretación autónoma, aboga en ese momento por una calificación *ex lege fori*.

¹⁰¹ C. ESPLUGUES MOTA, “Contratación internacional: Régimen General”, en C. ESPLUGUES MOTA (Dir) *Derecho del comercio internacional*, 2003, pp.143-167, espec. pp. 155-156; C. ESPLUGUES MOTA / M. REQUEJO ISIDRO / M. CHECA MARTÍNEZ, “Régimen general de la contratación internacional” en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (Ed), *Derecho del comercio internacional*, 1996, pp. 273-293, espec. p. 279.

¹⁰² Los Protocolos Primero y Segundo relativos a la interpretación del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales hecho en Bruselas el 19 de diciembre de 1988 (DOUE C 334, de 30 de diciembre 2005) favorecen una interpretación autónoma del texto convencional que garantiza su aplicación uniforme en todos los Estados.

¹⁰³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho laboral internacional”, cit., p. 452.

¹⁰⁴ Cd. 23 del Reglamento Roma I. Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: (...)” cit., p. 54.

¹⁰⁵ M. WATTE / C. BARBÉ, “Le nouveau droit international privé belge”, *Journal de Droit international privé (Clunet)*, 2006 núm. 3, pp. 851-927, espec., pp. 915-918

¹⁰⁶ F. JAULT-SESEKE, “L’office du juge dans l’application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail”, *Rev. crit. DIPR*, 94 (2), 2005, pp. 268 y ss

En defecto de elección, los párrafos segundo y tercero del precepto citado designan aplicable, con conexiones jerárquicas, en primer lugar, la ley del país en el cual o a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente; y, en segundo lugar, si aquél Ordenamiento no puede determinarse, se aplicará la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. En ambos casos, es posible conforme al párrafo cuarto del precepto, aplicar la ley de otro país cuando de las circunstancias se desprenda que el contrato presenta vínculos más estrechos con éste.

34. Las distintas estrategias empresariales que inciden sobre las relaciones individuales de trabajo han obligado a la adopción de normas imperativas a través de las cuales se persigue la tutela del trabajador. Se trata de normas subsumibles en el concepto de leyes de policía que recoge el artículo 9 R. Roma I, en la medida en que persiguen la tutela de un interés público relativo a la organización social y económica del Estado¹⁰⁷. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto de la Directiva 96/71 sobre desplazamientos temporales de trabajadores¹⁰⁸, anteriormente citada. Junto a esta disposición, el carácter imperativo de la Directiva 2001/23 ha sido puesto de relieve por el Tribunal de Justicia en una reiterada jurisprudencia relativa a la Directiva 77/187, extensible a la normativa actualmente vigente. En esta línea, son relativamente recientes las consideraciones realizadas por dicho órgano con ocasión de la sentencia dictada en el asunto *Celtec Ltd v. John Astley y otros*¹⁰⁹ afirmando que la disposición comunitaria tiene carácter imperativo y, por tanto, no se pueden establecer excepciones en perjuicio de los trabajadores¹¹⁰. Del mismo modo, con ocasión de la sentencia dictada en el asunto *Temco*¹¹¹, el Tribunal afirma el carácter imperativo de las normas reguladoras de los derechos de los trabajadores en supuestos de sucesión de empresas lo que implica que “la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores”¹¹². Tampoco en la jurisprudencia española se cuestiona la imperatividad de las normas que regulan los derechos de los trabajadores en el marco de la sucesión internacional de empresas¹¹³.

35. La *lex contractus* designada aplicable para regular la extinción del contrato de trabajo o la modificación de las condiciones laborales establecidas en aquél, puede verse modulada, ex artículo 9 R. Roma I¹¹⁴, como consecuencia de la intervención de las disposiciones referidas cuando tal extinción o alteración se deriva de la existencia de una sucesión de empresas y la ley rectora del contrato no protege los derechos de los trabajadores. Ahora bien, llegados a este punto es necesario distinguir según el Ordenamiento designado aplicable sea el de un Estado miembro o el de un tercer Estado. En el primer caso, las dificultades se derivan de las propias carencias que presenta la vía armonizadora utilizada por el legislador comunitario¹¹⁵, cuando, conociendo los tribunales españoles y siendo designado aplicable el Ordenamiento de un Estado miembro en él las normas comunitarias no han sido transpuestas o lo han sido de forma deficiente. La posibilidad de aplicar la legislación española excepcionando la aplicación del Derecho designado por la norma de conflicto del foro cuando aquél no proteja al trabajador no está exenta de dificultades. Teniendo en cuenta las caracte-

¹⁰⁷ M.-A. MOREAU / G. TRUDEAU, “Les normes juridiques de droit du travail confrontées a l’évolution de l’économie: (...)”, cit., pp. 932-933.

¹⁰⁸ Vid., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho laboral internacional” (...), cit., pp. 451 y ss.; M. GUZMÁN ZAPATER, “Las obligaciones contractuales” (...), cit., pp. 327-329.

¹⁰⁹ STJCE de 26 de mayo de 2005, as. C-478/03, *Celtec Ltd c. John Astley y otros.*,

¹¹⁰ Cdo. 42, as. *Celtec*

¹¹¹ STJCE de 24 de enero de 2002, as. C-51/00, *Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen, Mimoune Belfarh, Abdesselam Afia-Aroussi, Khalil Lakhdar.*

¹¹² Cdo. 35, as. *Temco*

¹¹³ Entre otras, las Sentencias del TSJ de Las Islas Canarias, Las Palmas, núm 1123/2004 (Sala de lo Social, sec. 1ª), de 24 de noviembre (ref. AS 2004/3693) y la del TSJ de Cataluña, núm. 1665/2006 (Sala de lo Social, se. 1ª), de 21 de febrero (ref. AS 2006/2614)

¹¹⁴ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: (...)” cit., pp.112 y ss..

¹¹⁵ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, cit., pp. 37 y ss.

rísticas de la técnica armonizadora, la opción de los legisladores nacionales de Estados miembros no puede ser excepcionada si responde al contenido mínimo de la Directiva. Así, por ejemplo, en el marco de los supuestos calificados como sucesión de empresas, los tribunales españoles internacionalmente competentes no podrían excepcionar la aplicación del Derecho de otro Estado miembro designado aplicable cuando éste no contemplara el mismo nivel de protección que el previsto en el artículo 44 ET en relación con la imposición al empresario cesionario las obligaciones de Seguridad social y cualquier otros compromisos de protección social que hubiera adquirido el cedente. Sin embargo esta solución, en cuya virtud no se excepcionaría la *lex contractus*, perjudica el buen funcionamiento del mercado integrado estableciendo distintos niveles de protección. A este efecto negativo debe añadirse la merma que sufre la tutela del trabajador. Este último dato, teniendo en cuenta que constituye el fin último del sistema de Derecho aplicable, podría justificar la aplicación de la ley del foro excepcionando, incluso, la aplicación de la ley de otro Estado miembro designada. Se protegería al trabajador, pero tal solución supondría extender el ámbito de aplicación de la legislación laboral española condicionando la aplicación del Derecho de un Estado miembro que otorga un nivel de protección diferente pero admisible. El margen de actuación permitido por el legislador comunitario tiene como consecuencia que las normas materiales estatales puedan presentar divergencias. Disparidades entre normativas que sólo podrán ser aceptadas si favorecen al trabajador¹¹⁶. El problema surge porque, aun siendo dos normas benefactoras, y por tanto acordes con la Directiva armonizadora, las divergencias entre ellas se proyectan respecto de los trabajadores afectados por una u otra y, por ende, respecto del mercado en el que éstos se integran.

En cambio, si la legislación del Estado miembro no responde a las exigencias comunitarias, la excepción de orden público ex artículo 21 R. Roma I podría justificar la aplicación de la legislación española. En el segundo caso, siendo designado el ordenamiento de un tercer Estado que no consagre las garantías destinadas a la tutela de los trabajadores, la solución pasa por la aplicación de la legislación española en tanto que leyes de policía en los términos del artículo 9 R. Roma I.

36. Otra cuestión que suscita la determinación del Derecho aplicable a los supuestos que analizamos se refiere a la interacción que puede producirse entre la *lex contractus* designada aplicable y la *lex societatis*, rectora de la estrategia de reestructuración empresarial. Las previsiones contenidas en aquélla se proyectan sobre esta última, modulando los efectos derivados de la transmisión de empresas o de la constitución de los entes a los que hacíamos referencia. Su calificación como norma internacionalmente imperativa en el sentido del artículo 9 R. Roma I¹¹⁷, conlleva su aplicabilidad con independencia de cuál sea la ley aplicable a la estrategia empresarial de que se trate.

37. Así, por ejemplo, en el artículo 44 ET la subrogación, que actúa “*ope legis*”, implica que la transferencia al nuevo empresario de los derechos y obligaciones que resulten de los trabajadores que van a ser cedidos, siempre que las relaciones laborales no se hayan extinguido con anterioridad a la transmisión¹¹⁸. Ello supone un elevado coste para las empresas que intervienen en la sucesión y, teniendo en cuenta el margen de actuación que la normativa comunitaria otorga el alcance de la subrogación puede introducir importantes discrepancias entre las normas estatales perjudicando el buen funcionamiento del mercado único. De nuevo se producirá la tensión entre el nivel de protección que se otorga al trabajador y los intereses de las empresas que intervienen en el mercado. Ahora bien, como en repetidas ocasiones ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, “el principio de continuidad en la relación laboral no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, (...) la subrogación

¹¹⁶ E. PATAUT, “Cour de justice des Communautés européennes, 12 octobre 2004, (aff. C-60/03)”, *Rev. crit. DIPr*, 94 (2), 2005, pp. 336-351.

¹¹⁷ En esta línea, si bien en el marco de los contratos de consumo, S. SÁNCHEZ LORENZO admite la calificación propuesta en relación con determinados precepto recogidos en Directivas comunitarias que tratan de extender la aplicación de las disposiciones en ellas contenidas y la protección del consumidor frente a lo que eventualmente pueda disponer la ley del tercer Estado aplicable en virtud del Derecho internacional privado conflictual, vid. “La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho internacional privado”, Capítulo XVIII, *Revista de la Universidad de Granada; Ib. Derecho privado europeo*, 2002, pp. 115-138 y 328-332.

¹¹⁸ L. MELLA MÉNDEZ, “Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión de empresa: excepciones. Comentario a la STJCE de 4 de junio de 2002 (TJCE 2002/178)”, *Aranzadi Social*, núm. 12, 2002.

no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas (...), sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador¹¹⁹. Se consagra así, como ha afirmado el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada con ocasión del asunto *Temco*¹²⁰, el principio de la transmisión automática al cesionario de los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de los contratos de trabajo existentes en la fecha de la transmisión de la empresa. Esta norma tiene carácter imperativo que impide admitir excepciones que hagan depender la efectividad de los derechos que la misma otorga a los trabajadores de la voluntad del cedente ni del cesionario ni de los propios trabajadores. No obstante, se admite la facultad de este último para negarse a que su contrato sea transferido al cesionario¹²¹. Serán las legislaciones nacionales las que deberán regular esta posibilidad permitiendo que el contrato con la empresa cedente pueda ser resuelto a iniciativa del trabajador.

En esta línea, siguiendo la decisión adoptada en el asunto *Werhof*¹²², las condiciones de trabajo reguladas por el convenio colectivo sólo se mantienen hasta la fecha de extinción o expiración del convenio o hasta la entrada en vigor o la aplicación de otro convenio colectivo, La Directiva no pretende vincular al cesionario a otros convenios colectivos distintos del vigente en la fecha de la transferencia y, por consiguiente, imponer la obligación de modificar ulteriormente las condiciones de trabajo por aplicación de un nuevo convenio colectivo celebrado después de la transmisión. Se limita a mantener los derechos y las obligaciones de los trabajadores vigentes en la fecha de la transmisión. Aunque su objetivo es proteger los intereses de los trabajadores afectados, no puede hacerse abstracción de los derechos del cesionario, que debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad, debiendo además garantizarse el derecho a la libertad de asociación¹²³,

38. La aplicabilidad de la subrogación legal con independencia de la ley que rija el contrato entre cedente y cesionario puede introducir cambios en el régimen jurídico de la transmisión. Asimismo, las consecuencias se proyectan sobre la posibilidad de aplicar a la relación laboral con el nuevo empresario convenios colectivos e imponerle obligaciones de Seguridad social y cualquier otro compromiso de protección social que hubiera adquirido el cedente, extendiendo así el ámbito de aplicación de las normas referidas y condicionando la aplicación del Derecho que regula la relación laboral. La tutela del trabajador afectado por una sucesión internacional de empresas se articula a través de normas imperativas que integran el régimen jurídico del contrato individual de trabajo en Derecho internacional privado y modulan las soluciones previstas en la *lex societatis* rectora de la estrategia de reestructuración empresarial.

39. Por último, las normas sobre sucesión de empresas hacen referencia a la responsabilidad de cedente y cesionario respecto de las obligaciones y derechos derivados de las relaciones laborales que existen en el momento en que se produzca el traspaso de la empresa¹²⁴. Como ha señalado la doctrina española¹²⁵, la responsabilidad solidaria en el marco de la sucesión internacional de empresa debe entenderse referida a las obligaciones exigibles sin que sea necesario que procedan de un contrato de trabajo vigente en el momento de la transmisión. La subrogación del cesionario en las deudas laborales del cedente no libera a éste último de su responsabilidad y nada impide que el nuevo empresario pueda repetir contra el antiguo empresario el alcance patrimonial que para él se deriva de la presente responsabilidad

¹¹⁹ SSTs de 15 de diciembre de 1998 (RJ 10509/1998); de 13 de febrero de 1997 (RJ 1265/1997) y de 20 de enero de 1997 (RJ 618/1997).

¹²⁰ STJCE de 4 de enero de 2002, as. *Temco*, cit.

¹²¹ STJCE de 16 de diciembre de 1992, *Katsikas y otros*, as. ac., C- 132/91, 138/91 y 139/91, Rec. 1991-I, pp. 6577 y ss.

¹²² STJCE de 9 de marzo de 2006, dictada con ocasión del as. C-499/04, *Hans Werhof c. Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG*.

¹²³ Consagrada en el artículo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950

¹²⁴ L. MELLA MÉNDEZ, "Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión de empresa: excepciones. Comentario a la STJCE de 4 de junio de 2002 (TJCE 2002/178)", *Aranzadi Social*, núm. 12, 2002.

¹²⁵ Entre otros, vid., A. V. SEMPERE NAVARRO / F. CAVAS MARTÍNEZ, "Claroscuros en el nuevo régimen jurídico (...)", cit.

solidaria¹²⁶. Esta responsabilidad solidaria se exige a ambos empresarios durante tres años, cuando no hubieran sido satisfechas al momento de la transmisión. En Derecho internacional privado las consecuencias de esta garantía no sólo se producen en el sector del Derecho aplicable sino también se proyectan sobre aspectos procesales relativos tanto a la determinación de la competencia judicial internacional como en relación con el Derecho aplicable al proceso. De un lado, respecto de la utilización del foro del domicilio del demandado y, en su caso, de los foros de vinculación procesal, que cobran especial relevancia. Y, de otro, respecto de la determinación de a quién corresponde la legitimación pasiva, extremo para cuya concreción además de lo dispuesto en la *lex fori*, rectora del proceso ex artículo 3 LEC, deberá tenerse en cuenta la ley que rige el fondo del asunto¹²⁷.

40. El tribunal español ante el que el trabajador presenta la demanda de despido deberá determinar el Derecho aplicable al contrato de trabajo. Si el despido se produce como consecuencia de una sucesión internacional de empresas, habiendo sido designado el Derecho español bien con base en la autonomía de la voluntad de las partes bien en tanto que ley del lugar de prestación habitual del servicio o del lugar donde se encuentre el establecimiento que contrató al trabajador, tal decisión se adoptará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 ET. Ahora bien, en función del criterio utilizado para designar aplicable el Derecho español, su aplicabilidad puede resultar condicionada o excepcionada. En tanto que ley designada por las partes, siendo válida la elección procederá su aplicación siempre que sus normas sean más favorables para el trabajador que las disposiciones del Estado donde se preste habitualmente el servicio o donde se encuentre el establecimiento que lo contrató. Asimismo, la intervención de normas imperativas de los ordenamientos objetivamente aplicables puede excepcionar la aplicabilidad del Derecho español designado por las partes, correspondiendo a la parte que lo invoque su alegación y prueba. En cambio, si su aplicabilidad se produce en tanto que ley del lugar de prestación habitual del servicio o porque en España se encuentra el establecimiento que contrató al trabajador, su aplicabilidad, en principio, no resulta condicionada.

2. Referencia al régimen jurídico de las relaciones colectivas de trabajo

41. Las estrategias empresariales inciden sobre los derechos de información y consulta de los trabajadores pero asimismo, en la medida en que a través de ellas se puede producir la suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, prolifera la tutela colectiva de los intereses de los trabajadores¹²⁸. El legislador se ha visto obligado, de este modo, a garantizar la representación y participación de los trabajadores en los órganos de decisión de las empresas, justificándose así las novedades que en nuestro Ordenamiento jurídico se han producido y se están produciendo en este marco y la pluralidad de disposiciones que abordan estos aspectos. En este marco, el artículo 44 ET, reformado a partir de las exigencias contenidas en la citada Directiva 2001/23¹²⁹, centradas en la mejora de los derechos de información y consulta para los trabajadores para los supuestos de transmisión de empresas. En el marco de la transmisión o sucesión de empresas, por ejemplo, el artículo 44.5 ET dispone que “cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no ex-

¹²⁶ STS de 24 de abril de 2007 (RJ 2066/2007).

¹²⁷ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol.I, 2007, pp. 295-336; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 2007; M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2007, pp.

¹²⁸ F. VASQUEZ, “La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la directiva”, en G. ESTEBAN VELASCO / L. FERNÁNDEZ DEL POZO (coord.), *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, 2004, pp. 915-993; M. E. CASAS BAAMONDE, “La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea (procedimientos de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, G. ESTEBAN VELASCO/ L. FERNÁNDEZ DEL POZO (coord.), *La sociedad anónima europea*. (...), cit., pp. 995-1069; F. VALDÉS DAL-RÉ, “La implicación de los trabajadores en la sociedad europea (Evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, en G. ESTEBAN VELASCO / L. FERNÁNDEZ DEL POZO (coord.), *La sociedad anónima europea*. (...), cit., pp. 1071-1110.

¹²⁹ Entre otros, vid., A. V. SEMPERE NAVARRO / F. CAVAS MARTÍNEZ, “Claroscuros en el nuevo régimen jurídico (...)”, cit.

tinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad”. Como ocurría en el marco de la protección individual del trabajador, el amplio margen de libertad que la Directiva 2001/23 ha dejado a los Estados miembros puede derivar en importantes discrepancias que afectan, decisivamente, a la ordenación jurídica de estos aspectos en Derecho internacional privado. Especial relevancia adquieren, en este ámbito, las obligaciones informativas impuestas a las empresas implicadas en la transmisión y la instauración de un sistema de participación de los representantes de los trabajadores en el proceso¹³⁰. Garantías que se extienden a los dos sujetos activos de la sucesión empresarial, empresa cedente y cesionaria, y a los trabajadores de ambas, pues todos ellos pueden resultar afectados por la transmisión. De este modo se consagra en los párrafos 6 y 7 del artículo 44 ET en los que se establece la obligación, para cedente y cesionario, de informar a los representantes legales de sus trabajadores o, en su defecto, a los propios trabajadores afectados por el cambio de titularidad en relación con la fecha prevista de la transmisión, los motivos de ésta, así como sus consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores y las medidas previstas para ellos. La información acerca de estos extremos tiene como finalidad garantizar que el trabajador conozca anticipadamente, antes de que se materialice la sucesión de empresas como establece el artículo 44.8 ET, los cambios que van a producirse. De esta obligación de información puede pasarse a la negociación cuando las empresas implicadas pretendan adoptar las denominadas “medidas laborales” debiendo abrir un período de consultas con los representantes de los trabajadores o, en su defecto, con los trabajadores afectados, sobre las medidas a adoptar y las consecuencias que de las mismas se derivan, previsión recogida en los párrafos 9 y 10 del precepto citado.

42. Otras iniciativas comunitarias abordan la materia que nos ocupa como la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores ; la Directiva 2002/14/CE que establece el marco general de la información y consulta de los trabajadores en la CE y la Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio de 2003 por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores¹³¹. Pretenden garantizar la participación de los trabajadores a través de sus representantes en los órganos de decisión de la empresa, conociendo los cambios estructurales que se llevarán a cabo y las consecuencias para los trabajadores¹³². De este modo, junto a la creación de nuevas figuras societarias como mecanismos para facilitar la cooperación empresarial, las iniciativas comunitarias referidas persiguen, especialmente, garantizar, en el plan colectivo, la tutela de los trabajadores¹³³. Fruto de estas disposiciones, en nuestro ordenamiento han sido elaboradas, entre otras, la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la Ley 31/2006 sobre implicación de los trabajadores en las sociedad anónima europea o la la Ley 10/97 sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, entre otras. Además de paliar los efectos negativos que las estrategias empresariales pueden derivar sobre los trabajadores mediante la consagración de los derechos de información y consulta de tal modo que se permita la participación de los trabajadores en los órganos de decisión de empresas; también tratan de garantizar el respeto al estatuto y función de los representantes de los trabajadores.

La tutela de estos derechos en Derecho internacional privado, suscita algunas cuestiones relacionadas tanto con la determinación del tribunal internacionalmente competente como con el Derecho aplicable, a las que, en principio, se ofrece una regulación distinta de la prevista para los litigios relativos a la protección del trabajador en el marco del contrato individual de trabajo. Su análisis requiere que

¹³⁰ R. GÓMEZ GORRILLO / J. GORELLI HERNÁNDEZ / A. VALVERDE ASENCIO, *Marco laboral y relaciones colectivas de la Unión Europea*, 2002, pp. 128 y ss.

¹³¹ DO L 207, de 18 de agosto de 2003

¹³² Ambas directivas han sido incorporadas recientemente al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónima y cooperativa europeas (BOE núm. 250, de 19 de octubre).

¹³³ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento de la Sociedad europea: (...)”, cit., pp. 29-30; V. MAGNIER, “La société européenne en question”, *Rev. crit. DIP*, 93(3), 2004, pp. 555-587, espec., pp. 585-587; A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, “Las fórmulas de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, *Noticias de la UE*, núm. 229, 2004, pp. 71-91

distingamos, además, según la acción que se ejercita.

43. En unos casos, cuando se produce la suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, es posible el ejercicio de acciones, tanto individuales como colectivas. Nos encontramos, pues con conflictos individuales de trabajo y conflictos colectivos de trabajo; siendo a veces difícil su separación¹³⁴. Es lo que ocurre cuando la extinción del contrato de trabajo que afecta a un grupo de trabajadores se produce como consecuencia de una sucesión internacional de empresas. Según lo califiquemos como conflicto colectivo o conflicto individual su régimen jurídico puede ser diferente en orden a la determinación del tribunal internacionalmente competente para su conocimiento¹³⁵. En todo caso, si el litigio tiene su origen en los contratos de trabajo individualmente considerados, el régimen expuesto en el apartado anterior sería extrapolable. Pero si se trata de un conflicto relativo a la propia regulación sin que se pretenda la satisfacción de un derecho subjetivo preexistente¹³⁶, su régimen jurídico varía. Como decíamos, en el sector de la competencia judicial internacional el régimen previsto para las relaciones colectivas de trabajo difiere del adoptado para los litigios relativos al contrato individual de trabajo¹³⁷.

La determinación del tribunal internacionalmente competente en estos litigios, relativos a relaciones colectivas de trabajo, está excluido del ámbito de aplicación material de los artículos 18 a 21 del R. 44/01 aplicables sólo a los contratos individuales de trabajo. En consecuencia, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en litigios relativos a la suspensión y/o extinción colectiva de relaciones laborales deberá efectuarse de acuerdo con el sistema general de foros previstos en el propio R. 44/01, siempre que el supuesto sea subsumible en su ámbito de aplicación material, personal, territorial y temporal¹³⁸. O, en su caso, con arreglo a las normas, convencionales o de producción autónoma, que integran el sistema de Derecho internacional privado español en el sector de la competencia judicial internacional. Conforme a estas disposiciones, la competencia judicial internacional corresponderá a nuestros tribunales cuando, estando domiciliado el demandado en Estado miembro, las partes se sometan expresa o tácitamente a los tribunales españoles. En defecto de estos foros, el demandante podrá elegir entre el Estado donde se encuentre el domicilio del demandado o donde concurren algunos de los foros especiales que contempla el artículo 5 en materia contractual o en litigios relativos a establecimientos y sucursales. La concurrencia de alguna de estas circunstancias en territorio español otorgaría competencia a nuestros tribunales.

44. Junto a estos supuestos, se pueden plantear litigios relativos a la infracción de los derechos de información y consulta. En nuestro Ordenamiento se han elaborado algunas normas de competencia que regulan esta materia y que, en líneas generales, no difieren del sistema de foros previsto con carácter general en los artículos 23, 24, 2 y 5.1 R. 44/01. De un lado, el artículo 36 de la Ley 10/197 recoge una norma de competencia judicial internacional en cuya virtud designa competentes a los tribunales españoles del orden social cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los mismos o, en su defecto, cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando la obligación que sirviese de base a la demanda hubiese sido o debiese ser cumplida en territorio español. De otro lado, la ley 31/2006 en su artículo 34 dispone que serán competentes los tribunales españoles del orden social para conocer de este tipo de litigios cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos o, en su defecto, cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando la obligación que sirviese de base a la demanda hubiese sido o debiese ser cumplida en territorio español. En ambos preceptos se concreta el concepto del domicilio. Así, en el artículo 34 Ley 31 /06 dispone que, en ausencia de acuerdo o de determinación expresa al respecto, por domicilio de la comisión negociadora y del órgano de representación debe entenderse el de registro de la sociedad europea. Por su parte, el artículo 36 de la Ley 10/97 establece que, en ausencia de acuerdo o de determinación expresa al respecto, se entenderá que el domicilio de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo es el de la dirección central.

¹³⁴ A. MONTROYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, (...) cit., pp. 485 y ss.

¹³⁵ P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales* (...), cit., pp. 47 y ss

¹³⁶ A. MONTROYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* (...), cit. pp. 703-706

¹³⁷ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*. (...), p. 113; P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales* (...), cit., pp. 47 y ss

¹³⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derecho internacional laboral" (...), cit.

45. En el sector del Derecho aplicable, como ocurría en el sector de la competencia judicial internacional, deben distinguirse según la pretensión litigiosa. La limitación del ámbito de aplicación del artículo 8 R. Roma I a los contratos individuales de trabajo, excluye la posibilidad de aplicarlo a los conflictos colectivos de trabajo. No obstante, teniendo en cuenta las dificultades, a las que nos hemos referido, que se pueden plantear en orden a distinguir en algunos supuestos los conflictos individuales y colectivos cuando éstos tienen su origen en el propio contrato de trabajo suspendido o extinguido como consecuencia de una decisión adoptada por el empresario, la aplicabilidad del precepto citado estaría en función de las circunstancias que concurran en el supuesto. No resultando aplicable el precepto reglamentario, considerando que el litigio queda fuera de su ámbito de aplicación, deberá designarse el Ordenamiento aplicable conforme a las normas de producción autónoma.

46. En relación con los litigios que tienen por objeto la tutela de los derechos de información y consulta carecemos de norma específica. En la medida en que estos derechos, desde la perspectiva de nuestro estudio, pueden ser lesionados como consecuencia de la estrategia empresarial adoptada, su regulación se hará conforme a la *lex societatis*. Siendo ésta una ley extranjera, la posibilidad de que su aplicación sea modulada o excepcionada se efectuará bien con base en la excepción de orden público bien con base en la configuración de las normas que consagran estos derechos como normas imperativas aplicables tanto a supuestos internos como internacionales. No obstante, la armonización comunitaria y la adecuación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros a la misma constituye un elemento clave para alcanzar, en el mercado integrado, la tutela de los intereses de los trabajadores afectados por decisiones empresariales con el fin de alcanzar un equilibrio entre aquella necesaria protección y la libertad de empresa.

47. En esta línea, la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles recoge algunos preceptos relativos a la implicación de trabajadores recogiendo la incidencia de la legislación laboral sobre la *lex societatis*. Así, por ejemplo, en su artículo 6, sobre transformaciones entre sociedad anónima y sociedad anónima europea, dispone que “La transformación de sociedades anónimas en sociedades anónimas europeas y viceversa se regirá por lo dispuesto en el Reglamento (CE) número 2157/2001 y por las normas que lo desarrollan, y por lo dispuesto en la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas”.

En su artículo 67 establece que los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión. “1. Cuando la sociedad resultante de la fusión tenga su domicilio en España, los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad se definirán con arreglo a la legislación laboral española. En particular, los derechos de participación de los trabajadores en la sociedad se definirán con arreglo a lo dispuesto en el Título IV de la Ley 31/2006, de 18 de octubre. 2. Cuando al menos una de las sociedades que participan en la fusión esté gestionada en régimen de participación de los trabajadores y la sociedad resultante de la fusión transfronteriza se rija por dicho sistema, ésta deberá adoptar una forma jurídica que permita el ejercicio de los derechos de participación. 3. A efectos de lo previsto en esta Ley, los conceptos de implicación y de participación de los trabajadores serán los establecidos en el artículo 2 de la Ley 31/2006, de 18 de octubre. 4. Los derechos de información y consulta de los trabajadores de la sociedad resultante de la fusión que presten sus servicios en centros de trabajo situados en España se regirán por la legislación laboral española, al margen del lugar donde dicha sociedad tenga su domicilio”.

Por último, en su disposición final tercera modifica de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, introduciendo un nuevo título en el que se hace referencia al régimen de los Derechos de participación de los trabajadores en las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas intracomunitarias: “1. La participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza intracomunitaria que tenga o vaya a tener su domicilio en España, así como su implicación en la definición de los derechos correspondientes, se regirá por las disposiciones previstas en este capítulo cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que al menos una de las sociedades que se fusionan emplee, durante el período de seis meses que precede a la publicación del proyecto común de fusión, un número medio de trabajadores superior a 500 y esté gestionada en régimen de participación de los trabajadores. b) Que en

el caso de existir participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza aquella no alcance al menos el mismo nivel de participación de los trabajadores que el aplicado a las sociedades participantes en la fusión, medido en función de la proporción de miembros que representan a los trabajadores en el órgano de administración o control, o sus comités, o en el órgano directivo competente dentro de las sociedades para decidir el reparto de los beneficios. c) Que, en el caso de existir participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión, los trabajadores de los establecimientos de tal sociedad situados en otros Estados miembros ejerzan unos derechos de participación inferiores a los derechos de participación que ejercen los trabajadores empleados en España. 2. La aplicación de las disposiciones de este Capítulo excluye la de las disposiciones de cualquier otro Estado miembro en que la sociedad resultante de la fusión o las sociedades que se fusionan cuenten con centros de trabajo, salvo en los casos en los que exista una remisión expresa en este capítulo.(...)"

Asimismo, se incluye un capítulo II relativo a las Disposiciones aplicables a los centros de trabajo situados en España de las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas intracomunitarias aplicable (artículo 44) a los siguientes supuestos: "1. Salvo en sus referencias al órgano de representación, las disposiciones contenidas en el Título II serán aplicables a los centros de trabajo situados en España de las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas con domicilio social en cualquier Estado miembro del Espacio Económico Europeo. 2. Asimismo, serán de aplicación a las sociedades participantes en procesos de fusión transfronteriza intracomunitaria y a las sociedades resultantes de dichos procesos las disposiciones contenidas en el Título III, respecto de los procedimientos judiciales, en los términos establecidos en dicho título.3. Lo previsto en los apartados anteriores únicamente será de aplicación en los casos en que deba existir participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión, de conformidad con las disposiciones de los Estados miembros por las que se dé cumplimiento al artículo 16 de la Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital".

THE ACCOMMODATION OF RELIGIOUS LAWS IN CROSS-BORDER SITUATIONS: THE CONTRIBUTION OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

HANS VAN LOON

*Secretary General of the
Hague Conference on Private International Law*

Recibido: 12.10.2009 / Aceptado: 26.10.2009

Resumen: La interconexión del mundo que se observa en todas las esferas de la actividad humana no ha terminado con la diversidad de legislaciones y de países en el planeta Tierra. Ello puede frustrar las expectativas de los particulares que desarrollan una vida internacional. El “choque de civilizaciones” que puede surgir a partir del enfrentamiento entre la cultura jurídica occidental y la musulmana puede ser paliado gracias a la labor de organismos internacionales como la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Así, por ejemplo, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado ha impulsado instrumentos legales para regular adecuadamente los efectos jurídicos en Europa de los divorcios unilaterales o repudios, la protección de los menores desamparados en casos internacionales y para velar por la protección del derecho de los menores a relacionarse con sus padres incluso en supuestos transfronterizos.

Palabras clave: Conflicto de civilizaciones, Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, repudios, protección de los menores desamparados en casos internacionales, derecho de los menores a relacionarse con sus padres en supuestos transfronterizos.

Abstract: The interconnection of the world today can be observed in all the spheres of human activity. Nevertheless, planet Earth is still divided in a diversity of countries with its own laws and courts. It can create problems for individuals who are involved an international life. The so-called “Clash of Civilizations” that can arise between the legal western culture and the Muslim legal culture can be overcome by the work of some international organisations as The Hague Conference of Private International Law. The Conference has stimulated the signature of legal instruments to regulate adequately the legal effects in Europe of the unilateral divorces or repudiations, the protection of minors abandoned in international cases and the right of access to the children even in cross-border cases.

Key words: Clash of civilizations, Hague Conference of Private International Law, repudiations, protection of abandoned minors in international cases, right of access to children in cross-border litigation.

Table of contents: I. Introduction. II. Recognition of unilateral divorces. III. The provision of family care across borders for homeless children. IV. Protection of cross-frontier rights of contact of parents and their children in the context of the “Malta process”. V. Conclusion

I. Introduction.

1. Although our world is increasingly interconnected, it remains composed of a great variety of legal systems, reflecting different traditions, including cultural and religious traditions. Some of these also differ in the way they see the relationship between law and religion: as distinct, as in secular Western legal systems, or as essentially interconnected, as in the Jewish and Islamic traditions.

2. When people cross borders or act in a country other than their own, such legal differences may unexpectedly complicate or even frustrate their actions. For example, in some countries marriages take place according to various religious forms, while other countries require a civil marriage; will either system give effect to the other's form of marriage? When a Muslim husband in India repudiates his Italian wife by pronouncing the formula of repudiation "*talaq*" [I divorce you] three times, can this repudiation be recognised in Europe?¹ A Moroccan-Canadian couple separates and the father takes their children to Morocco; does the mother have a remedy if her custody rights are ignored? An Egyptian couple wishes to take out a mortgage which complies with *Shariah* law on their house in Amsterdam with a London bank that offers such interest-free mortgages – is that possible?

3. Since its inception, in 1893 at the initiative of TOBIAS ASSER (Nobel Peace Prize 1911),² it has been the concern of the Hague Conference to develop, and increasingly also to service, multilateral treaties which, despite the differences between legal systems, allow persons, families as well as companies to enjoy a high degree of legal security.³ After the Second World War bridging differing legal approaches between common law and civil law systems became an important challenge for the Hague Conference. When Egypt (in 1961) and Israel (in 1964) joined the Conference (later followed by Morocco (1993), Jordan (2001) and Malaysia (2002), among others), it also became necessary to find a way of taking into account the fact that these countries have a complex legal system based upon *personal* laws. Within these countries different laws apply to different categories of persons belonging to different cultural and religious traditions (Christians, Muslims, and Jews, for example). They may even have different court systems (ecclesiastical, *Shariah*, rabbinical courts, etc.) for these different categories of persons.

4. As a result of massive migration and other movements of people to the West, in particular from countries within the Islamic tradition, the need to accommodate the differences between such systems and those of Western countries has increased considerably in recent years. And, given the political overtones of the public debate on cultural and religious differences in Western societies, it has become even more critical to develop legal strategies to protect the rights of persons and families caught in such "conflicts of laws". No wonder, then, that this has become an increasing concern of the Hague Conference, in addition to its many other activities. In 1998 (a few years after the first publication of Huntington's "The Clash of Civilizations?"⁴ but well before "9/11" (2001)), the Hague Conference and the University of Osnabruck together organised a pioneering colloquium on the interaction between Islamic laws and secular legal systems.⁵

5. In addition to this academic endeavour, however, the Hague Conference has, through its Conventions and activities in support of these Conventions, dealt with several issues resulting from this interaction. This article will give a few examples⁶ of such strategies developed by the Hague Conference on

¹ After Indonesia and Pakistan, India has the third largest Muslim population in the world.

² The first Session of the Hague Conference on Private International Law was held from 12-27 September 1893 at the Salle des Trèves in The Hague. This successful diplomatic conference laid the basis for "The Hague Legal Capital", as Boutros Boutros-Ghali would baptise The Hague a century later: see W. DEETMAN, 'Foreword', in P.J. VAN KRIEKEN / D. MCKAY, *The Hague Legal Capital of the World*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2005, at p. viii.

³ See for the Spanish translations of the authentic texts of the Hague Conventions developed since the Second World War: A. BORRÁS / J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Recopilación de los Convention de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-2007)*, 2^a ed. revisada y puesta al día, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008. See also the website of the Hague, www.hcch.net, (Spanish version).

⁴ See S.P. HUNTINGTON, "The Clash of Civilizations?", *Foreign Affairs*, 72, 1993, pp. 22-49. In 1996 S.P. HUNTINGTON published his book *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, Simon & Schuster, 1996.

⁵ See C. VON BAR (Ed.), *Islamic Law and its reception by the Courts in the West / Le droit islamique et sa réception par les tribunaux occidentaux*, Cologne, 1999. The book includes contributions on (i) Islamic law: its essentials and varieties, (ii) the scope and application of Islamic law with regard to other religious and secular laws, (iii) the application of Islamic law to families and successions, and (iv) Islamic law and international commerce.

⁶ The Hague Conference has also developed such legal strategies in other fields. For example, during the negotiations on the *Hague Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in respect of Securities held with an Intermediary* securities issued under Islamic law were specifically taken into account, and they are

Private International Law: (i) for the conditions under which unilateral divorces (repudiations) may be recognised; (ii) for the provision of family care across borders for homeless children; and (iii) for the protection of cross-frontier rights of contact of parents and their children in the context of what has become known as the “Malta process”.

II. Recognition of unilateral divorces.

6. The *Hague Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations*, which is in force for Spain, sixteen other Western States and Egypt, determines the conditions under which foreign divorces will have effect in each State Party. It thus helps to avoid “limping divorces”, i.e., divorces that are valid, or recognised, in one country but not in another, with all the problems attached to such legal entanglement including the impossibility to remarry for a person whose divorce is not recognised. The Convention does not use the word “repudiation”, but it does provide an effective strategy to give effect to “divorces and legal separations”, including religious unilateral divorces, under certain conditions.

7. In order for such repudiations to be recognised abroad, they must “follow judicial or other proceedings officially recognised” in the State where they take place. It is, therefore, not enough that in a certain State (India is an example) a Muslim husband may validly divorce his wife by pronouncing *talaq* three times. Such repudiation does not qualify for recognition under the Convention. First, there must have been *proceedings*, i.e., a minimum of formalities required to be taken by established rules and carried out by a public or religious authority, or at any rate with the agreement of such authority or in its presence. Increasingly, legal systems within the Islamic tradition now provide for such proceedings. The new Moroccan Civil Code introduced in 2004, while maintaining the institution of repudiation, has placed it under strict judicial control (while adding divorce by mutual consent).

Second, the State where the proceedings take place must *officially recognise* such proceedings. That would normally exclude repudiations pronounced by a husband at his consulate in a Western country such as the Netherlands, or before a religious authority there.⁷

Finally, the Convention establishes as a general condition for the recognition of divorces that there must be a *genuine link* between the State where the divorce was obtained and the divorced or separated spouses, and that both spouses have had the *opportunity to present* their case. In the context of repudiation, this requirement helps to protect, for example, a Spanish woman living in Spain whose husband would wish to divorce her in Algeria.

8. The Hague Divorce Convention thus provides a framework for accommodating religious divorces which are unknown in Western systems, but which do give rise to questions regarding their recognition by such systems. It would be highly desirable if the Convention were in force, not just for twelve, as is currently the case, but for *all* twenty-seven EU Member States, which might then encourage other States, for example south and east of the Mediterranean, also to join this treaty.

III. The provision of family care across borders for homeless children.

9. According to a prevailing interpretation of the Koran, the adoption of a child is not legally permissible. In principle, the only way to create a legal parent-child relationship is when a child is born to a married couple. Most countries within the Islamic tradition therefore do not allow the adoption of

included in the Convention’s definition of securities. See R. GOODE / H. KANDA / K. KREUZER, with the assistance of C. BERNASCONI, *Hague Securities Convention — Explanatory Report*, Leiden, Brill, 2005, p. 31.

⁷ See e.g. Supreme Court (*Hoge Raad*) of the Netherlands, 31 October 1986, *Nederlandse Jurisprudentie* 1987, n° 924, according to which in the Netherlands a divorce, as a matter of *ordre public*, requires the intervention of the courts.

children.⁸ This raises an issue when a homeless child from such a country is placed, or is to be placed, with a family in a Western country. If adoption is not possible in the country of origin, is it possible to apply an alternative institution such as *kafala* known in Arab countries with a view to placing a child abroad? While both adoption and *kafala* are measures of child protection, they differ in critical respects: *kafala* neither terminates the pre-existing legal relationship between the child and his or her mother and father, nor does it establish a legal parent-child relationship with the new parents. While *kafala* fulfils a function similar to adoption, from the perspective of its legal structure it appears closer to foster care.

10. Increasing family contacts and relationships across the Mediterranean and beyond (Pakistan, Malaysia, among other countries, may be concerned) may give rise to the placement of a parentless child from a country within the Islamic tradition with, for example, the child's relatives in France or the Netherlands. There are also many homeless children in institutions in Arab countries.⁹ As a result, the provision of care overseas to such children through legal measures of protection has become an issue. It is obvious that such problems are best solved through international co-operation on the basis of clear agreed rules that take the differences between the adoption and *kafala* into account.

11. The Hague Conference has met this challenge by drawing up *two* Conventions. The first is the *Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in respect of Inter-country Adoption*. This global treaty, which is now in force among eighty States, provides a framework for international co-operation between countries willing to accept the departure, under strict conditions, of their children to other countries for the purpose of adoption. One of these conditions is that it is for the authorities of the country of origin to establish that the child is adoptable. Countries within the Islamic tradition are likely to take the position that their authorities should never make such a decision, and may therefore decline to join the Convention. However, during the negotiations on this Convention, in the early 1990s, the delegations of Egypt and Morocco expressed the view that the basic ideas of co-operation, safeguards and procedures embodied in the Convention would be equally useful for cross-border placements of children through *kafala* between countries within the Islamic tradition as well as with other secular systems. It was decided, however, that this could best be done separately from the 1993 Convention in the context of the negotiations on a new more general Convention on the protection of children.

12. As a result, the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* contains special provisions to deal with cross-border family care for children other than through their adoption in the country of origin. *Kafala* is specifically mentioned. Like the 1993 Convention for adoption, the 1996 Convention requires the involvement – through consultation and the co-ordination of decisions – of both the State of origin and the receiving State whenever the provision of care across borders by *kafala* or an analogous institution is contemplated. This makes it possible for children from countries within the Islamic tradition to be placed in family care in Europe, for example, under controlled circumstances. Such a placement may then be followed by an adoption in the receiving country, unless that country's laws prescribe the continued respect of the original *kafala* for the child.¹⁰

Morocco was one of the first States to join the 1996 Convention. At the end of 2007, the UK and Spain finally resolved a political issue concerning the application of this Convention to Gibraltar, completely unrelated to its content, which had held up the common ratification of the Convention by nineteen EU Member States, including the Netherlands. This has made it possible for these EU Member States to implement the common decision, already taken in 2002,¹¹ to join this important instrument.

⁸ Exceptions include Indonesia and Tunisia.

⁹ See comment (concerning Algeria and Morocco) by C. BRIÈRE, annotation of *Cour de Cassation*, first Civil Chamber, 10 October 2006, Nos 06 –15264/15265, *Journal du droit international (Clunet)* 2007, vol. 134, pp. 564-572 (at p. 569).

¹⁰ This is currently the position under French law. Dutch, Italian and Spanish law, for example, take a more flexible view (see the comment cited in the previous footnote).

¹¹ Council Decision 2003/93/EC of 19 December 2002 authorising the Member States, in the interest of the Community, to sign the 1996 *Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and*

A decision to the effect that the EU Member States which are not yet bound by the Convention should ratify or accede to it if possible before 5 June 2010 was taken in 2008.¹² The 1996 Convention has the potential to be of great assistance in providing family care across “religious borders”.

IV. Protection of cross-frontier rights of contact of parents and their children in the context of the “Malta process”.

13. The negotiation process of multilateral treaties, however inclusive, transparent and carefully orchestrated, is just a first step. The negotiating States remain free to join or not to join a Convention even if they have adopted its text at the Diplomatic Session of the Hague Conference. Practice shows that States may be hesitant to commit themselves by joining Conventions in areas they consider as sensitive. For example, while the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* has attracted eighty States Parties from all continents, very few of them, as yet, are predominantly from within the Islamic tradition.

14. One of the challenges, and indeed tasks, of the Hague Conference is therefore to promote its Conventions by providing information and assistance and, where a ratification is not or not immediately achievable, to promote solutions or approaches enshrined in the Hague instrument, perhaps as a step towards ratification at a later stage.

15. The human pain involved in separations and divorces of mixed couples across the Mediterranean is considerable, and children, in particular, may suffer irreversible traumas as a result of their wrongful removal and the loss of contact with one of their parents. While there are several bilateral arrangements between some Western countries and Egypt, Tunisia, Algeria, Morocco and Lebanon, for example, these agreements are largely based on the idea of promoting voluntary settlements, and their success has been very limited. The problem is the lack of legal machinery and of clear definitions of mutual obligations between the States concerned, and the absence of clear legal principles, as provided in the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention. These legal principles are indispensable in ensuring that the parents will occupy equal bargaining positions, and that the outcome of the bargaining will be in the interest of the child.¹³

16. The Member States of the Hague Conference have asked the Permanent Bureau to keep the development of these bilateral agreements under review. That review made it clear that, in the absence of firm legal principles, exclusive reliance on mediating procedures would not be sufficient to resolve these complex cases of child abduction and parental disputes over contact with children. This conclusion inspired the Permanent Bureau of the Hague Conference to start, in co-operation with the Government of Malta and with the support of other Member States, a series of judicial conferences. Judges and other experts from countries south, east and north of the Mediterranean convened in Malta to discuss how to secure better protection for cross-frontier rights of contact of parents and their children and the problems posed by international abduction between the States concerned.

17. The first judicial conference, in March 2004, brought together judges from Algeria, Belgium, Egypt, France, Germany, Italy, Lebanon, Malta, Morocco, the Netherlands, Spain, Sweden, Tunisia, the

Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, Official Journal L 48, 21 February 2003.

¹² See Council Decision 2008/431/EC of 5 June 2008 authorising certain Member States to ratify, or accede to, in the interest of the European Community, the 1996 *Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*, L 151, 11 June 2008.

¹³ See W. DUNCAN, “Towards the Malta Process”, in Hague Conference on Private International Law, *The Judges’ Newsletter, Vol. VIII, autumn 2004, Special Focus, Malta judicial conference on cross-frontier family law issues involving certain Hague and non-Hague States, National Reports by 14 States and the Conclusions of the Judicial Conference*, pp. 4-8, at p. 6, also accessible through the website of the Conference (*supra* n. 2).

United Kingdom, and experts from the European Commission and Council, as well as from NGOs. They adopted a Declaration in which they affirmed the principles of the *1989 UN Convention on the Rights of the Child* as a basis for action, and agreed, among other things, that efficient and properly resourced authorities should be established in each State to co-operate in securing cross-frontier rights of contact and in combating the illicit transfer and non-return of children. It was further agreed that common rules were needed to specify which country's courts are competent to make decisions concerning custody and contact, and that such decisions made by a competent court in one country should be respected in other countries.¹⁴

It was quite remarkable, and encouraging, that when these judges from different legal systems, secular and religious, were asked to indicate solutions for hypothetical cases drawn from actual practice, their views often concurred. This suggests that when expert judges from different legal backgrounds are asked to give their professional view on transfrontier parental abduction and contact cases, their sense of justice with regard to the rights of children and families may well be more similar than one might expect. The discussions also generated novel avenues for legal co-operation. As an example, it was pointed out that when an Egyptian Muslim father would swear before a Western European court that he would return his children to Europe after a vacation in Egypt, such an oath would in principle be honoured by the authorities in Egypt.

18. The second judicial conference, again held in Malta in 2006, was attended by judges from the same countries as in 2004, but in addition from a wider circle of countries: Australia, Canada, Indonesia, Libya, Malaysia, Turkey and the United States. The participants, in the Second Malta Declaration, reaffirmed the conclusions and recommendations of the first judicial conference, and added a number of concrete points, including support for the efforts of the Hague Conference to provide training programmes for judges in matters of international child protection, the further development of the international network of liaison judges (who may be contacted for information purposes in cross-border situations in addition to the diplomatic channels), and explicit support for the Permanent Bureau of the Hague Conference to provide States, on request, with technical assistance when they consider the possibility of joining the 1996 and 1980 Hague Conventions.¹⁵

19. The third Malta judicial conference took place in March 2009. Bangladesh, India, Israel, Jordan, Oman, Pakistan, Qatar and Switzerland were represented for the first time in addition to most of the countries that participated in the first Malta conference. One of the most significant conclusions of this meeting was the recognition of the urgent need to develop a more effective structure for the mediation of cross-border family disputes involving, on the one hand, a State Party to a relevant Hague Convention and, on the other hand, a non-State Party. The participants recommended the establishment, under the aegis of the Hague Conference on Private International Law, of a Working Party to draw up a plan of action for the development of mediation structures to assist in the resolution of cross-frontier disputes concerning custody of and contact with children.¹⁶ Experts from Australia, Canada, Egypt, France, Germany, India, Jordan, Malaysia, Morocco, Pakistan, The United Kingdom and the United States of America as well as a small number of independent mediation experts were invited to join the Working Party. The group met for the first time via a conference call in July 2009. The meeting identified a number of issues, including the need for central entry points facilitating access to mediation, the importance of the enforceability of mediation agreements across borders and the need to discuss standards regarding mediation models for cross-border family mediation all of which the Working Party will continue to address.

20. Progress in such a sensitive area can only be made gradually, but the Malta process, unmistakably, has built up a momentum that is promising. The Permanent Bureau is very committed to continuing its efforts, which have found broad support among its Members. This is not a process that has made headlines on television or in newspapers, yet it serves a very important cause, above all that

¹⁴ See <www.hcch.net> Welcome > Child Abduction Section, scroll down to "Judicial Seminars on the International Protection of Children – The Malta process", [Judicial Conference on Cross-frontier Family Law issues](#)

¹⁵ Ibidem, [Second Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues](#)

¹⁶ Ibidem, [Third Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues](#)

of protecting the interests of vulnerable children and families involved in complex cross-frontier and cross-cultural legal situations.

V. Conclusion.

21. In conclusion, these few examples illustrate how the Hague Conference has a special role in accommodating religious laws in cross-border situations. The approach is eminently practical and adapted to evolving realities. While the Conference will continue to promote wide ratification of its principal legislative instruments, the Hague Conventions, in parallel it makes use of judicial conferences and work in experts' groups. Much more work needs to be done, and is possible in this field, provided resources are made available.¹⁷ Global co-operation in this civil law area has enormous potential to help bring, at the micro level – for citizens – and as a result also at the macro level – for human societies and States and regions – peace, justice and (personal) security for all.

¹⁷ The Malta process depends for its funding essentially on support from outside the regular budget of the Hague Conference on Private International Law.

LA TRANSFORMACIÓN DE LOS MERCADOS DE SERVICIOS EN EUROPA: EL ALCANCE DE SU IMPACTO SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

JOSÉ VIDA FERNÁNDEZ

*Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 08.02.2010 / Aceptado: 19.02.2010

Resumen: El comercio de servicios europeo se encuentra en plena transformación como consecuencia de la aprobación de la Directiva de Servicios. Se trata de un instrumento inédito en la construcción de la Unión Europea que afecta sustancialmente al Derecho de los Estados miembros que se encuentran inmersos en un proceso de reformas para intentar adaptarse a sus exigencias. Para poder comprender su trascendencia debe atenderse a su enorme capacidad de impacto sobre el Derecho gracias tanto a su objeto como a su contenido. Ninguna rama jurídica queda completamente al margen de este fenómeno por lo que resulta imprescindible determinar con precisión cuál sea su verdadero alcance y sus límites para poder valorar las consecuencias que habrá de tener para el futuro del ordenamiento jurídico en sus distintas dimensiones.

Palabras clave: Comercio internacional de servicios, Mercado interior de servicios, Directiva de servicios, prestadores de servicios.

Abstract: European Trade in services is undergoing major changes as a result of the adoption of the Services Directive. It is a brand new instrument in the integration process of the European Union that substantially affects law of Member States. It has started a reform process than makes Member State to review and adapt their whole legislation. To understand relevance of Service Directive's it must be notice its enormous potential impact on law thanks to both its subject and its content. No body of law remains completely apart from this process. So it is required to establish accurately its real spans and limits to assess the consequences for the future of law.

Key words: International trade in services, Internal Market in Services, Services Directive, services providers.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. El instrumento de transformación de los mercados europeos de servicios: una aproximación a la Directiva de Servicios. 1. El significado de la Directiva de Servicios en la construcción de un mercado interior de servicios. 2. La capacidad transformadora de la Directiva de Servicios: la singularidad de su objeto y de su contenido. III. Alcance y límites del proceso de transformación de los mercados de servicios europeos. 1. La incidencia de la Directiva de Servicios en el ordenamiento jurídico. A) Su relación con las demás disposiciones del Derecho comunitario. B) Su relación con la normativa internacional y con la normativa interna de los Estados miembros. 2. La fuerza expansiva de la Directiva de Servicios: su ámbito de aplicación. A) Los servicios afectados por la Directiva de Servicios: determinación de su ámbito objetivo de aplicación. B) Los sujetos afectados por la Directiva de Servicios: determinación de su ámbito subjetivo de aplicación.

I. Consideraciones preliminares

1. Los mercados de servicios europeos se encuentran sometidos a un proceso de profunda trans-

formación como consecuencia de la transposición de la Directiva de Servicios¹. Esta Directiva constituye un singular instrumento diseñado para la consecución de un verdadero mercado único de servicios que está llamado a alterar los ordenamientos jurídicos nacionales dado el peso del sector servicios en las economías avanzadas.

2. En plena crisis del proyecto comunitario se ha concebido una nueva herramienta para la construcción de la Unión Europea con un enorme potencial cuyas consecuencias están aún por determinar. La Directiva de Servicios no es una disposición comunitaria más, no ya por el conjunto de normas a las que afecta en los ordenamientos nacionales sino por su diseño que le permite penetrar en éstos para transformarlos desde su base.

3. A pesar de su trascendencia, la Directiva de Servicios sigue siendo una gran desconocida por lo que se refiere a sus aspectos concretos. Si bien la mayoría de los juristas han tenido noticia de su aprobación no son conscientes de su alcance a pesar de que tarde o temprano tendrán que fajarse con ella en su condición de operadores jurídicos sea cual sea su responsabilidad o la disciplina en la que desarrollen su actividad.

4. Para comprender el significado de la Directiva de Servicios resulta imprescindible situarla en el marco de la Estrategia de Lisboa (II.1), ya que sus particularidades se deben precisamente a que diseñada como instrumento definitivo para abrir de forma definitiva el mercado interior de servicios con la intención de contribuir a hacer de la Unión Europea la economía más competitiva antes del final de la pasada década.

5. Con esta finalidad se estableció el objeto y el contenido de la Directiva (II. 2). En cuanto a su objeto destaca por su carácter omnicompreensivo, mientras que por su contenido introduce una auténtica desregulación de los servicios que desbroza gran parte de nuestro ordenamiento jurídico en todos aquellos aspectos que inciden sobre los servicios².

6. Una vez considerada la capacidad transformadora de la Directiva de Servicios resulta conveniente determinar su impacto en el ordenamiento jurídico (III.1), tanto por lo que respecta a la propia normativa comunitaria europea como a los Derechos internos de los Estados miembros.

Pero para determinar el verdadero alcance transformador de la Directiva debe acudir a un análisis detallado de su ámbito de aplicación (III.2), lo cual no resulta sencillo dada su singular configuración que le dota de un carácter esencialmente expansiva, lo que obliga a señalar con precisión tanto las materias como los sujetos que quedan al margen de los efectos de la Directiva que, como se podrá comprobar, son bien escasos.

¹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, DO L376 de 27.12.2006, p. 36.

² Una reflexión general sobre las consecuencias de la Directiva en este sentido puede encontrarse en L. PAREJO ALFONSO, «La desregulación de los servicios con motivo de la directiva Bolkenstein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009, pags. 34-41. Una lectura coincidente en el diagnóstico de la situación, pero opuesta en su valoración se lleva a cabo por T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La larga marcha por la libertad de empresa», en VV.AA., *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios, Madrid, 2009, pp. 161-184. También de este último puede verse uno de los trabajos pioneros sobre la Directiva de Servicios en T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 22, 2007, pp. 189-197.

II. El instrumento de transformación de los mercados europeos de servicios: una aproximación a la Directiva de Servicios

1. El significado de la Directiva de Servicios en la construcción de un mercado interior de servicios

7. La Directiva de Servicios constituye uno de los principales logros del frustrado programa de reformas contenido en la Estrategia de Lisboa que en el año 2000 se propuso hacer de la Unión Europea la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social, antes de que concluyera la década³.

La consecución de un verdadero mercado único de servicios figuraba desde un primer momento entre las reformas económicas para el logro de un mercado interior acabado y plenamente operativo, si bien hubo que esperar a la revisión de la Estrategia de Lisboa a mediados de la década para que se le diera el espaldarazo definitivo con el impulso y posterior aprobación la Directiva de Servicios⁴.

8. Hasta alcanzar este momento se recorrió un complejo camino en el que se desarrollaron distintos análisis y propuestas hasta perfilar a la Directiva de Servicios como remedio para las deficiencias del mercado interior de servicios⁵.

En efecto, en primer lugar, se llevó a cabo un profundo estudio por la Comisión sobre «El estado del mercado interior de servicios» (2002)⁶, que constató lo que era evidente, que después de diez años de lo que debiera haber sido la realización del mercado interior como consecuencia del Tratado de la Unión Europea, la prestación transfronteriza de servicios o el establecimiento en un Estado miembro distinto de aquel de origen resultaba poco menos que imposible. Los obstáculos afectaban (y afectan) a la mayoría de los servicios a la hora de acceder a su prestación, con o sin establecimiento, lo que se imputaba no tanto a restricciones directas impuestas por los Estados miembros sobre los prestadores de

³ La Estrategia de Lisboa se forja en las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Lisboa los días 23 y 24 de marzo de 2000, en las que se planteó para hacer frente a los cambios derivado de la mundialización y a los desafíos que plantea una nueva economía basada en el conocimiento. Se trata de una instrumento tan poco conocido en sus detalles como trascendental en la práctica pues prácticamente todas las grandes reformas que se han producido durante la última década (desde la reordenación de las telecomunicaciones, a la reestructuración de los servicios financieros, la reforma del derecho de sociedades y, por supuesto, la introducción de la administración electrónica) tienen su encaje en este ambicioso programa de reformas tanto económicas como sociales dentro de una estrategia positiva que pretende combinar competitividad y cohesión social.

Por lo que respecta a las reformas económicas se centran en preparar el paso a una economía competitiva, dinámica y basada en el conocimiento que debe ejercer como un poderoso motor para el crecimiento, la competitividad y el empleo, que mejore la calidad de vida de los ciudadanos y el medio ambiente. Dentro de éstas se distinguían cinco ejes: una sociedad de la información para todos; creación de una zona europea de investigación e innovación; creación de un entorno propicio para el inicio y el desarrollo de empresas innovadoras, PYME en particular; reformas económicas para el logro de un mercado interior acabado y plenamente operativo; mercados financieros eficaces e integrados; coordinación de las políticas macroeconómicas: saneamiento presupuestario, calidad y sostenibilidad de las finanzas públicas.

⁴ Vistos los escasos resultados de las reformas iniciales propuesta dentro de la Estrategia de Lisboa en 2000, se optó por una profunda revisión de la misma. De este modo las Conclusiones del Consejo Europeo de 22 y 23 de marzo de 2005 proponían una reactivación de la Estrategia de Lisboa mediante una asociación para el crecimiento y el empleo a partir de los siguientes ejes: conocimiento e innovación, motores de un crecimiento sostenible; un espacio atractivo para invertir y trabajar; el crecimiento y el empleo al servicio de la cohesión social. En concreto se propuso hacer que la Unión Europea fuese más atractiva para los inversores y los trabajadores: desarrollando el mercado interior, mejorando las reglamentaciones nacionales y la europea, garantizando mercados abiertos y competitivos tanto dentro como fuera de Europa y, por último, ampliando y mejorando las infraestructuras europeas.

⁵ Sobre la elaboración de la Directiva de Servicios *vid.* D. ENTRENA RUIZ, «La génesis de la Directiva sobre Liberalización de Servicios», en T. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 41-82.

⁶ Informe presentado en el marco de la primera fase de la estrategia para el mercado interior de servicios COM(2002) 441 final, 30 de julio de 2002.

otros Estados cuanto a las barreras informativas (falta de información sobre los trámites, inexistencia de información traducida), el exceso de trámites administrativos (que afecta igualmente a los prestadores nacionales, aunque resulta más gravosa para los procedentes de otros Estados), a la inseguridad jurídica (la incertidumbre en cuanto a las condiciones del establecimiento o de la prestación, y por lo que respecta a las posibles actuaciones de las autoridades públicas) y a la desconfianza entre los Estados miembros (que se resisten a asumir las actuaciones que habilitan a la prestación llevadas a cabo por otros Estados, duplicando así los trámites).

Estas conclusiones pueden resultar sorprendentes dado que la libre circulación de servicios se había reconocido en los Tratados fundacionales desde los orígenes de la Comunidad. En efecto, en los artículos 49 y 56 TFUE se prohíbe de forma inequívoca toda restricción a la libertad de prestación de servicios y de establecimiento. Sin embargo, se han mostrado absolutamente ineficaces por la dificultad de tener que resolver caso por caso las infracciones contra los Estados miembros, así como por la deficiencia mostrada por las instituciones comunitaria ante una práctica tan generalizada en todos los Estados como difícil de erradicar por la existencia de exclusiones y excepciones a estas libertades por razones de interés general (seguridad nacional, orden público, salud) previstas en el propio Tratado.

Esto motivó que se optara por un instrumento legislativo transversal dirigido a todos los servicios (si bien con exclusión de algunos) que los somete a unas medidas comunes (sin desatender las particularidades de determinados servicios) para suprimir directamente las barreras que pudieran eliminarse e iniciar un proceso de aproximación en aquellas que pudieran permanecer. En realidad el contenido de la Directiva no es original ya que recoge en gran medida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios, y complementa diversos instrumentos comunitarios en vigor sobre estas cuestiones que siguen siendo aplicables. La novedad se deriva del planteamiento sistemático de todas estas medidas para que sean asumidas por los Estados miembros en su configuración interna de la prestación de servicios. A lo que se añaden medidas complementarias como el establecimiento de ventanillas únicas para los prestadores de servicios, la implantación de procedimientos por vía electrónica y la cooperación administrativa.

9. Con este planteamiento se inició un largo y polémico proceso de tramitación de la Directiva de Servicios, en el que fue necesaria su aprobación en segunda lectura tras el rechazo del Parlamento Europeo a la propuesta inicial de la Comisión. Los aspectos más problemáticos fueron la inclusión indiscriminada de todos los servicios excluyendo únicamente a los no susceptibles de contraprestación económica y a determinados servicios sometidos a regímenes especiales (telecomunicaciones, electricidad, gas, etc.), lo que suponía someter bajo una misma norma servicios tan variados como los servicios sanitarios, los juegos de azar, los servicios de seguridad o el alquiler de vehículos. Otra de las cuestiones polémicas fue la inclusión de la llamada cláusula del país de origen que permitía aplicar a los prestadores de servicios las normas de su Estado de procedencia, independientemente del lugar en el que se prestaran o se recibiera el servicio –no para los trabajadores desplazados–, lo cual dejaba en manos de dicho país de origen la garantía del cumplimiento de todas las condiciones de prestación del servicio (requisitos de acceso, de calidad, etc.), lo que suscitaba problemas de “dumping” social y deslocalización⁷.

Finalmente la Directiva de Servicios fue aprobada a finales de 2006 y dispuso un plazo de transposición de tres años que concluyó el 28 de diciembre de 2009. Por razón de sus singulares características, el proceso de transposición se ha estructurado de forma específica para facilitar su cumplimiento por parte de los Estados miembros que han tenido que desarrollar un enorme esfuerzo cuyos resultados

⁷ Aunque finalmente desapareció del texto final de la Directiva, debe tenerse presente esta cuestión de la cláusula del país de origen en tanto puede ser un elemento recurrente en el proceso de integración comunitario. Esta cláusula ha admitido interpretaciones contrapuestas como la seguida (con unas consideraciones favorables) por A. ESTELLA DE NORIEGA, «El principio del “país de origen” en la propuesta de Directiva Bolkestein», en T. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 173-199, y la opuesta (rechazando su introducción) por T. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior», en T. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 83-85.

están aún por comprobar. Se ha ensayado así una nueva metodología en el proceso de transposición mucho más exigente para los Estados miembros que si bien garantiza la incorporación del contenido a los Derecho interno igualmente limita en gran medida la autonomía de los Estados para escoger las medidas que consideren más adecuadas. Sin duda se trata de una experiencia que habrá de tener una gran repercusión en el futuro de la relación del Derecho comunitario con los Derechos internos de los Estados que están siendo progresivamente ahormados bajo un mismo modelo como consecuencia de la creciente limitación de su autonomía institucional y procedimental.

10. Conforme al mecanismo de transposición previsto en la propia Directiva, los Estados miembros han tenido que llevar a cabo una revisión completa de sus respectivos ordenamientos jurídicos para identificar todas las medidas que incidieran en la libre circulación de servicios, evaluar su compatibilidad con el contenido de la Directiva y, en su caso, proceder a su modificación. Asimismo han tenido que adoptar no sólo normas sino también otras medidas específicas (organizativas, procedimentales o prácticas) para introducir los nuevos mecanismos previstos en la Directiva para garantizar o impulsar la libertad de establecimiento y de prestación de servicios. En todo este proceso han contado con el apoyo y seguimiento estrecho por parte de la Comisión y sus resultados se han sometido posteriormente a una evaluación recíproca y a la supervisión de la propia Comisión.

Los Estados miembros han aprovechado este proceso para llevar a cabo una reforma más amplia del sector servicios y, muchos de ellos han aprobado a nivel interno leyes equivalentes a la Directiva de Servicios (en España la Ley Paraguas) completadas por otras modificaciones legales tanto de carácter transversal (Ley Omnibus) como puntual⁸.

2. La capacidad transformadora de la Directiva de Servicios: la singularidad de su objeto y de su contenido

11. La Directiva de Servicios establece las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los mismos, manteniendo un nivel elevado de calidad (art. 1).

La Directiva constituye un instrumento de impulso al mercado interior de servicios que pretende acabar con los innumerables obstáculos existentes en los Estados miembros que no han llegado a ser erradicados mediante la aplicación de las disposiciones contenidas en el Tratado relativas a la libertad de establecimiento y a la prestación de servicios a través de las fronteras.

12. Esta descripción no hace justicia a la capacidad transformadora de la Directiva, ya que pudiera pensarse que se trata de un enésimo instrumento de supresión de las barreras de a la libre circulación de servicios. En verdad no se limita a una integración negativa dirigida suprimir las restricciones a la libre circulación de servicios mediante su prohibición –ya que esta había sido la base de la fallida dinámica de las disposiciones del Tratado–, sino que introduce un proceso de evaluación, consulta y armonización complementaria para permitir modernizar de forma progresiva y coordinada la regulación nacional de los servicios. Se trata una integración positiva mediante la combinación equilibrada de medidas relativas a la supresión de requisitos innecesarios, la armonización selectiva, la cooperación administrativa y el estímulo para la elaboración de códigos de conducta. Este proceso, tanto en su dimensión negativa como

⁸ En el caso de España se optó por establecer un marco general a través de una norma transversal como es la llamada Ley Paraguas –Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio–, que es un trasunto del contenido de la Directiva si bien adaptado a las particulares de nuestra organización territorial del poder y de nuestro sistema administrativo. Esta norma marco ha sido completada a nivel estatal con la llamada Ley Omnibus –Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio– que, al modo de las antiguas Leyes de Acompañamiento, modifica un gran número de Leyes para adaptarlas a la exigencias de la Directiva. También a nivel estatal se han tenido que llevar a cabo modificaciones de Leyes de forma específica, por su especiales implicaciones (como la Ley de Comercio), así como numerosos reglamentos. Este proceso ha sido replicado por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus propias competencias sobre los servicios y, asimismo, a nivel local.

positiva, no se desarrolla de forma indiscriminada con el único objetivo de superar las barreras a la libre prestación de servicios, sino que se tienen en cuenta otros objetivos de interés general como la seguridad pública, la salud, los derechos de los trabajadores, el medio ambiente y, en particular, la protección de los consumidores para lo que disponen medidas especiales para garantizar la seguridad y la calidad en la prestación de los servicios.

13. La fuerza de la Directiva de Servicios reside esencialmente en la amplitud de su objeto que alcanza con carácter general todas las actividades relacionadas con la prestación de servicios –ya se trate de servicios intermedios para empresas o servicios finales para consumidores–, a partir una proyección horizontal –en la que no se distinguen sectores concretos–, y sobre la base de un planteamiento global –que parte de la inclusión de todos los servicios en general, para excluir posteriormente algunos de ellos–⁹.

Se trata, sin duda, de una singularidad dentro de los instrumentos de construcción del mercado interior ya que la práctica hasta el momento había sido centrarse en categorías concretas (de bienes, de servicios) para garantizar las libertades de circulación. Al abarcar con carácter general todos los servicios y dejar al margen sólo categorías muy concretas la Directiva se extiende por un sin fin de actividades de servicios que resulta difícil de enumerar y que, consideradas en su conjunto, presentan un carácter estratégico esencial¹⁰.

El ámbito de aplicación fue una de las cuestiones más conflictivas durante su tramitación. Esto se debe a que se trata de un ámbito que por razón de la naturaleza horizontal de la Directiva, incluye un enorme y variado catálogo de servicios que quedan sometidos a una misma disciplina. La trascendencia que implica en la ordenación de los servicios de que se trate el quedar sometido al régimen de la Directiva ha motivado que el alcance de este ámbito de aplicación sea igualmente discutida incluso una vez aprobada.

14. Otro elemento característico del potencial de la Directiva de Servicios es su contenido para alcanzar una plena libertad de establecimiento y de prestación de servicios a través de las fronteras. Para conseguirlo, la Directiva pretende simplificar procedimientos, eliminar obstáculos a las actividades de servicios y promover tanto la confianza recíproca entre Estados miembros como la confianza de los prestadores y los consumidores en el mercado interior.

15. En primer lugar, se establecen unas medidas para la simplificación administrativa (Capítulo II) con el objetivo de superar las dificultades en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio derivadas de la complejidad, extensión e inseguridad de los procedimientos administrativos. Se trata de una manera de suprimir barreras sutiles que no impiden directamente a los prestadores el establecimiento en otros Estados ni la prestación transfronteriza de servicios pero disuade de hacerlo, en particular a las PYMES. Por ello se disponen medidas como que los Estados miembros reduzcan trámites administrativos innecesarios y agilicen procedimientos, que establezcan “ventanillas

⁹ Sobre las características del objeto de la Directiva de Servicios *vid.* T. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior», en T. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 85-98.

¹⁰ Así ocurre con la distribución comercial de bienes, las profesiones reguladas (asesoría jurídica o fiscal, arquitectura, ingeniería, contabilidad, topografía, peritaje), la artesanía, los servicios prestados a empresas (limpieza, vigilancia y seguridad, organización de eventos, cobro de deudas, publicidad, consultoría en gestión y organización empresarial), la distribución comercial (incluyendo el comercio mayorista y el minorista), los servicios en el ámbito del turismo (por ejemplo, las agencias de viajes), los servicios de ocio (centros deportivos, parques de ocio), los servicios en el área de la instalación y mantenimiento de equipos, los servicios relacionados con la información (creación y gestión de páginas en internet, agencias de noticias, editoriales), las actividades de consultoría y programación informática, la hostelería (restaurantes, hoteles, cafeterías, bares), servicios en el ámbito de la formación y la educación, los servicios de alquiler y arrendamiento con opción de compra, los servicios inmobiliarios, los servicios al hogar (limpieza, jardinería, reparaciones), los servicios de certificación, etc.

únicas” que actúen como interlocutores de los prestadores de servicios, que permitan la tramitación de los procedimientos a distancia y por medios electrónicos, y que la información sobre procedimientos y requisitos nacionales resulte fácilmente accesible para los prestadores y los destinatarios de los servicios.

16. El núcleo de la Directiva lo constituyen las medidas dirigidas a garantizar la libertad de establecimiento de los prestadores (Capítulo III) y la libre circulación de servicios (Capítulo IV), que siguen regímenes jurídicos distintos en tanto la prestación del servicio tenga lugar con o sin establecimiento por parte del prestador.

17. La distinción entre uno y otro supuesto se deduce de la existencia de una sede física-económica para el desarrollo de su actividad¹¹, o más genéricamente cuando existe estabilidad y continuidad en la participación en la vida del Estado miembro en el que se desarrolle su actividad¹². La Directiva apunta a este último criterio conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que aprecia el carácter temporal de las actividades de que se trate, no solo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad (considerando 77).

La Directiva se dirige a garantizar el libre establecimiento de los prestadores de servicios. A este respecto interviene directamente sobre los procedimientos de autorización dispuestos a nivel nacional.

La Directiva exige que los Estados reconsideren la necesidad de mantener dichas autorizaciones para inicio de la prestación de servicios con establecimiento, con lo que se manifiesta que la presencia de autorizaciones se considera una excepción. En el caso de que se mantengan las autorizaciones se establecen los parámetros que han de cumplir en todos los Estados miembros para garantizar en la mayor medida posible la libertad de establecimiento.

En cuanto a las condiciones para su concesión se parte de que las autorizaciones han de ser no discriminatorias, y deben estar justificadas por una razón imperiosa de interés general, sin que puedan ir más allá de lo que resulte necesario. Asimismo las condiciones de los procedimientos de autorización han de ser claras e inequívocas, objetivas, transparentes y accesibles, y publicadas con antelación. En todo caso estas condiciones no deben duplicarse, por lo quedan excluidos los requisitos y controles equivalentes o comparables en lo esencial por su finalidad a los que ya esté sometido el prestador en el mismo o en otro Estado miembro.

La Directiva se refiere a la duración y al alcance territorial de las autorizaciones. Se plantea así la supresión (o al menos la minimización) de las limitaciones a la duración de las autorizaciones para garantizar las estrategias a largo plazo, así como las restricciones a una parte del territorio. También dispone que la limitación del número de autorizaciones disponibles por parte de los Estados miembros sólo resulta admisible si se debe a la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas existentes, o si está justificada por una razón imperiosa de interés general. Por lo demás, los procedimientos de otorgamiento de las autorizaciones deben basarse en normas objetivas y transparentes para garantizar que las solicitudes se tramiten de manera imparcial, evitando así que estos procedimientos resulten disuasorios, compliquen o retrasen indebidamente la prestación del servicio.

Junto a estas condiciones generales de las autorizaciones, la Directiva también se refiere a su contenido estableciendo una serie de requisitos prohibidos y otros a reconsiderar para sustituirlos por otros menos restrictivos.

En cuanto a los requisitos prohibidos constituyen obstáculos insalvables para el establecimiento de los prestadores de servicios. Por esta razón se prohíbe que para la obtención de las au-

¹¹ Así los distinguen A. L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Intervenciones del Estado y libre competencia*, Colex, Madrid, 2001 pp.102-103, quienes afirman que mediante la libertad de establecimiento (art. 43-48 TCE) se accede a un actividad económica independiente mediante la fijación de una instalación o sede física-económica en otro Estado miembro, mientras que la libre prestación de servicios (art. 49-55 TCE) consiste en el acceso y ejercicio a un actividad económica independiente pero sin la fijación de una instalación o sede física-económica en otro Estado miembros

¹² En el caso de que no exista tal estabilidad y continuidad, se aplicaría las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios (sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners*, 2/74, apartado 21; sentencia de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard* C-55/94, apartado 25; sentencia de 17 de junio de 1997, *Sodemare*, C-70/95, apartado 24).

torizaciones los Estados miembros exijan los siguientes requisitos: los requisitos basados directa o indirectamente en la nacionalidad, los requisitos que limiten el establecimiento de prestadores de servicios a un único Estado miembro, los requisitos que limiten la capacidad de elección del prestador de servicios entre un establecimiento principal y otro secundario, las condiciones de reciprocidad, las pruebas económicas, la intervención de competidores en las decisiones de las autoridades competentes, las obligaciones de obtener avales financieros o contratar seguros de operadores establecidos en el mismo Estado miembro, y las obligaciones de haber estado inscrito previamente en el territorio nacional o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio.

Otros requisitos constituyen un obstáculo grave a la libertad de establecimiento por lo que se plantea su reconsideración por parte de los Estados miembros. Son los límites cuantitativos o territoriales, la obligación de que el prestador de servicios adopte una forma jurídica particular, los requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad, los requisitos que dan lugar a la reserva de la prestación de ciertos servicios a determinados prestadores, la prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional, las obligaciones de disponer de un número mínimo de empleados, las obligaciones de aplicar tarifas mínimas o máximas fijas, la obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos.

18. La libre circulación de servicios a través de las fronteras exige que los Estados miembros garanticen el libre acceso a la actividades de servicios y su libre ejercicio en su territorio. Como se ha señalado anteriormente se trata de todos aquellos supuestos en los que tiene lugar una prestación de servicios en otro Estado miembro distinto de aquel de origen sin establecimiento.

Se pretenden eliminar los requisitos dispuestos por los Estados miembros directamente para los prestadores establecidos en otros Estados miembros y que pueden dificultar la prestación transfronteriza de servicios. Por lo tanto, la Directiva no pretende en este punto que los Estados miembros revisen sus regímenes de autorizaciones y que supriman o modifiquen los requisitos incompatibles sino que se limiten a no aplicar determinados requisitos a los prestadores establecidos en otros Estados miembros.

El alcance de las medidas dispuestas en la Directiva para la libertad de prestación transfronteriza de servicios puede parecer así muy limitada. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que al establecer una serie de principios y requisitos que deben cumplirse con respecto a los prestadores establecidos en otro Estado miembros, estos terminan extendiéndose a toda configuración del régimen para el acceso y el ejercicio de las actividades de servicios. En efecto, la Directiva no impide que los Estados puedan mantener los requisitos que prohíbe aplicar a los prestadores de otros Estados a aquellos que están establecidos en ellos, pero esto resulta evidentemente poco probable.

Por lo tanto las prohibiciones y principios que se disponen en la Directiva con respecto al tratamiento de los prestadores de otros Estados se puede entender referido a la ordenación misma del acceso y ejercicio de las actividades de servicios.

Como carácter general se propicia una desregulación general de la prestación de servicios ya que prohíbe que los Estados miembros supediten el acceso o el ejercicio de una actividad de servicios a requisitos que no estén justificados para la protección del orden público, la seguridad pública, la salud pública, o el medio ambiente, sin que puedan invocarse otros objetivos de interés general.

La configuración desde las instancias comunitarias de los regímenes nacionales de la prestación de servicios se completa con los principios que han de cumplir los requisitos exigidos para la prestación de servicios que deben ser no discriminatorios y proporcionales. Como ejemplo, la Directiva enumera una serie de requisitos que incumplen dichas exigencias: la obligación de disponer de establecimiento en el territorio en el que se presta el servicio, la obligación de obtener una autorización o de inscribirse en un registro, la prohibición de establecer una infraestructura, la aplicación de regímenes contractuales particulares entre el prestador y el destinatario que restrinja la prestación de servicios por trabajadores por cuenta propia, la obligación de poseer un documento de identidad específico, los requisitos que afectan al uso de equipos o las restricciones aplicadas a los destinatarios.

Este régimen no se aplica absolutamente a todas las actividades de servicios incluidas en la Directiva sino que se modula con respecto a determinadas materias o servicios, si bien estas excepciones se

interpretan de forma restrictiva. Se trata de excepciones generales –que son numerosas y variadas¹³– y excepciones que permiten en casos muy excepcionales por razón de seguridad determinados requisitos incluso a prestadores concretos.

Por último, el régimen de la prestación de servicios en los Estados miembros previsto en la Directiva se completa con las obligaciones relativas a los destinatarios de los servicios. En efecto, la Directiva no se limita a facilitar la libertad de los operadores para prestarlos, sino que se ocupa igualmente de garantizar a los destinatarios el ejercicio sin problemas de su libertad para recibirlos.

La Directiva pretende reforzar los derechos de los destinatarios de los servicios y, en particular, de los consumidores, tanto para que puedan acceder sin restricciones ni discriminaciones como para que puedan defender sus intereses en caso de conflicto. Con esta intención se disponen medidas para suprimir los obstáculos con que se encuentran los destinatarios que desean utilizar servicios prestados por prestadores establecidos en otros Estados miembros, así como para abolir los requisitos discriminatorios basados en la nacionalidad o la residencia de los propios destinatarios. Asimismo se garantiza el acceso de los destinatarios a información general sobre los requisitos que han de cumplir los prestadores de otros Estados miembros para que puedan tomar adecuadamente sus decisiones en la decisión de optar por un determinado prestador de servicios.

19. Las garantías a la libre prestación de servicios dispuestas por la Directiva se complementan con un conjunto de medidas encaminadas a promover una elevada calidad de los servicios y a fomentar la información y la transparencia sobre los prestadores y sus servicios.

Con esta política sobre calidad de los servicios se pretende garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior y la competitividad de la economía de los servicios en Europa, lo que afecta esencialmente a los destinatarios de los servicios y, en especial, a los consumidores. El fomento de la información y la transparencia permite a los consumidores tomar mejores decisiones informadas, sobre todo en lo que respecta a los servicios de prestadores establecidos en otros Estados miembros. Asimismo la transparencia contribuye a la creación de un terreno de juego nivelado entre los prestadores de servicios de los diferentes Estados miembros.

Las medidas de calidad de los servicios contenidos en la Directiva afectan aspectos tan dispares como la información sobre los prestadores y sus servicios, el régimen de seguros y garantías, de las comunicaciones, de la calidad (en sentido estricto), de los litigios y de los códigos de conducta.

En primer lugar, los Estados deben adoptar disposiciones para garantizar el cumplimiento por parte de los prestadores de ciertas obligaciones, como la de facilitar información, o la de responder de inmediato a las reclamaciones y hacer cuanto sea posible para resolver litigios. En el terreno de la responsabilidad profesional y las garantías, los Estados miembros pueden imponer la imposición de requisitos a los prestadores establecidos en su territorio.

En segundo lugar, los Estados miembros deben evitar la duplicación de las obligaciones de suscripción de seguros, suprimir las prohibiciones totales de realizar comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas y las restricciones relativas a las actividades multidisciplinarias y re-

¹³ Entre las materias y servicios exceptuados con carácter general se encuentran: los servicios de interés económico general; las materias que abarca la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores; las materias a las que se refiere la Directiva 95/46/CE relativa al tratamiento de datos personales; las materias a las que se refiere la Directiva 77/249/CEE, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados; la actividad de cobro de deudas por vía judicial; las materias a las que se refiere el título II de la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, incluidos los requisitos nacionales por los que se reserva una actividad a una determinada profesión regulada; las materias a las que se refiere el Reglamento (CEE) no 1408/71 relativo a la coordinación de regímenes de seguridad social; materias a las que se refiere la Directiva 2004/38/CE relativa a los trámites administrativos que conciernen a la libre circulación de personas y a su residencia; los requisitos de visado o de permiso de residencia impuestos a ciudadanos de terceros países; las materias a las que se refiere el Reglamento (CEE) no 259/93 relativo al traslado de residuos; los derechos de propiedad intelectual; actos para los que se exige por ley la intervención de un notario; materias que abarca la Directiva 2006/43/CE sobre auditorías legales; la matriculación de vehículos objeto de un arrendamiento financiero (“leasing”) en otro Estado miembro; y las disposiciones aplicables a las obligaciones contractuales y extracontractuales determinadas de conformidad con las normas del Derecho internacional privado.

conocer las garantías económicas.

Por último, los Estados miembros deben adoptar ciertas medidas positivas para alentar a los prestadores a poner en práctica medidas voluntarias de apoyo a la calidad.

20. La falta de cooperación administrativa ha sido una de las razones principales que han impedido hasta ahora el buen funcionamiento del mercado interior de servicios. La escasa confianza en el marco jurídico y en la supervisión de otros Estados miembros ha dado lugar a una multiplicación de normas y a la duplicación de controles de las actividades transfronterizas. Por este motivo, la Directiva establece la una clara obligación de cooperar con las autoridades competentes de los demás Estados Miembros.

La cooperación administrativa se basa esencialmente en la obligación general de los Estados miembros de prestarse asistencia recíproca. Con el fin de asegurar una adecuada cooperación entre los Estados se introducen mecanismos como la creación de puntos de contacto a nivel nacional y de un sistema de información del mercado interior (IMI).

En todo caso la mayoría de los supuestos de asistencia recíproca consisten en intercambio de información. Por ello se disponen obligaciones específicas para que este intercambio de información entre las autoridades competentes de otros Estados miembros debe ser rápido y no burocrático, para los que se establecen condiciones tanto para los requerimientos de información como para su respuesta (plazos, concreción, etc.). El intercambio de información puede referirse a la fiabilidad del prestador de servicios a partir de las sanciones penales y administrativas impuestas relacionadas con la prestación de servicios. Asimismo las solicitudes de información pueden exigir la realización de controles, inspecciones o investigaciones.

21. El contenido de la Directiva de Servicios se cierra con un mecanismo específico para su transposición y aplicación de su contenido.

La Directiva obliga a los Estados miembros a revisar su legislación en relación con varios aspectos contemplados en la misma. En particular por lo que respecta a los regímenes de autorización y ciertos requisitos relacionados con el establecimiento, así como a los requisitos que aplican a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro que prestan servicios en su territorio.

Tras el proceso de revisión interna, los Estados han de informar a la Comisión de los resultados de su revisión y, a partir de sus resultados, se exige establece un proceso de evaluación recíproca que garantice la transparencia y la revisión por pares.

III. Alcance y límites del proceso de transformación de los mercados de servicios europeos

1. La incidencia de la Directiva de Servicios en el ordenamiento jurídico

22. La Directiva de Servicios constituye un poderoso instrumento para la transformación de los mercados de servicios tanto por su objeto como por su contenido.

La Directiva establece un marco jurídico general para la mayoría de las actividades de servicios que se extiende a la totalidad de su regulación por parte de los Estados miembros. En efecto, la Directiva no se limita a las condiciones de establecimiento para la prestación de servicios o al acceso a dicha actividad, sino que se extiende también a las condiciones de desarrollo por los prestadores (duración, calidad), e, incluso, a cuestiones derivadas de dicho ejercicio (responsabilidad).

Además, se trata de un marco jurídico general que no dispone un modelo acabado de ordenación de las actividades de servicios para los Estados miembros que hubiera sido de imposible implementación por las particularidades tanto de los propios Estados como de los servicios que se regulan. Por el contrario prima su contenido proscriptivo mediante el que se establece una serie de prohibiciones y limitaciones a los Estados miembros que les hace coincidir, con todas sus variaciones, en la configuración de un modelo de mínimos consecuencia de la desregulación a la que se les obliga.

Por lo demás, el alcance de la Directiva no se limita a las normas de los Estados miembros de carácter público relativas a la ordenación de las actividades de prestación de servicios sino que incide, asimismo, en la normativa de carácter privado relativa a las relaciones entre particulares, de tal modo que las condiciones establecidos por los Estados no disuada a los posibles prestadores ni disminuyan los derechos de los destinatarios.

Conforme a estas características, la Directiva cuenta con un enorme potencial para incidir en la ordenación de los Estados miembros que se han visto obligados a llevar a cabo una revisión completa de sus respectivos ordenamientos jurídicos para adaptarlos a sus exigencias. El alcance de la Directiva es enorme alcance y su carácter expansivo le hace interactuar con una enorme variedad de normas tanto a nivel comunitario como interno e, incluso, a nivel internacional.

A) Su relación con las demás disposiciones del Derecho comunitario

23. Por lo que respecta a su encaje en el Derecho comunitario debe tenerse en cuenta su ajuste al Derecho originario así como su relación con el resto del Derecho derivado.

24. La Directiva de Servicios es conforme a lo establecido en el Tratado, en concreto por lo que se refiere a la libertad de prestación de servicios y de establecimiento que pretende impulsar y profundizar. Por lo tanto los Estados miembros han de aplicar su contenido de acuerdo con las normas del Tratado por las que se rigen el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios (art. 3.3), y, asimismo, han de respetar los principios que el Tribunal de Justicia ha desarrollado sobre la base de la aplicación de las mismas.

Este marco general compuesto por el Tratado y la jurisprudencia comunitaria sigue rigiendo para todas las actividades de servicios, en particular, para aquellas excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva, y es garantizado por la Comisión que ejerce como guardiana del Tratado y asiste a los Estados miembros en esta tarea.

25. Por lo que respecta a las normas de Derecho derivado, en tanto el contenido de la Directiva incide en un gran número de normas y actos comunitarios esta misma previene los posibles conflictos previendo excepciones a la aplicación de determinadas disposiciones a lo largo de su articulado y, con carácter general, a través de un mecanismo de resolución de conflictos previsto en el artículo 3.1.

Conforme a este último, si surge un conflicto entre una disposición de la Directiva y una disposición de otro acto comunitario relativo a aspectos concretos relacionados con el acceso a la actividad de un servicio o su ejercicio en sectores concretos o en relación con profesiones concretas, estas otras normas primarán y se aplicarán a esos sectores o profesiones concretas¹⁴.

El conflicto entre la Directiva de servicios y una disposición de otro instrumento comunitario debe ser real y efectivo. El mero hecho de que se incluyan normas sobre aspectos específicos de un determinado servicio en otro instrumento comunitario no basta para concluir que exista un conflicto con una disposición de la Directiva, por lo que sólo se puede dejar de aplicar una disposición de ésta cuando se demuestre que existe una contradicción entre normas específicas de los dos instrumentos¹⁵. Esta evaluación ha de basarse en una interpretación exhaustiva de las disposiciones en cuestión, de conformidad con su fundamento jurídico y con las libertades fundamentales consagradas en los artículos 43 y 49 del Tratado CE.

En caso de que exista un verdadero conflicto normativo, la Directiva se configura como una norma de aplicación general que únicamente cede ante las normas comunitarias de carácter especial que regulen cualquiera de los aspectos relacionados con su contenido.

26. En esta primacía de la normativa especial destacan las normas de Derecho internacional priva-

¹⁴ La propia Directiva enumera algunas de estas normas de aplicación preferente como son: Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios /Diario Oficial nº L 018 de 21/01/1997 p. 0001-0006); el Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad; Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (Diario Oficial nº L 298 de 17/10/1989 p. 0023-0030); Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (Diario Oficial nº L 255/22 de 30/9/2005).

¹⁵ Así lo afirma la Comisión en su Manual de Transposición, p. 21.

do, que vienen a completar la ordenación de las actividades de prestación de servicios en su dimensión privada. La ordenación de las relaciones contractuales entre el prestador y el cliente no son, en principio, objeto de la Directiva, y en la medida que puedan verse afectadas, en el caso de que existiese un conflicto con lo dispuesto por las normas del Derecho Internacional Privado se someterán preferentemente a éstas (art. 3.2).

Debe tenerse en cuenta que se trata de las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en la normativa comunitaria, por lo que todas las normas dispuestas a nivel nacional a este respecto se someten plenamente a las disposiciones de la Directiva.

En tanto pudieran verse afectas por las disposiciones de la Directiva ésta reconoce específicamente la preferencia de las normativa comunitaria que se refiere a la legislación aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales –Convenio de Roma (Reglamentos Roma I y Roma II)–, incluidas las que garanticen que los consumidores se beneficien de la protección que les conceden las normas de protección del consumidor establecidas en la legislación pertinente vigente en su Estado miembro (art. 3.2).

Con esta última mención se pretende que la Directiva no afecte a las medidas en desarrollo de la política comunitaria sobre protección de consumidores, a la que precisamente dedica un Título específico en el entendido de que las garantías de los destinatarios de los servicios constituyen un elemento esencial para facilitar la libre circulación de servicios.

Además de este criterio de preferencia, las normas comunitarias de Derecho Internacional Privado se benefician, en virtud del artículo 17.5, de la derogación específica de las exigencias de la libre prestación transfronteriza de servicios contenidas en el artículo 16 de la Directiva que impide a los Estados imponer requisitos o medidas que no estén justificadas por razones de orden público, la seguridad pública, la salud pública, o el medio ambiente. Tal excepción es aplicable a todas las normas de Derecho internacional privado, incluidas las que, como ocurre en el artículo 5 del Convenio de Roma, establecen que, en casos específicos relativos a los consumidores, la legislación aplicable será la de su Estado de residencia habitual.

En todo caso, estos supuestos se refiere a las normas de Derecho internacional privado entendidas en sentido estricto que determinan las disposiciones de Derecho privado se aplican a una relación contractual o extracontractual, incluida la existente entre un prestador de servicios y un consumidor. Todas las demás normas que no se refieran a estas cuestiones deben adecuarse a lo dispuesto en la Directiva de Servicios¹⁶.

Por último, por lo que se refiere a las resolución de los conflictos interprivatos, la Directiva de no afecta a la jurisdicción de los tribunales, cuestión que se encuentra regulada por el Reglamento comunitario relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la aplicación de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁷.

B) Su relación con la normativa internacional y con la normativa interna de los Estados miembros

27. En tanto el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios se ciñe a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro, quedan excluidos los prestadores de terceros Estados que no se encuentren establecidos en la Unión Europea.

Como se podrá comprobar más adelante, el establecimiento en un Estado miembro a efectos de la aplicación de la normativa comunitaria sobre libre circulación de servicios se determina a través de la constitución de una persona jurídica conforme a la legislación de dicho Estado y con el consiguiente desarrollo de actividad en el mismo. A este respecto la Directiva no incide sobre la normativa sobre constitución de sociedades ni sobre el tratamiento a tal efecto de las sociedades de terceros Estados, que compete a los Estados miembros de acuerdo a la normativa comunitaria al respecto.

¹⁶ La Comisión se afana en establecer esta distinción en su Manual de Transposición de la Directiva (p. 20) cuando afirmar que la determinación de si pueden aplicarse o no las normas del Estado miembro de residencia habitual del consumidor, distintas de las normas de Derecho privado, a un prestador de servicios concreto no corresponde al Derecho internacional privado, sino a la Directiva de Servicios y, en particular, a su artículo 16.

¹⁷ Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 12 de 16.1.2001, p. 1).

Por lo tanto, los prestadores de servicios de terceros Estados no se benefician del mercado interior de servicios en tanto no encuentren válidamente constituidos en uno de los Estados miembros. A partir de ésta podrían ejercer su libertad de establecimiento dentro de la UE así como la libre prestación de servicios a través de las fronteras de la UE sin que se les pudiese exigir a tal efecto su constitución en el Estado en el que pretendan establecerse o prestar sus servicios.

De este modo puede afirmarse que, en principio, la Directiva de Servicios no afecta al comercio internacional de servicios que queda así excluido de su ámbito de aplicación. La propia Directiva se encarga de aclarar que no afecta a las negociaciones en organizaciones internacionales sobre comercio de servicios, en particular, en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (considerando 16).

28. Por lo que respecta a la normativa interna de los Estados miembros resulta evidente que ésta debe adaptarse plenamente a su contenido. Dicha adaptación obliga al Estado miembros en su conjunto, tanto a escala nacional, regional o local, independientemente del reparto de competencias con respecto a la ordenación de los servicios.

El objetivo de la Directiva es precisamente eliminar los obstáculos dispuestos por los Estados miembros, así como desarrollar un proceso de armonización selectiva que homogeneice la regulaciones nacionales de los servicios incluidos.

Sin embargo, en tanto la Directiva abarca un gran número de servicios e incide de forma genérica y completa sobre su ordenación por los Estados miembros, resulta relevante las limitaciones a su propio alcance.

Al establece su objeto, la Directiva se ocupa de señalar expresamente determinadas materias que se encuentran fuera del mismo y que se refieren a cuestiones que, o bien son competencia exclusiva de los Estados miembros o bien constituyen opciones políticas que van más allá de la simple apertura del sector servicios.

Con respecto a estas últimas la Directiva manifiesta que no pretende liberalizar actividades, privatizar entidades o suprimir monopolios nacionales ni afecta a los requisitos para acceder a fondos públicos de los prestadores de servicios (art. 1.2 y 1.3). Asimismo la Directiva manifiesta expresamente que no afecta a las medidas adoptadas a escala comunitaria o nacional, respetando el Derecho comunitario, para fomentar la diversidad cultural y lingüística y garantizar la defensa del pluralismo de los medios de comunicación (artículo 1.4); tampoco al Derecho Penal de los Estados miembros, sin que pueda emplearse tampoco para restringir la libre prestación de servicios (art. 1.5)¹⁸; ni se refiere al Derecho Laboral y ni a la normativa sobre seguridad social (art. 1.6)¹⁹; y, respeta asimismo los derechos fundamentales tal y como se reconocen en los Estados miembros y el Derecho comunitario (art. 1.7).

Esta declaración voluntarista de respetar todos estos ámbitos contrasta con la realidad del contenido de la Directiva que, en gran medida, habrá de incidir sobre todo ellos. Por lo tanto, el contenido del artículo 1 puede tomarse, si acaso, como un principio general de interpretación en caso de incidencia en algunos de las materia que mencionan.

Como se puede comprobar en su proceso de transformación, el contenido de la Directiva esta permeando en los ordenamientos nacionales mucho más allá de las normas que regulan las actividades de servicios. Otras muchas que afectan a cuestiones conexas (colegios profesionales, etc.) también han sido modificadas.

Este era un efecto buscado en la Directiva, y así se demuestra cuando ella misma trata de con-

¹⁸ A este respecto debe tenerse en cuenta que si un régimen autorización para el establecimiento en un determinado Estado o para la prestación de servicios en el mismo es contrario a la Directiva por ser discriminatorio o desproporcionado, lógicamente dicho Estado no podrá mantenerlo tampoco por la vía de la imposición de una sanción penal en caso de incumplimiento de ese régimen de autorización.

¹⁹ Al no existir un concepto común del Derecho Laboral, el propio artículo 1.6 lo define como tal cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o las relaciones entre empleadores y trabajadores. Se incluyen aquí todas las normas que abordan las condiciones de empleo específicas de los trabajadores y la relación entre éstos y sus empleadores, así como la normativa sobre salarios, tiempo de trabajo, vacaciones anuales y cualesquiera obligaciones contractuales entre el empleador y sus empleados.

tener su *vis expansiva* al señalar algunas materias que aunque pudieran verse afectadas pretende dejar al margen como es el caso de las normas relativas al tráfico rodado, a la ordenación del territorio y el urbanismo, y demás normativa complementaria (considerando 9).

2. La fuerza expansiva de la Directiva de Servicios: su ámbito de aplicación

A) Los servicios afectados por la Directiva de Servicios: determinación de su ámbito objetivo de aplicación

29. Una de las características más relevantes de la Directiva de Servicios es precisamente la dimensión objetiva de su ámbito de aplicación ya que abarca la práctica totalidad del mercado de servicios.

Este planteamiento presenta una indiscutible eficacia para la construcción de un verdadero mercado único de servicios a través de la supresión de barreras y de la armonización de las medidas dispuestas a nivel nacional. Pero, igualmente, plantea serios problemas a la hora de determinar los escasos servicios excluidos de su alcance así como las posibilidades de intervención que restan a los Estados miembros en cada una de las categorías de servicios.

Estas características se proyectan esencialmente en su artículo 2 que establece su ámbito de aplicación afirmando sin más que la Directiva se aplica «a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro». Al margen de la referencia al sujeto prestador —que será analizada más adelante en tanto se refiere a la dimensión subjetiva—, el objeto de la Directiva son todos y cada uno de los servicios prestados en el ámbito de la Unión, si bien introduce a renglón seguido una serie de exclusiones.

30. Antes de entrar a considerar las actividades excluidas, conviene reparar en la fuerza expansiva que le confiere a la Directiva una cláusula que parte de la inclusión indiscriminada de todas las actividades de servicio, independientemente de que posteriormente queden fuera categorías enteras. Por defecto, todo servicio queda incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva y sometido a las exigencias de supresión de obstáculos y de armonización que contiene²⁰.

Ante este trance el propio concepto de servicio resulta controvertido ya que se trata de un término tan conocido como difícil de acotar. La definición técnica, económica o legal de servicio no siempre coinciden, por lo que resulta imprescindible una precisión de la misma que evite posibles controversias al respecto. El propio legislador comunitario fue consciente de esta circunstancia por lo que entre las definiciones que incorpora en el artículo 4 de la Directiva, comienza señalando como servicio «*cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado*».

Esta definición debe entenderse conforme a lo dispuesto en el artículo 57 TFUE, que como Derecho originario condiciona la definición de la Directiva, que caracteriza los servicios como «*prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración* —de donde deduce que son actividades económicas—, *en la medida que no se rija por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías* —es decir, que no se trate de compraventa de bienes—, *de capitales* —que no se trate de inversiones financieras ni de flujos bancarios— *y personas* —que no se trate de prestaciones por cuenta ajena—». A

²⁰ La propia Directiva señala (en su considerando 33) el alcance de este concepto que incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución, que incluye aquellos destinados tanto a empresas como a consumidores, y entre los que se encuentran algunos que requieren una proximidad entre prestador y destinatario o que pueden prestarse a distancia. Incluso se entretiene en enumerar algunos de ellos: entre los servicios destinados a las empresas, distingue los servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y de ensayo, de mantenimiento, de mantenimiento de oficinas, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal o los servicios de agentes comerciales; entre aquellos destinados tanto a las empresas como a los consumidores, enumera los servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos, la distribución, la organización de ferias o el alquiler de vehículos y las agencias de viajes; y como servicios destinados a los consumidores señala los relacionados con el turismo, los servicios recreativos, los centros deportivos y los parques de atracciones, etc.

lo que añade una enumeración con carácter no exhaustivo: actividades de carácter industrial, actividades de carácter mercantil, actividades artesanales, actividades propias de las profesiones liberales.

También debe tenerse en cuenta que esta definición del artículo 57 TFUE ha sido especificada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en términos muy amplios y abarca «toda actividad económica independiente», exista o no contrato que la justifique y con independencia del carácter de dicho contrato²¹. En cuanto a esta última cuestión relativa a la desvinculación del contrato permite señalar el rechazo a un concepto formal de contrato ya que se opta por su caracterización a partir de la naturaleza de la actividad al margen de su articulación jurídica, sin necesidad de que se encuentre formalizada mediante un contrato, e independientemente de la calificación de dicho contrato en el caso de que existiese.

La definición del artículo 4 de la Directiva es, sin duda, más completa aunque no más precisa pues confunde más aclara, ya que ninguno de sus elementos resulta definitivo. En esta definición se sobreentiende que quedan excluidas de estas actividades económicas aquellas dirigidas a la producción de bienes, ya que se trata de la primera y principal de sus características²².

31. A partir de esta primera delimitación se facilitan tres elementos distintivos con carácter acumulativo: su condición de actividad económica, su desarrollo por cuenta ajena y prestación a cambio de una remuneración.

a) El que se afirme que se trata de una actividad económica puede resultar sorprendente toda vez que se trata de uno de los factores productivos del mercado interior. En efecto, pudiera pensarse que se trata de un oxímoron, ya que los servicios constituyen prestaciones dirigidas a satisfacer necesidades por lo que, en este sentido tiene connaturalmente carácter económico. Sin embargo, esta referencia no es simplemente retórica ya que se tiene presente que existen servicios que se encuentran privados de su carácter venal ya sea por decisión individual de aquel que lo presta que lo hace como liberalidad (un favor, un acto de caridad, una afición), o ya sea por una decisión colectiva institucionalizada por que se asume su coste (los denominados genéricamente servicios públicos gratuitos o servicios de interés general en la terminología comunitaria).

Estas actividades que constituyen verdaderos servicios, pero que no se consideran como tales a efectos de la Directiva –y, en general, del mercado único– no son marginales. Las primeras, se distinguen por desarrollarse sin contraprestación alguna en absoluto y entre las mismas se encuentran las desarrolladas por órdenes religiosas, organizaciones sin ánimo de lucro, o, en otro orden, el deporte aficionado.

En el caso de las segundas, sólo quedan excluidos los denominados servicios de interés general, y no los servicios económicos de interés general²³. En estos puede existir contraprestación pero su coste es asumido por el Estado. Pero debe tenerse en cuenta que el hecho de se trate de actividades que reciben una financiación pública o que son prestadas por entidades públicas no determina que dejen de ser ser-

²¹ Sentencia de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders*, 352/85; sentencia de 25 de julio de 1991, *Comisión contra Reino de los Países Bajos*, asunto C-353/89; sentencia de 13 de febrero de 1985, *Françoise Gravier contra Ville de Liège*, 293/83; sentencia de 18 junio 1991, asunto C-260/89 *ERT*. A modo de ejemplo A. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.* pp.108-115, señalan, a partir de la jurisprudencia del Tribunal, la transmisión de imágenes, la publicidad, actividades financiera de bancos y empresas de seguros, la actividades de intermediación, trabajos prestados a entes públicos, transportes y viajes, organización de juegos y loterías, etc.

²² A este respecto debe notarse la dificultad que plantea el concepto de servicios, ya que, más que definirlos en positivo siempre se identifican a partir de una construcción en negativo por exclusión de todo lo que no sea las actividades producción de bienes.

²³ Se trata de una distinción desarrollada a nivel comunitaria equivalente a la que a nivel interno existe grosso modo, entre los servicios públicos económicos (energía –electricidad, gas, hidrocarburos–, transportes, telecomunicaciones, servicios postales) y los servicios públicos de solidaridad (educación, sanidad y servicios sociales). En el ámbito comunitario se denominan respectivamente servicios de interés general (a secas, aunque a veces se le añade la denominación de «no económicos») y servicios económicos de interés general. La Directiva excluye genéricamente los primeros en el artículo 2.2 a) en la medida que no se presta por una contrapartida económica (considerando 17), mientras que en caso de los segundo, éstos quedan excluidos de forma expresa cada uno de ellos (transporte, comunicaciones electrónicas, etc.). Asimismo, se subraya en la Directiva que no se pretende la liberalización de os servicios de interés económico general (art. 1.2) ni pretende abolir los monopolios prestadores de servicios ni las ayudas concedidas por los Estados miembros conforme a las normas comunitaria, ya que respeta la definición que hagan los Estados de estos servicios, así como el modo de organizarlos y financiarlos (art. 1.3).

vicios, sino que debe atenderse a todas sus características, y, en particular, a la forma en que se prestan, organizan y financian. Con respecto a éstas, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una doctrina casuística en la que reconoce como característica de estas actividades la falta de remuneración. Así ocurre las actividades que realizan los Estados sin contrapartida económica, o en nombre del Estado en el marco de sus obligaciones en los ámbitos social, cultural, educativo y judicial, así como en desarrollo del sistema educativo nacional o en la gestión de la seguridad social.

b) El segundo de los elementos distintivos de los servicios conforme a la definición del artículo 4 de la Directiva es que se trata de actividades realizadas por cuenta ajena.

Se trata de lo que el Tribunal de Justicia²⁴ ha definido como el carácter independiente de la actividad que es característica de los servicios. Esto supone que se trata de una actividad ejercida de forma autónoma y por cuenta propia, lo que resulta relevante para determinar su distinción con respecto a las actividades asalariadas, esto es, la prestación de trabajo por cuenta ajena que implicaría el régimen de la libre circulación de trabajadores dispuesta en el Capítulo 1 del Título IV del Tratado.

c) Por último, la definición del artículo 4 de la Directiva apunta a que se trate de actividades prestadas a cambio de una remuneración. Esta cuestión se encuentra directamente conectada con el carácter de actividad económica de los servicios ya que, precisamente, la existencia de una remuneración determina dicha carácter.

La exigencia de remuneración en el servicio es un elemento habitual de la relación, que existe cuando se aprecia una «ganancia económica e las prestación del servicios», según el TJCE, por lo que debe tratarse de una actividad económica independiente y lucrativa. Dicha remuneración está presente siempre que exista una contraprestación pecuniaria como cuando se produce una remuneración indirecta (por ejemplo, la publicidad transfronteriza), y cuando existe una remuneración en especie (por ejemplo, en los supuestos de intercambio de servicios entre empresas), sin que en ningún caso resulte relevante la cuantía ya que se considera igualmente por mínima que ésta sea.

Profundizando en lo señalado anteriormente con respecto a la caracterización de los servicios como actividad económica, debe tenerse en cuenta que lo verdaderamente relevante no es la presencia de una remuneración. Lo verdaderamente determinante es la existencia de una intención lucrativa, tal y como lo manifiesta indirectamente el propio Tratado en el que equipara las personas jurídicas a las personas físicas a efectos del derecho de establecimiento, independientemente de su naturaleza, si bien únicamente exige que se persigan ánimo de lucro (art. 54 *in fine* TFUE)²⁵. Conforme a estos planteamientos, el Tribunal de Justicia excluye de la aplicación de las libertades comunitarias relativas a los servicios todos los casos en los que la actividad se prestase sin *animus lucrandi*, ni directo ni indirecto, es decir sin ánimo de obtener ganancia económica alguna por parte del prestador, y por lo tanto, sin que exista remuneración.

32. Conforme a su original planteamiento maximalista, la Directiva parte de la inclusión de todos los servicios para excluir puntualmente determinadas categorías en el artículo 2.2. El carácter expansivo de esta fórmula es notable, ya que las exclusiones no son precisas ni completas, lo que hace difícil su interpretación.

La primera de las exclusiones pone de manifiesto esta circunstancia ya que se dispone que la Directiva no se aplicará a «los servicios de interés general» (art. 2.2 a). Como se ha señalado, se trata de un concepto elaborado a nivel comunitario que por primera vez se refleja en una norma comunitaria y con el que se identifica todos aquellos servicios sin contraprestación económica.

En segundo lugar quedan excluidos determinados servicios que responden a un objeto específico y que lo son por encontrarse sometidos a una normativa comunitaria específica. Sus particularidades y la trascendencia social y económica que revisten motivan que se lleve a cabo un tratamiento diferenciado. Es el caso de los servicios financieros (apartado b), los servicios de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (apartado c), los servicios en el ámbito del transporte (apartado d).

En tercer lugar se distinguen servicios que tienen una especial trascendencia para el orden inter-

²⁴ Sentencia de 12 de diciembre de 1974, *Walrave*, asunto 36/74.

²⁵ El artículo 54 TFUE equipara a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro a las personas físicas nacionales a efectos de la aplicación del derecho de establecimiento, entendiéndose por tales «las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo».

no de los Estados miembros y la dignidad de sus ciudadanos. Ya se trate servicios relacionados con el orden público, público, como son los servicios de seguridad privado (apartado k); o se trate de servicios relacionados con la salud y el bienestar de sus ciudadanos, como son los servicios de las empresas de trabajo temporal (apartado e), los servicios sanitarios en su totalidad (apartado f) y los servicios sociales parcialmente (apartado j). Debe tenerse en cuenta que todos estos últimos servicios quedan excluidos cuando son prestados sin contraprestación como parte de los servicios de interés general.

Un cuarto grupo hace referencia a servicios que constituyen monopolio público ya sean legales o económicos. Es el caso de los servicios audiovisuales, que constituye una actividad que si bien es prestada por sujetos privados se encuentra reservada al Estado en todos los países para garantizar del derecho a la libre comunicación y el pluralismo político. Otro tanto ocurre con las actividades de juego por dinero, que son dejadas en manos de los Estados que encuentran en éstas capacidad recaudatoria.

Por último se encuentran los servicios vinculados con el ejercicio de la autoridad pública, que abarca toda la actividad de las Administraciones Públicas y demás entidades públicas en el ejercicio de potestades (apartado j), así como la de sujetos privados que desempeñan funciones públicas como son los servicios prestados por notario y agentes judiciales designados por acto oficial de la Administración (apartado l).

B) Los sujetos afectados por la Directiva de Servicios: determinación de su ámbito subjetivo de aplicación

33. La Directiva de Servicios se aplica, conforme a lo establecido en su artículo 2, «a los servicios prestados por “prestadores” establecidos en un Estado miembro». Por lo tanto, en la determinación de su ámbito de aplicación, la dimensión subjetiva (los prestadores) complementa a la objetiva (los servicios) analizada en el apartado precedente. En esta se exigen dos condiciones, que se trate de prestadores y que se encuentren establecidos en un Estado miembro.

Al igual que sucede con el término «servicios», el de prestador adquiere un significado específico en el contexto de la Directiva que es conforme al establecido en el Derecho originario. Se definen los prestadores como cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 54 TFUE y establecida en un Estado miembro, que ofrezca o preste un servicio (art. 4.2).

Debe subrayarse que el concepto de «prestador» no se limita únicamente a los casos en que el servicio se presta a través de las fronteras en el marco de la libre circulación de servicios, sino que también incluye los casos en que un operador se establece en un Estado miembro para desarrollar en él actividades de servicios.

a) Las personas físicas prestadoras de servicios

34. Las personas físicas prestadores de servicios a las que se aplica la Directiva son únicamente los ciudadanos de la UE, esto es, toda persona que tenga nacionalidad de un Estado miembro (art. 4.1). Por lo tanto quedan excluidos los sujetos nacionales de terceros Estados independientemente de los derechos que en virtud de las propias disposiciones comunitarias pudiera tener reconocidos como residentes.

Aunque no se especifique en la definición de las personas físicas como prestadoras de servicios establecida en el artículo 4.2, se presupone que la persona física de que se trata debe encontrarse establecida en un Estado miembro, ya que el artículo 2.1 señala explícitamente que la Directiva se aplica a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro.

Sin perjuicio de las matizaciones que se realizarán más adelante sobre el concepto de establecimiento en un Estado miembro, éste será efectivo cuando se preste un servicio por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable (art. 4.5).

35. En el tratamiento de las personas físicas como prestadoras de servicios rige evidentemente el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad del Estado miembro reconocido en el artículo 18 TFUE, por lo que en los Estados miembros anfitriones en los que éstas presten sus servicios no puede disponerse medidas adicionales que puedan obstaculizar su establecimiento o la prestación transfronteriza de los servicios por razón de su nacionalidad europea de origen.

Este principio se concreta en el contenido de la Directiva con el establecimiento de unas exigencias

comunes a todos los Estados miembros en la ordenación de las actividades de servicios prestadas por nacionales de otros Estados miembros sin que se prevea la posibilidad de un tratamiento asimétrico por razón del país de origen del prestador. Esto significa que se garantiza un tratamiento uniforme y común para todos los prestadores físicos de servicios independientemente de su nacionalidad y, por extensión, del Estado miembro donde tenga su establecimiento. Se proscriben así todas las medidas nacionales que de modo directo o indirecto pudieran suponer un tratamiento diferenciado de los prestadores de otros Estados miembros, independientemente de la fiabilidad que pudieran ofrecer los prestadores de determinados Estados²⁶.

b) Las personas jurídicas prestadoras de servicios

36. Las personas jurídicas prestadoras de servicios a las que se les aplica la Directiva de Servicios son aquellas contempladas en el artículo 54 TFUE y establecidas en un Estado miembro que ofrezcan o presten servicios (art. 4.2).

37. Si bien la Directiva emplea un término amplio como el de personas jurídicas, remite al artículo 54 TFUE que hace referencia a sociedades. Esto no debe conducir a equívocos ya que el concepto “sociedades” debe entenderse en sentido amplio, tal y como señala el propio artículo 54 TFUE, con lo que pretende evitar que una interpretación formalista que pueda resultar restrictiva de la libertad de establecimiento. Se entiende así por sociedades, las del Derecho civil o mercantil, incluso las cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado. Se puede comprobar así cómo se huye del criterio formal de constitución de la persona jurídica para atender al elemento material que es la existencia de personalidad jurídica que le permite ser centro de imputación de derechos y obligaciones, independientemente de forma concreta que adopte.

Así lo señala la propia Directiva que equipara el concepto sociedades al de persona jurídica, y subraya que se deja libertad para que los operadores elijan la forma jurídica que consideren más conveniente para realizar su actividad, ya que estas incluyen todas las entidades constituidas en virtud de la legislación del Estado miembro, o que se rigen por la misma, independientemente de su forma jurídica (considerando 38).

Quedan excluidas de la libertad de establecimiento las sociedades (personas jurídicas) que no persigan un fin lucrativo en coherencia con la propia definición de servicios que presupone la existencia de una actividad económica, como se ha podido comprobar con anterioridad.

En todo caso, las sociedades deben estar válidamente constituidas de conformidad con la legislación de alguno de los Estados miembros, independientemente de la forma jurídica adoptada y del Estado de que se trate. No se prejuzgan así las exigencias establecidas por cada uno de los Estados miembros con respecto a la creación de personas jurídicas –siempre que se cumpla la normativa comunitaria al respecto²⁷–, por lo que son consideradas sociedades a los efectos de la libre prestación de servicios.

38. Estas sociedades deben estar radicadas en términos jurídicos, organizativos o económicos la UE. Esto significa que su sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión, tal y como señala el artículo 54 TFUE. No existe, por tanto, una exigencia de vinculación entre el Estado de constitución de la sociedad y aquél o aquellos donde tenga su organización y desarrolle su actividad, ya que podría darse que una sociedad constituida en un determinado Estado (España, por ejemplo), tenga su infraestructura organizativa en otro (Francia) y su principal actividad se

²⁶ Esta medida resulta relevante en tanto subsisten las reticencias hacia los prestadores procedentes de ciertos Estados (por lo general, aquellos de última adhesión –de los países del Rumanía, Bulgaria, etc.), no sólo entre los destinatarios de los servicios (que evidentemente podrán optar por el que consideren más conveniente) sino entre las autoridades nacionales que si bien pueden considerar de distinta forma a los prestadores de uno u otros Estados (un fontanero polaco frente a uno francés que se desplaza a Alemania a prestar sus servicios, por utilizar un conocido ejemplo), no podrán dispensarles un tratamiento diferente.

²⁷ Entre otras la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y la Undécima Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado

desarrolle en un tercero (Italia). Esto concuerda con la prohibición establecida en el Derecho originario de las restricciones relativas a la apertura de agencia, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembros (art. 49 TFUE).

Sin embargo, sí resulta relevante a efectos de la Directiva cual sea el Estado miembro de establecimiento, en concreto para determinar los sujetos obligados por las disposiciones de la misma. Por esta razón se define como tal el Estado en cuyo territorio tenga el establecimiento el prestador del servicio de que se trate, entendiendo por establecimiento el ejercicio efectivo de una actividad económica no asalariada considerada servicio por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de la misma (artículo 4.4 y 4.5 de la Directiva).

Una vez más se aplica un criterio material para determinar el Estado de establecimiento atendiendo al lugar donde se desarrolla una actividad económica de forma permanente a través de un emplazamiento físico de carácter fijo, independientemente de la vinculación formal que pueda tener el prestador con otros Estados.

Este criterio material para determinar el lugar de establecimiento de los prestadores de servicios se incorpora a la Directiva a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (considerando 37), según la cual el concepto de establecimiento implica el ejercicio efectivo de una actividad económica a través de una infraestructura fija durante un período indefinido.

39. Por lo tanto son dos los elementos determinantes del emplazamiento: la duración indeterminada de la actividad y su desarrollo desde una infraestructura fija.

En cuanto a la duración de la actividad se entiende, en principio que debe ser indeterminada. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria también ha tenido ocasión de referirse a otros supuestos que asimila al establecimiento, como cuando se constituye una empresa por un plazo determinado o cuando la empresa arrienda el edificio o las instalaciones desde donde ejerce su actividad. También se considera establecimiento cuando el Estado miembro concede autorizaciones únicamente durante un período limitado en relación con un servicio en particular.

Por lo que se refiere a la infraestructura fija, esta no depende de la forma jurídica que se adopten a tal efecto. Por ello cabe que se adopte la forma de filial, sucursal o agencia, aunque también puede consistir en una oficina dirigida por el propio personal del prestador o por una persona que sea independiente pero autorizada a actuar de manera permanente por la empresa, como sería el caso con una agencia. Lo verdaderamente determinante es que exista una infraestructura fija desde la que se presta efectivamente el servicio. Se exige así el ejercicio efectivo de una actividad económica en el lugar de establecimiento, por lo que una simple dirección postal no constituye un establecimiento.

40. Un prestador puede tener varios lugares de establecimiento, lo que puede complicar determinar el lugar de establecimiento desde el que se presta un determinado servicio a los efectos de considerar las obligaciones de la Directiva. En este sentido, para determinar desde qué lugar de establecimiento se presta efectivamente el servicio en cuestión, debe considerarse que este es el lugar en el que el prestador tiene el centro de sus actividades relacionadas con ese servicio en particular.

41. Por último, debe tenerse en cuenta este criterio para determinar el Estado de establecimiento de las personas jurídicas prestadoras de servicios se refiere exclusivamente a las sociedades válidamente constituidas en la Unión. Por lo tanto no cabe considerar que una sociedad de un tercer Estado que cuente con sucursales o agencias en un Estado miembro pueda considerarse establecida en el mismo por desarrollar en éste actividad económica a través de una infraestructura durante un período indefinido.

Aunque una sociedad extracomunitaria desarrolle su actividad dentro de la UE, incluso a través de una organización estable y con carácter indefinido, no se beneficia de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios reconocida por el Tratado y garantizada por la Directiva. En efecto, no se consideran prestadores de servicios a efectos de la Directiva (tal y como señala en su considerando 36), las meras sucursales de sociedades de terceros países en un Estado miembro, ya que conforme al artículo 54 TFUE solo disfrutan de las libertades de establecimiento y circulación de servicios las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad.

c) Los destinatarios de los servicios

42. Se definen los «destinatarios» como cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o que se beneficie de los derechos concedidos a estas por los actos comunitarios, o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 54 TFUE y establecida en un Estado miembro, que utilice o desee utilizar un servicio con fines profesionales o de otro tipo (art. 4.3).

43. La noción de destinatario empleada por la Directiva es más amplia que la de servicios por lo que respecta a las personas físicas, ya que abarca a los nacionales de terceros países que ya se benefician de derechos reconocidos en la normativa comunitaria²⁸. Además, los Estados miembros pueden hacer extensivo el concepto de destinatario a otros nacionales de terceros países presentes en su territorio.

44. Por lo que respecta a tanto a las personas físicas como jurídicas destinatarias de los servicios, deben encontrarse establecidas en uno de los Estados miembros. Así se manifiesta expresamente en el caso de las personas jurídicas y se sobreentiende para el caso de las personas físicas conforme al propio contenido las disposiciones de la Directiva carecerían de sentido.

Así, si existen obstáculos a la prestación transfronteriza de servicios dirigidos a los destinatarios estos se adoptarán lógicamente por el país donde éstos tengan su residencia para propiciar el consumo de los prestadores nacionales. No obstante pudieran existir restricciones en los Estados desde donde se presta el servicio para su prestación transfronteriza (para asegurar el control, la fiscalidad, etc.). En estos casos, si el destinatario fuese un ciudadano comunitario que reside en un Estado miembro se beneficiaría de las disposiciones de la Directiva, pero no ocurriría así si se encontrara residiendo en un tercer Estado.

Aunque no existe una exigencia explícita de que las personas físicas destinatarias de los servicios residan dentro de la UE, el objeto de la Directiva se limita al mercado interior, por lo que quedaría excluida cualquier transacción con terceros países.

²⁸ Reglamento (CEE) nº 1408/71 o la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; el Reglamento (CE) nº 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y del Reglamento (CEE) nº 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas; la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros

THE 2003 REVISIONS TO THE COMMENTARY TO THE OECD MODEL ON TAX TREATIES AND GAARS: A MISTAKEN STARTING POINT

JUAN JOSÉ ZORNOZA
Professor of Tax Law
Universidad Carlos III de Madrid

ANDRÉS BÁEZ
Assistant Prof. of Tax Law
Universidad Pública de Navarra

Recibido: 07.02.2010 / Aceptado: 18.02.2010

Resumen: En enero de 2003 la OCDE introdujo importantes reformas en los Comentarios al Convenio Modelo en relación con el problema de la aplicación de cláusulas internas anti-abuso en un contexto internacional. Conforme a la nueva posición de los Comentarios la aplicación de dichas cláusulas nunca podría dar lugar a un conflicto con los convenios de doble imposición pues constituyen exclusivamente reglas para determinar los hechos que eventualmente pueden dar lugar al nacimiento de la obligación tributaria. Nuestro trabajo tiene como objetivo aflorar algunas debilidades de esta posición: 1) Resulta jurídicamente inconsistente y promueve la confusión entre transacciones simuladas y elusivas; 2) Se aparta de la verdadera solución del problema que pasa por el análisis de las técnicas de aplicación de normas desde una perspectiva de teoría del Derecho. Conforme a este análisis demostramos cómo gran parte de los supuestos de *treaty shopping* pueden resolverse mediante una correcta interpretación de los criterios de imputación de rentas regulados por el Derecho interno. 3) El *principio guía* elaborado por los Comentarios facilita la aplicación de cláusulas generales anti-abuso a transacciones que ni siquiera resultan artificiales lo que, a su vez, conduce a que dicha posición sea más que cuestionable desde la perspectiva del Derecho Comunitario Europeo.

Palabras clave: Convenios de Doble Imposición, OCDE, Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE, Cláusulas generales anti-abuso, Simulación, Compra de tratados, Compra de reglas del tratado, Imputación de rentas, Interpretación teleológica, Principio-Guía, Negocios totalmente artificiales.

Abstract: In January 2003 the OECD issued an important revision to the Commentary to the OECD Model concerning the improper use of tax treaties. Based upon the idea that *GAARs* are rules set by domestic tax laws for determining which facts give rise to a tax liability, no conflict may arise with tax treaties. Our contribution tries to prove several weaknesses of this argument: 1) It is legally inconsistent and encourages confusion between sham and avoidance in the tax field. 2) Moves away from the real solution of the issue which requires an in deep analysis on the existence of a universal law-application theory (e.g. concepts of interpretation and analogy). According to this, we demonstrate that many treaty shopping cases might be faced by a mere interpretation of the attribution rules set up by domestic tax laws. 3) The *guiding principle* elaborated by the OECD Commentaries also merits criticism as it might encourage the application of a domestic GAAR to non-artificial transactions generating thereby also serious concerns from a European Law perspective.

Key words: Double Taxation Conventions, OECD, Commentary to the OECD Model, General anti-avoidance Rules, Sham, Treaty Shopping, Rule Shopping, Attribution of Income to a Person, Purposive Interpretation, Guiding Principle, Wholly Artificial Arrangements.

Table of contents: I. Introduction. Scope and structure of the article. II. The factual approach to GAAR'S. A technical mistake and a misleading starting point. 1. The factual approach is ambiguous. 2. The factual approach is a goal-oriented reasoning. 3. Factual approach and widening of the concept of sham: a risk in certain jurisdictions. III. Legal approach to GAAR'S. The need to add nuances. 1. Nature and limits of interpretation. 2. Combating intended avoidance. The case of attribution. 3. Real avoidance cases. IV. The guiding principle. A critical analysis of its components according to legal theory and European Community Law. 1. Main purpose of the transaction. 2. Tax treatment contrary to the object and purpose of the relevant provisions of the treaty.

I. Introduction. Scope and structure of the article

1. More frequently than it would be desirable, publications with arguable legal nature are taken, by scholars, tax administrations and Courts as real norms and therefore invested with ability to settle prior legal disputes. This attitude is based upon a mistaken understanding of binding rules and favours a gradual decrease in technical consistency of the publications being it obvious that an organization invested with normative powers may find less incentive to properly justify its decisions than if it is merely stating an opinion. Finally, the growing trend towards an ambulatory effect of these publications in relation to the real binding rules to which they are referred, brings forward a whole array of constitutional issues normally regarding legal certainty.

2. These reflections might well be applied to the Commentaries on the Articles of the OECD Model Tax Convention on Income and Capital (OECD Commentary, hereinafter) especially in relation to the improper use of tax treaties, clearly as for the application of the general anti-abuse provisions of domestic law in a tax treaty context. It is well known that in January 2003, the OECD issued extensive revisions to the OECD Commentary in order to “clarify” this difficult task. If indeed the new version of the OECD Commentaries has been well received, by certain scholars and practitioners, regarding this issue¹, it still fails to properly resolve the problem relying upon solid basics. The inclusion in the Commentary of a starting point which might be contentious and the existence of an important amount of contradictions in it, accompanied by more than a few gaps, might depreciate the “high persuasive value” which has been conferred to the OECD Commentaries². This value might be even reduced taking into account the ambulatory application principle pretended by the Committee on Fiscal Affairs of the OECD which, as it has been stated, might claim for the declining effect of the OECD Commentaries³.

3. As stated before, the 2003 OECD Commentary introduced important changes in relation to its article 1 on the improper use of tax treaties. Even though there are excellent descriptions of these changes –comparing the 2003 update with its former version⁴- we should briefly point at them as they represent a starting point for our construction.

4. After decades defending that States wishing to preserve the application of their domestic anti-avoidance provisions in situations governed by a tax treaty must insert a specific provision to that effect in their treaties, the 2003 OECD Commentary dramatically withdrew its former position by partially

¹ SASSEVILLE, “Tax Avoidance involving Tax Treaties”, in JIROUSEK/LANG (eds.) *Praxis des Internationalen Steuerrechts, Festschrift für Helmut Loukota zum 65. Geburtstag* (2005) p. 451 (p. 459 et seq.). SASSEVILLE, A Tax “Treaty Perspective: Special Issues”, in MAISTO (ed.) *Tax Treaties and Domestic Law* (2006), p. 37 (p. 55 et seq).

² DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse* (2008), p. 323.

³ MARTÍN JIMÉNEZ, “The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the Improper Use of Tax Treaties: A Case for the Declining Effect of the OECD Commentaries?”, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2004, p. 27-30.

⁴ MARTÍN JIMÉNEZ, *Bulletin for International Fiscal Documentation* (2004), p. 17-20. ARNOLD, “Tax Treaties and Tax Avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model”, *Bull. IBFD* 2004, p. 244-247. DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 377-403.

deleting § 7 of the Commentaries on article 1 in which this assertion was included⁵. In order to justify its new approach the Commentary distinguishes between those States for which an abuse of a tax treaty is also seen as an abuse of domestic law and those that consider these abuses as being abuses of the treaty itself⁶. The former will not find legal problems by applying domestic anti-abuse provisions in a treaty context as far as those are considered part of the basic rules for determining the facts that give rise to tax liability, not addressed therefore in tax treaties and not affected by them⁷. On the other hand, the latter States will be able to attack treaty abuses by means of a proper construction of the Convention resulting from its object and purpose as well as the obligation of interpreting it in good faith⁸. Anyways in both cases, the application of domestic anti-abuse provisions, in a tax treaty context, does not seem troublesome⁹. In relation to both approaches the OECD Commentaries clarify that it should be not lightly assumed that a tax payer is entering into abusive transactions and therefore provides a –so called- *guiding principle*. According to this principle the benefits of a convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions¹⁰.

5. This article tries to critically review the OECD position especially in relation to domestic general anti-avoidance rules and general anti-avoidance judicial doctrines (GAARs hereinafter¹¹). For these purposes we will follow the very structure of the OECD reasoning, analyzing on the one hand the possible application of GAARs in a treaty context and, on the other hand, the guiding principle referred above. When it comes to analyzing the first issue, we will first put the OECD statement on the factual nature of GAARs - basic rules for determining the facts that give rise to tax liability- under scrutiny (section 2) supporting the mere legal nature of these provisions and extracting consequences thereof (section 3). After these reflections, we will focus on the guiding principle analyzing its consistency and linkage with the case law of the European Court of Justice (ECJ, hereinafter) on income tax matters (section 4).

II. The factual approach to GAAR's. A technical mistake and a misleading starting point

6. The OECD Commentaries stress repeatedly that anti-avoidance rules are part of the basic domestic rules set by domestic tax laws for determining which facts give rise to a tax liability, they are not addressed in tax treaties and are therefore not affected by them¹². This position, frequently labelled as *factual approach*¹³, has also been used in different States for mere domestic purposes. As we will try

⁵ This statement dated back to the 1977 OECD Model which contained the first reference in the Commentary to the improper use of tax treaties.

⁶ OECD Commentaries on Art. 1 § 9.2. and 9.3.

⁷ OECD Commentaries on Art. 1 § 9.2. This statement is also repeated in OECD Commentaries Art. 1 § 22.1.

⁸ OECD Commentaries on Art. 1 § 9.3.

⁹ OECD Commentaries on Art. 1 § 9.4. Nevertheless, as stated by DE BROE, these distinction might be artificial and unjustified whilst creating differences between those States that will always be faced with the constraints imposed by the interpretation rules of the Vienna Convention on the Law of Treaties, and those which, might apply their domestic anti-abuse rules unrestrictedly (DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 388).

¹⁰ OECD Commentaries on Art. 1 § 9.5.

¹¹ Even if the term GAAR should be reserved for domestic legal provisions, in order to achieve a certain terminological simplicity we will also use it by referring to anti-abuse judicial doctrines.

¹² OECD Commentaries on Art. 1 § 9.2 and § 22.1.

¹³ Designated as *factual approach* in: Arnold, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2004, p. 251. ZIMMER, "Domestic Anti-Avoidance Rules and Tax Treaties – Comment on Brian Arnold's Article", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2005, p. 25-26. ARNOLD; WHEEGEL, "The Relationship between Tax Treaties and Domestic Anti-abuse Measures", in MAISTO (ed.) *Tax Treaties and Domestic Law* (2006), p. 91. It has also been labeled as *fact finding approach* (DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 390-391) or even *transactional approach* (GOYETTE, "Tax Treaty Abuse: A Second Look", *Canadian Tax Journal*, 2003, Vol 51, N° 2, p. 780 *et seq.*).

to demonstrate this approach does hold a bit of ambiguity, at least in its formulation by the OECD, is normally used to avoid the real nature of GAARs and might encourage wrong solutions in certain jurisdictions. These objections must be considered separately.

1. The factual approach is ambiguous

7. The wording of the OECD Commentaries on this issue allows several interpretations. One could say that the OECD means by that approach that GAARs are rules that determine the taxable event¹⁴. But one could also say that, according to the above mentioned words, the OECD considers GAARs to be rules establishing the facts to which domestic and conventional provisions are applied. Even if we reject a pure factual approach to GAARs, just this second interpretation seems to be in line with the Commentaries intentions¹⁵. Anyways the OECD's approach needs clarification.

2. The factual approach is a goal-oriented reasoning

8. The factual approach has not only been suggested in relation to this particular issue but also in different contexts. In any case, and as we will try to demonstrate, this approach has always been proposed in order to escape the unwelcome consequences of an interpretative approach. This attempt to avoid at all costs the interpretative approach implies supporting complicated theories on the relationship between facts and law that deserve critical review.

9. The application of a rule, whatever its nature may be, implies the determination of the facts to which that rule will be applied. These facts are what the taxpayer really did, without any legal labelling. Once these facts have been properly determined they call for the application of a rule be it domestic or conventional¹⁶. The problem, in abusive transactions, is that the facts will be developed in a way that a rule either cannot be applied (*abuse through avoidance*) or is applied even if not intended for cases of the kind (*abuse through capture*)¹⁷. In any case, the application of GAARs to these abuse strategies does not and cannot imply a mere determination of the facts but rather a sort of application of the avoided or captured rule¹⁸. There is little room for doubt that even for tax authorities invested with far-reaching powers, faking the existence of certain facts that did not really occur seems excessive. This would be equal to depriving rules of validity.

10. In order to overcome the inconsistencies of this version of the factual approach, a further meaning of the term fact has been developed so as to refer to the so called "legal facts" (referred also as

¹⁴ This interpretation matches in fact with the French version of the Commentary (*...dispositions déterminant les faits générateurs de l'impôt*) as stated by DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 389. This seems to be also the position of MARTÍN JIMÉNEZ on stating: "According to Para. 9.2, as long as anti-abuse rules affect the taxable event..." (MARTÍN JIMÉNEZ, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2004, p. 19).

¹⁵ In fact this second interpretation is supported by a good number of scholars: ARNOLD, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2004, p. 251 DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 389-391.

¹⁶ It has been suggested that the application process implies two different steps: characterisation of the facts and interpretation of the law. These considerations may be valid in a mere theoretical approach but in real application cases both characterization and interpretation take place simultaneously. In short, paraphrasing German scholars: *the eye of the judge wander from the text of the law to the facts and from the facts to the law* (KAUFMANN, *Analogie un Natur der Sache*. 2nd ed. (1982), p. 38).

¹⁷ These are the two main abuse strategies that have been described by German scholars (see the concepts of *Tatbestandungehung* vs. *Tatbestanderschleichung* in KRUSE, *Steuerumgehung zwischen Steuervermeidung und Steuerhinterziehung*, *Steuerberater-Jahrbuch*, 1978-1979, p. 454-455). Also in Spanish literature: BÁEZ; LÓPEZ, "Nuevas perspectivas generales sobre la elusión fiscal y sus consecuencias en la derivación de responsabilidades penales. (Comentario a la Sentencia del TS de 30 de abril de 2003, rec. num. 3435/2001)", *Estudios Financieros Revista de Contabilidad y Tributación (legislación, consultas, jurisprudencia)*, nº 251, 2004, p. 124, BÁEZ, *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la Renta* (2009), p. 191.

¹⁸ This approach will be analyzed in paragraph 3.

to “secondary facts”). They have been defined as “facts” established by the rules of private law or other non-tax fields of law, for instance, how a contract should be interpreted, whether an exchange of letters amounts to a contract, or whether a payment from a company to a shareholder should be considered as a salary, loan, dividend or capital gain¹⁹. This alternative *factual approach* is in our opinion a sort of conceptual hocus-pocus. If we say that “legal facts” are the legal acts actually performed²⁰, it seems obvious that we are making reference to facts that have been characterized according to a specific previously interpreted applicable rule. In short “legal facts” are not facts but actually the result of the application of a construed law. To name an example, if we consider that a *sale and lease-back* agreement does not amount to a sale this does not imply a simple assessment of the facts, but really the result of a certain interpretation of the legal concept of sale. Definitively, this second variant of the “factual approach” is just a transvestited version of a simple interpretative approach which will be analyzed in following paragraphs²¹.

11. So, if all this is true, why then such an insistence on a factual approach? Hence we come, to the core of this position. It has been said that whether the factual or interpretative approach is used, depends on a choice of perspective rather than on inherent differences in the rules as such and, therefore, it does not seem logical to attach serious legal consequences to the choice of approach²². One might share this opinion only by assuming, as a given, that internal GAARs might be applied in a tax treaty context. Nevertheless, such a reasoning may be circular when it comes precisely to deciding whether or not GAARs conflict with double taxation conventions. This issue will be considered further ahead in the text. At this moment we just want to emphasize that the factual approach in either of its versions is just aimed to avoid conflicts between GAARs and double taxation conventions. Indeed, if the tax authorities or the Courts applying a GAAR merely determine the facts to which a conventional rule will be either applied or not applied, no conflicts will arise with double taxation conventions. The very statements of the OECD Commentary make its aim quite clear: “...to the extent these anti-avoidance rules are part of the basic domestic rules set by domestic tax laws for determining which facts give rise to a tax liability, they are not addressed in tax treaties and are therefore not affected by them. Thus, as a general rule, there will be no conflict between such rules and the provisions of tax conventions”²³. In fact, one might say that factual approaches have been always, in this and other contexts, just a goal oriented reasoning aimed at avoiding different problems that might result from a mere interpretative approach.

12. Nevertheless the above described inconsistencies are not the main problem to which a factual approach might lead in this context. As we will try to demonstrate in the following paragraph the OECD reasoning might give rise to a serious -and dangerous- misleading effect.

3. Factual approach and widening of the concept of sham: a risk in certain jurisdictions

13. The borderline between sham and avoidance has never been an easy task²⁴. In fact the delicate distinction between both concepts seems to have been perceived for ages²⁵ and has provoked, in certain

¹⁹ ZIMMER, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2005, p. 25. In the same direction but less clearly: ZIMMER, “General Report”, in *Form and Substance in Tax Law* (2002), p. 28-29.

²⁰ As stated for example in: ZIMMER, General Report, in *Form and Substance in Tax Law*, p. 29.

²¹ We think this is exactly the conclusion of Prof. ZIMMER when he states: “Thus, the factual approach embedded in the OECD Commentaries implies legal (including tax law) considerations, as does the interpretative approach” (ZIMMER, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2005, p. 25-26).

²² ZIMMER, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2005, p. 25.

²³ OECD Commentaries on Art. 1 § 9.2.

²⁴ As ZIMMER states: “...in countries which have anti-avoidance rules, the borderline between sham/simulation and avoidance may be blurred” (ZIMMER, “General Report”, in *Form and Substance in Tax Law*, p. 31).

²⁵ Medieval scholars (BALDUS) already stated *tot modis committitur simulatio quot modis comittitur fraus* (sham is performed in the same way as avoidance). As quoted by: „Coing, Simulatio und Fraus in der Lehre des Bartolus und Baldus“, in *Festschrift für Paul Koschaker*, Vol. 3 (1939), p. 402.

jurisdictions, a gradual approach (confusion) of both instruments²⁶. This rapprochement, as for countries which have anti-avoidance rules, makes sense as a proposal *de lege ferenda*, but leaves the problem unresolved especially for those regulations in which sham transactions and GAARs have different procedural requirements and legal consequences. On the other hand, we think there is a possible criterion in order to make a distinction between sham and abusive transactions. In our opinion the whole confusion is originated by the very classical criterion used in order to portray the concept of sham requiring that the transaction be conducted with an element of deceit, an element which in turn would be absent in abusive transactions. The fact is, and this has been frequently stressed by scholars, that abusive transactions incorporate a certain element of deceit as well²⁷, which might be identified with the element of artificiality inherent in abusive transactions. In a nutshell, under this approach there is no way sham and avoidance could be distinguished. In our opinion, even if both, simulation and avoidance, share a fake element this refers to different objects²⁸. In sham transactions tax payers lie on what has been labelled as “pure or real facts²⁹” (was the price actually paid?; did that person really take part in that meeting?). In turn, in abusive transactions, tax payers do not hide real facts – actually they pretend their legal consequences- but the purpose of the transactions they have conducted³⁰.

14. Once we have proved the existence of a real –and justifiable- borderline between sham and abusive transactions, we are in a position to analyze how the factual approach, as proposed by the OECD Commentaries, might cause confusion in relation to the above mentioned distinction. As we saw before, the factual approach –or at least one of its versions- is based upon the assumption that, in certain circumstances, the “legal facts”, as assessed by tax payers, might be correctly characterized by tax authorities (or Courts) in order to take into account the “real legal facts”. This process can be illustrated resorting to an easy dividend-stripping transaction. The legal facts as presented by the tax payers (a capital gain) might be replaced by the tax authorities with the “real legal facts” they assume to have taken place (a dividend). As described by ZIMMER, according to the factual approach, even if the legal form is a gain “in fact” the payment is a dividend for tax purposes³¹. Even if it is evident that in this kind of transactions there is no deceit in relation to real or pure facts, certain countries might succumb to temptation and make use of the shamed transaction doctrines or rules in order to correct these situations.

15. This confusion has been reported in relation to States that lack GAARs³². But this mistake is

²⁶ This trend has been described by several scholars all around the World. As for Spain: BÁEZ, *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la Renta*, p. 204 et seq, in relation to fiduciary structures; Ruiz, *El fraude a la ley tributaria a examen* (2006), p. 114 et seq. In the UK: BALLARD; DAVISON, United Kingdom, in *Form and Substance in Tax Law* (2002), p. 569 (p. 572), describing the existence of certain hints in several cases that sham may have a wider meaning than that referring to simple factual deceit. In the US: STRENG; YODER, *United States*, in *Form and Substance in Tax Law* (2002), p. 595 (p. 596) referring to the confusing “economic sham doctrine”.

²⁷ This idea has been frequently stressed by Spanish scholars when dealing with the penalisation of tax avoidance strategies: PALAO TABOADA, *Los instrumentos normativos contra la elusión fiscal*, en *La justicia en el diseño y aplicación de los tributos* (2005), p. 111 (p. 120 et seq). ALONSO MADRIGAL; GÓMEZ-LANZ, “Fraude a la ley tributaria, ilícito e infracción tributaria y delito de defraudación”, *Estudios Financieros. Revista de contabilidad y tributación*, N° 281-282, 2006, p. 3 (p. 41). RUIZ, *El fraude a la ley tributaria a examen*, p. 115.

²⁸ We cannot share therefore the opinion, as stated by RUIZ ALMENDRAL, that sham and avoidance share the same nature, differing only in the degree of bluntness or sophistication that the avoidance transaction has been dressed up with (RUIZ-ALMENDRAL, “Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules”, *Intertax*, Vol. 33, N° 12, 2005, p. 562 (p. 564).

²⁹ Using the words of: ZIMMER, “General Report”, in *Form and Substance in Tax Law*, p. 19 (p. 28). ZIMMER, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2005, p. 25.

³⁰ This question really surpasses the scope of this article. For an in depth analysis see: BÁEZ, *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la Renta*, p. 205 et seq.

³¹ ZIMMER, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2005, p. 26.

³² This is the case in Colombia and Mexico. If we analyze the arguments exposed by Colombian and Mexican reporters in the 56th Congress of the IFA in order to consider a dividend-stripping as a case of sham we will conclude that they are totally in line with a sort of factual approach as it is defended by the OECD Commentaries. As for the Colombian Report it is stated that: “...once the tax office is able to cut through this apparent legal reality the

also present even in those countries, like Spain, which have a GAAR (Art. 15 of the Spanish *Ley General Tributaria*). In order to expose an example in line with the reflections of the 56th Congress of the IFA, let us describe the position of the Spanish Tax Administration in relation to international dividend-stripping cases in which a double taxation convention was applicable³³. In a typical dividend-stripping set of transactions³⁴, the Spanish *Tribunal Económico Administrativo Central*³⁵ stated that “...in fact we are in front of a set of purchase agreements which constitute the sham transactions that hide the real transaction really performed, a payment of dividends. [...] Therefore we should tax the real taxable event performed by the tax payer, regardless what legal form they have used. [...] If what we really have is a mere power of attorney the only income to be taxed would be the commission paid by the grantor to the grantee”³⁶.

16. One might check easily that all these reflections are totally in line with a factual approach as it is exposed by the OECD Commentaries. Actually, the factual approach, even if not intended in that way, might encourage a total confusion between sham and abusive transactions even in those countries, like Spain, which have a GAAR. Therefore, in order to properly analyze the relationship between domestic GAARs and double taxation conventions, one should depart from a strict interpretative (applicative) approach as will be exposed in the following paragraphs.

III. Legal approach to GAAR's. The need to add nuances

17. The preceding reflections clearly show that GAARs must be considered as instruments which embody a process of legal application as the very consequence of tax avoidance. As clear as this may be in the theory, the question remains of exactly what can be considered application in the context of GAARs. The problem emerges due to the fact that there are different views regarding the very nature of legal application.

18. It is a widespread position, among scholars, that domestic anti-avoidance rules and judicial anti-avoidance doctrines are interpretative principles under which tax law applies only to transactions with economic or commercial substance; therefore tax legislation is interpreted not to apply to transactions that lack economic substance or business purpose. Keeping with this idea, there would be no conflict between tax treaties and domestic GAARs³⁷.

19. This is also the position assumed by the OECD Commentaries when referring to States that

truth surfaces, that the transaction lacks real economic substance (and so is not a real economic tax event), which takes us into the sphere of tax evasion” (PANIAGUA-LOZANO; MAYORGA-ARANGO, *Colombia in Form and Substance in Tax Law* (2002), p. 213 (p. 220). As for the Mexican Report: “If the judge decides that the act is simulated, it would probably be determined that what the parties really agreed to was that C (Company which pays the dividends) would pay dividends to A (original holder of shares) and A would pay to B (Company purchasing the shares according to the dividend-stripping transaction) a certain amount of money” (MORENO GÓMEZ DE PARADA, *Mexico, in Form and Substance in Tax Law* (2002), p. 429 (p. 434).

³³ Nevertheless there are further examples of this position, even assumed by the Courts both administrative and criminal, which cannot be reported in this article.

³⁴ A company, resident in the UK, sells to another company, resident in Spain, shares which in turn have been issued by a third company also resident in Spain, days before the dividends are paid. After the payment of the dividend the UK Company purchases the shares according to reciprocal call and put options previously agreed obtaining a gain equivalent to the dividend minus an amount which is actually the commission received by the second Spanish Company.

³⁵ TEAC 15 June 2006, (JT 2006, 1421).

³⁶ There are also other rulings in this same line: TEAC 16 September 2005 (JT 2006, 85) and TEAC 2 February 2006 (JUR 2006, 157322)

³⁷ MARTÍN JIMÉNEZ, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2004, p. 19. SASSEVILLE, “Tax Avoidance involving Tax Treaties”, in JIROUSEK/LANG (eds.) *Praxis des Internationalen Steuerrechts*, p. 459. Arnold, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2004, p. 251. DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 387, implicitly when analyzing the distinction between States that consider an abuse of a tax treaty as an abuse of domestic law and those that consider an abuse of a treaty as being independent.

label abuses as being abuses of the convention itself, and concluding that these States consider that a proper construction of tax conventions (resulting from their object and purpose) allows them to disregard abusive transactions³⁸. This position closes the circle of the new OECD approach in relation to domestic GAARs and double taxation conventions: the factual approach is the solution as for States which consider that an abuse of a tax treaty is also an abuse of domestic law; in turn, the interpretative approach saves the application of domestic GAARs in States that label abuses as being abuses of the convention itself.

20. Apart from the fact that the distinction upon which the OECD position is based has been reasonably considered artificial and unjustified³⁹, the interpretive approach, as described above, merits criticism. These reflections manage a far reaching and confusing concept of interpretation which is not unknown to the European legal tradition. In order to clarify this point we will first focus on the very concept of interpretation especially by stating its limits. After this, we will try to extract the consequences for the issue under scrutiny in this article.

1. Nature and limits of interpretation.

21. The identification of GAARs with interpretative techniques departs from a wide-reaching concept of interpretation that makes it equal to the application of rules in general. This assimilation between GAARs and interpretative methods is evident in certain scholars dealing with the special problematic of this article.

22. Let us take the opinion from Martín Jiménez who, in an article previous to the 2003 version of the OECD Commentaries, stated: “The current situation of domestic anti-abuse measures in a tax treaty context may be affected by a misunderstanding on the part of the OECD. It has been shown that the rigid application of the *pacta sunt servanda* principle, is not justified from the international law point of view. [...] Thus, it seems that the OECD’s starting point in 1977 generated a fake debate: from the point of view of international law, the obligations stemming from a treaty are not those derived from a literal wording of the treaty, but the obligations derived after a process in which the principle of good faith and a teleological interpretation are critical⁴⁰.”

23. Nevertheless, this position is neither new nor especially focused on the relationship between GAARs and double taxation conventions. In fact, this particular understanding of GAARs is as old as GAARs themselves⁴¹, and is frequently used by German and Austrian scholars in order to deny these rules an own normative meaning being their nature a mere statement of the necessity of an interpretation according to the purpose of the avoided or caught provision⁴².

³⁸ OECD Commentaries on Art. 1 § 9.3.

³⁹ DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 387.

⁴⁰ MARTÍN JIMÉNEZ, “Domestic Anti-Abuse Rules and Double Taxation Treaties: a Spanish Perspective – Part I”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, November 2002, p. 542 (p. 550). This same idea is repeated in later articles with different words: “...general domestic anti-abuse rules do not extend the taxable event by adding to it certain conduct where an elusive element is presumed or conduct that is economically equivalent to that defined in the taxable event” (MARTÍN JIMÉNEZ, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2004, p. 19).

⁴¹ As far as we know, in relation to tax matters, this debate started with the introduction of a GAAR in § 5 of the German *Reichsabgabenordnung* (1919). Many German authors from the 20’s and 30’s considered a GAAR unnecessary, for it was enough a simple interpretation of the avoided provisions: BALL, *Steuerrecht und Privatrecht* (1924), p. 130-132; 142-147; BECKER, *Die Reichsabgabenordnung*, 7th ed. (1930), p. 109-113.

⁴² This idea has generated an important dispute in Germany between those who are in favor of the, so called, *Innentheorie* and those who advocate the *Außentheorie*. As for Germany see: TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung. Band III: Föderative Steuerverteilung, Rechtsanwendung und Rechtsschutz, Gestalter der Steuerrechtsordnung* (1993) p. 1286 et seq. See, in relation to Austrian legal doctrine: Hohenwarter, Austria, in MAISTO (ed.) *Tax Treaties and Domestic Law* (2006) p.161 (p. 195-196).

24. The mere assimilation of GAARs and interpretation techniques generates severe inconsistencies whose detailed analysis would considerably surpass the scope of this contribution. Notwithstanding we should emphasize that, on the one hand, the above described position might generate certain doubts as to when using mere interpretative techniques and when resorting to GAARs⁴³. On the other hand, and this is in our opinion the main point at stake, this simple assimilation creates serious doubts on the very limits of the interpretation process. This last reflection can be illustrated, for the purposes of this article, with the following statements of De Broe: “The result of the recharacterization or redetermination in which domestic anti-avoidance provisions often result can only be given effect for treaty purposes if that result is supported by the text of the tax treaty, construed in its context and light of its object and purpose”⁴⁴. The question raises immediately: if the result of the recharacterization or redetermination is supported by the text of the treaty, why is it necessary the resort to GAARs? Why are the general interpretation techniques not enough for the purposes of combating tax avoidance? In our opinion, these questions might not be answered without a solid basis on the nature and limits of interpretation.

25. In our opinion the whole confusion on this issue is generated by the traditional interpretative criteria which have been accepted worldwide. The core of the problem is the distinction between literal and teleological interpretation in relation to the same provision and leading to different results⁴⁵. The solution for this conceptual question might be found in the law theory⁴⁶.

26. The wording of a legal provision might be polysemous in those cases in which it can be attributed different meanings. Interpreting a provision, or the term contained in a legal provision, implies the selection of one of its possible meanings according to several criteria among which the purpose of the interpreted rule might be considered crucial⁴⁷. In this context, it is far from clear what does “written law”, “wording” or “literal interpretation” mean. The text of a provision is just the starting point for its interpretation and, at the same time, the limit for this process as the interpreter cannot go beyond the possible sense(s) of those words (*Wortsinn* in German legal theory⁴⁸). Thus, every interpretation must be literal as it departs, when determining the possible sense of the words, from written law. At the same

⁴³ And this might be a problem for those countries in which the legal consequences of the different applicative techniques may considerably diverge.

⁴⁴ DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 387.

⁴⁵ This distinction might be found when dealing with GAARs as a general issue. Especially in relation to GAARs and double taxation conventions in: MARTÍN JIMÉNEZ, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2002, p. 550: “The rules of interpretation [...] in Arts. 31 to 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties [...] do not proclaim a literal interpretation as the main rule. Thus, a real interpretation of a treaty is needed which takes into account its purpose”; VEGA BORREGO, *Las medidas contra el treaty shopping* (2003) p. 101: “...the goal of these rules –referring to GAARs– is to restrict a formalist interpretation which primes the text over the purpose favoring avoidance”. GOYETTE, *Canadian Tax Journal*, 2003, p. 769: “Paragraphs 9.3 and 9.5 of the commentary evidence a desire to go beyond the mere letter of treaties and to consider their object and purpose”; following AG TESAURO, SASSEVILLE, “A Tax Treaty Perspective: Special Issues”, in MAISTO (ed.) *Tax Treaties and Domestic Law*, p. 60: “Such a rule, conceived as a principle of interpretation, constitutes an indispensable safety-valve for protecting the aims of all provisions of Community law against a formalistic application of them based solely on their plain meaning”; DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 245: “Such interpretation may require that a purely literal interpretation is abandoned if such interpretation would do harm to the parties’ common intentions and expectations and/or the treaty’s object and purpose”.

⁴⁶ In this contribution we depart from the classical view of LARENZ (LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1969), p. 342) which has been assumed by German scholars and case law. See: BÁEZ, *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la Renta*, p. 31.

⁴⁷ As stated by LANG and HEIDENBAUER: “... the wording of a provision, if analysed carefully enough, usually leaves much room for heterogeneous results of interpretation. Taking into account the object and purpose of a provision, together with other means of interpretation, leads to a limitation of the number of possible different meanings” (LANG; HEIDENBAUER, “Wholly Artificial Arrangements”, in (HINNEKENS; Hinnekens eds.) *A vision of Taxes within and outside European Borders. Festschrift in honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael* (2008), p. 597 (p. 609).

⁴⁸ As opposed to the words of a provision designated so as to *Wortlaut*.

time every interpretation that pretends to be correct, must be teleological, if we take into account that the selection of the proper meaning must be guided and rational, and that rules must be considered as instruments to achieve certain goals. If all this is true, it seems evident that considering GAARs as a mean to go beyond the letter of a tax statute implies a logical contradiction.

27. In this context, the limits of interpretation must be defined according to the possibility of attributing different meanings to a single legal term. This might not be an easy task in those cases in which private law concepts are used in tax statutes, either by a simple or explicit remission. Even if legal theory states that the same term contained in different rules might be understood differently by following their respective legal purposes⁴⁹, the practice in several countries shows a broad range of approaches in relation to this problem⁵⁰. By contrast, as it has been stated, even in jurisdictions with a strict adherence to private law concepts in tax law, there may be concepts in tax statutes that do not correspond to private law concepts or where the legislator has made it clear that the concept should have a different content from private law relations⁵¹. In these cases the private law meaning is not binding and the possibility of defining several possible senses, from a strict tax law perspective, is certainly easier.

28. In short, when tax statutes make use of private law concepts it seems difficult to face tax avoidance by means of a simple interpretation of the avoided provision. In these cases it is necessary to go beyond the possible senses of the legal wording resorting to GAARs. Nevertheless, the problem might be different when tax laws contain autonomous concepts as we will try to show in the next paragraph.

2. Combating intended avoidance. The case of attribution

29. The above mentioned reasons justify that, in certain cases, tax payers intend the avoidance or capture of a tax statute (*i.e.* double taxation conventions) but this attempt might be faced with a simple construction of the avoided or unlawfully captured provision. As has been said, real avoidance starts exactly there where the art of interpretation starts to fail⁵². For the same reason, every intended avoidance does not require the application of a GAAR. It is obvious that this way of facing pretended tax avoidance cannot affect the *pacta sunt servanda* principle. As Lowe pointed out, being true that a treaty must be honoured, this does not say anything about the content of the pact that must be respected. In short, for certain cases, a proper interpretation of domestic or conventional provisions, within the limits previously described, will be enough to counteract abusive transactions.

30. Scholars have pointed out several areas, in relation to treaty shopping, in which this way of thinking might bear fruits⁵³. Nevertheless a comprehensive analysis of these areas surpasses the scope of this article and therefore we will merely focus on one of these issues, namely the attribution of income to tax payers. An artificial use of the legal rules and principles that guide the attribution of income to tax payers is behind an important amount of abusive transactions in general and treaty-shopping structures

⁴⁹ This is in fact an old idea frequently named as “legal concept’s relativity”. See: ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*. Unveränd. reprograf. Nachdr. d. 1935 (1987) p 45.

⁵⁰ In relation to this see: ZIMMER, “General Report”, in *Form and Substance in Tax Law*, p. 25 et seq.

⁵¹ ZIMMER, General Report, in *Form and Substance in Tax Law*, p. 27.

⁵² HENSEL, “Zur Dogmatik des Begriffs “Steuerumgehung””, in *Bonner Festgabe für Ernst Zittelmann zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum*, (1923), p. 244. Also, in recent publications as for The Netherlands: VAN WHEEGEL, *The Improper use of Tax Treaties. With Particular Reference to the Netherlands and the United States* (1998), p. 165.

⁵³ HOHENWARTER, Austria, in MAISTO (ed.) *Tax Treaties and Domestic Law*, p. 206, making special references to the very concept of residence in relation to holding companies set up in low-tax jurisdictions. In a similar way, in relation to the corporate residence concept: LOOMER, “Tax Treaty Abuse: is Canada responding effectively?”, *Oxford University Centre for Business Taxation, Working Papers*, WP 09/05.

in particular⁵⁴ and this justifies our intention to shed certain light on it⁵⁵.

31. Being treaty shopping, briefly described, the situation in which a person resident of a given state who is not entitled to the benefits of a tax treaty sets up an entity in another State in order to obtain those treaty benefits that are not directly available to him⁵⁶, it seems obvious that this kind of strategies are conducted through a particular configuration of the criteria normally used so as to attribute income to tax-payers. This assertion might be illustrated with a well-known example of the Spanish practice.

32. In the early 90s several sportsmen resident in Spain transferred their appearance rights to non-resident companies which in turn assigned these rights to the entity for which the sportsmen rendered their personal services (also resident in Spain). It goes without saying that this peculiar structure was designed in order to achieve several tax advantages (reduction of withholding taxes, tax deferral, avoidance of personal income tax...). Regardless of the solutions that the Spanish Tax Administration and Tax Courts have given for these transactions, one might bear in mind that this example clearly shows how ordinary attribution criteria are managed by the tax payers in order to obtain tax savings. An income which would be normally attributed to a sportsman, performing personal services, is deviated to a non-resident legal entity in order to obtain tax advantages.

33. In the presence of this kind of constructions the resort to GAARs seems a temptation difficult to resist. Nevertheless, this kind of transactions might be faced with different instruments that would be less problematic from the point of view of the rule of law and, summing up, of the *pacta sunt servanda* principle. This mechanism is nothing other than that of interpreting the rules under which the attribution of income is governed by in the source State taken that, as a general rule, attribution issues are not dealt with in double taxation conventions⁵⁷.

34. In this context one should depart from a particular analysis of attribution rules. It has been said that according to prevailing opinion, income is attributable to the person that disposes of the source of income and the resulting benefits *inter partes*, i.e. the person that has the possibility of using market opportunities or withholding performances⁵⁸. These considerations may, but need not always, be valid. As mentioned above, a solution that relies upon attribution rules might depart from the very analysis of that rules, bearing in mind that attribution of income might be designed on the basis of legal or economic entitlement⁵⁹. According to this, we should refuse “standardized solutions” and resolve the sportsmen case taking account of the Spanish general attribution rules.

35. When referring to attribution issues, Spain might not be easily classified neither as a legal nor

⁵⁴ On the importance of attribution criteria in the tax avoidance field: BÁEZ, *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la Renta*, p. 56 et seq. with an analysis of the German bibliography and case law on this particular issue.

⁵⁵ This does not mean that the reflections and procedures described hereinafter might not be useful for other areas.

⁵⁶ As described in: DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 5.

⁵⁷ An exceptional position in relation to this issue might be found in Henkel for whom attribution is effectively ruled in double taxation conventions because, otherwise, their rules would be incomplete. (HENKEL, in MÖSSNER (ed.) *Steuerrecht international tätiger Unternehmen* (1998), Rdn. E 491. Nevertheless it has been stated that in many countries treaties do not generally give any guidance on how the connection between income and a person is to be made for treaty purposes (WHEELER, “General Report”, in *Conflicts in the attribution of income to a person* (2007), p. 17 (p.22). In the same direction Lang states: “...tax treaties do not take any independent attribution decisions. [...] Tax treaties are hence based on the domestic attribution decision” (LANG, “CFC Regulations and Double Taxation Treaties”, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2003, p. 51 (p. 54).

⁵⁸ HOHENWARTER, Austria, in MAISTO (ed.) *Tax Treaties and Domestic Law*, p. 207.

⁵⁹ In relation to this issue: WHEELER, “General Report”, in *Conflicts in the attribution of income to a person*, p. 20 et seq. In relation to Spain and considering fiduciary structures: BÁEZ, *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la Renta*, p. 66 et seq.

as an economic country⁶⁰. The Spanish tax system contains different attribution criteria depending on the nature of the taxable person (natural or legal person) and the affected tax (personal income tax, corporate tax or withholding tax). Focusing on the sportsmen case one should consider the sportsman as a taxable person subject to personal income tax according to either legal (for capital income) or economic attribution criteria (for income from employment) and the non-resident company subject to withholding taxes according to economic criteria (on the basis of the autonomous concept of *obtaining*)⁶¹. An attribution of income to the sportsman on the basis of pure economic criteria (it is the sportsman who disposes of the source of income and the resulting benefits) might on occasion prove demanding especially if the income resulting from the transfer of appearance rights is classified as capital income. Nevertheless, even in that case, there are good grounds for attributing the income to the sportsman: 1) There is a rather general consensus on the very concept of obtaining⁶². 2) The attribution of the income to the non-resident company would be contrary to the economic criteria set up by the Withholding Tax Act⁶³. 3) Last, but not least, if the attribution criteria are aimed at the taxation of income in the hands of the tax payer who actually shows ability to pay in relation to that income⁶⁴, it seems logical to attribute the income to its “economic owner”, at least in those cases in which the interpretation of these criteria offer a wide range of possibilities (different meanings for a single legal wording).

36. Summing up, this attempt of avoidance might be faced with a simple construction of the avoided or unlawfully captured provision which, in this case, must be identified with the rules governing the attribution of income.

37. In order to offer a comprehensive picture of this issue, there are still two further questions which might be taken into account:

38. a) As already mentioned, the OECD Commentaries clarify that it should be not lightly assumed that a tax payer is entering into abusive transactions, and therefore provides a –so called- *guiding principle*. The technical elements of this guiding principle will be analyzed in further paragraphs of this contribution. At this moment we will focus only on a very special issue in relation to the interpretative solution previously described. The guiding principle is exposed and designed as a limit to the application of domestic GAARs in a tax treaty context. What about cases, like those already exposed, in which an avoidance attempt is faced by means of a proper interpretation of domestic rules? In our opinion it is evident that these cases are beyond the scope of the guiding principle⁶⁵. There are two reasons which

⁶⁰ Even if we consider that this classification is rather simplistic as the so called “economic criteria” are also “legal criteria” as they are reflected in legal (tax) rules.

⁶¹ For these rules in detail: BÁEZ, *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la Renta*, p. 66 *et seq.*

⁶² Started in Germany and Austria in the late 70s (RUPPE, “Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung von Einkunftsquellen als Problem der Zurechnung von Einkünften”, in TIPKE (ed.) *Übertragung von Einkunftsquellen im Steuerrecht* (1978), p. 7-40) and recently used in Spain in relation to fiduciary structures (BÁEZ, *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la Renta*, p. 161 *et seq.*) or even to the transfer of appearance rights (ORTIZ, *Las rentas derivadas de la cesión de derechos de imagen de los deportistas profesionales: su discutida calificación Jurídico-Tributaria*, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* 2009, p. 113 (p. 124 *et seq.*). Even the US Tax Court has made use of a similar reasoning holding that interest payments made from a US corporation to a related Honduras corporation, where an equivalent amount of interest was paid onward to a related Bahamas corporation were actually “paid” to the Honduran entity ((1971) 56 TC 925 (USTC) as quoted by LOOMER, “Tax Treaty Abuse: is Canada responding effectively?”, *Oxford University Centre for Business Taxation, Working Papers* 2009, no page indication). It is of the most importance that the court considered that the Honduran entity did not have complete dominion and control over the funds, a similar reasoning to the concepts frequently used by European scholars and Courts in relation to the concept of income obtaining.

⁶³ Article 12 of the *Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes*.

⁶⁴ This idea is to be found in European scholars with different legal traditions: JARACH, *El hecho imponible: teoría general del derecho tributario sustantivo*. 3rd. Edition (1996), p. 168. TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung. Band III: Föderative Steuerverteilung, Rechtsanwendung und Rechtsschutz, Gestalter der Steuerrechtsordnung* (1993) p. 1353. BÁEZ, *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la Renta*, p. 135.

⁶⁵ A different opinion in a similar case (rather ambiguous): GARCIA-PRATS, “La interpretación jurisprudencial

might justify this statement: 1) The guiding principle, as formulated by the OECD Commentaries, is applicable to anti-avoidance rules. It seems evident that the mere interpretation of a domestic attribution rule cannot be included under that category. It must be taken into account that even the beneficial owner requirement in Arts. 10, 11 and 12 of the OECD Model –whose resemblance with income attribution criteria seems evident– have been reputed fundamental rules of taxation rather than anti-avoidance rules⁶⁶. 2) Were the guiding principle also applicable to interpretations followed to counteract avoidance attempts, it would not affect interpretations as those exposed above. It should be taken into account that corrections of attribution based upon the interpretation guidelines previously described, exclude the very application of the potentially concerned double taxation convention (i.e. the income is attributed to the resident sportsman as if paid directly by the resident corporation). Thus, it is evident that once the application of the double taxation convention has been excluded, the reflections of the OECD Commentaries do not play any role, as the problem turns into a pure domestic situation.

39. Nevertheless, this discussion might turn out to be insignificant in the practice. As stated before, the application of the concept of income-obtaining requires the identification of the person that has the possibility of using market opportunities or withholding performances in relation to the income. If this person is correctly identified, and the treaty shopper is regarded for tax purposes, this identification will be normally in line with the general criteria set-up by the guiding principle which will be considered in detail in subsequent paragraphs. The *Prévost Car* case might be an example of what has been previously exposed even if it considers the concept of beneficial ownership⁶⁷. In this case the Canada Tax Court rejected a possible disregard of the treaty shopper (resident in the Netherlands) as there was no predetermined or automatic flow of funds to its shareholders (resident in the UK and Sweden) and theoretical beneficial owners⁶⁸. In short, the concept of income-obtaining if properly applied excludes the possibility of disregarding a non artificial transaction.

40. b) The above mentioned cases implied a correction of avoidance attempts in mere treaty shopping cases; as stated before a proper construction of the obtaining concept excluded the very application of the potentially concerned double taxation convention. Nevertheless this interpretative approach might find further problems if applied to rule-shopping cases (i.e. improper use which affect objective rules of tax treaties as for example conversion of dividends into capital gains). In these cases even if a proper understanding of the attribution criteria might correct the tax avoidance strategy, the tax treaty is still applicable but making use of a different distributive rule (e.g. dividends instead of capital gains rules). The previously defended idea regarding that certain avoidance attempts might be faced with a simple construction of the avoided or unlawfully captured provision, seems too simple for these cases, taking into account that the double taxation convention is to be applied but using a different qualification of the income⁶⁹. In short this is not a mere interpretation of attribution rules but requires additionally an application of the treaty rules which might go beyond the possible sense(s) of its words. All this might be illustrated with a simple dividend-stripping example.

41. A, resident in the State A, owns shares of the Company B, resident in the State B. A can sell the shares free from capital gains tax and it sells the shares to C, resident in the State B, some days before the distribution of dividends. Just after the distribution of dividends, A buys the shares back for a price set in advance which takes into account the value of the distributed dividend⁷⁰.

como mecanismo para hacer frente a la elusión tributaria”, *Tribunal Fiscal*, nº220, 2009, p. 22 (p. 35)

⁶⁶ ARNOLD, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2004, p. 248.

⁶⁷ It is worth stating though the strong resemblance between the income-obtaining and the beneficial ownership concepts: Hohenwarter, Austria, in MAISTO (ed.) *Tax Treaties and Domestic Law*, p. 207.

⁶⁸ LOOMER, “Tax Treaty Abuse: is Canada responding effectively?”, *Oxford University Centre for Business Taxation, Working Papers* 2009, no page indication).

⁶⁹ For that reason the general approach to improper use of tax treaties, valid both for treaty and rule shopping, demanded by MARTÍN JIMÉNEZ (MARTÍN JIMÉNEZ, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2002, p. 549-550) need not always be valid.

⁷⁰ This is the basic dividend-stripping scheme which of course might be conducted by means of more com-

42. It has been defended that this kind of constructions could be faced by means of a proper construction of attribution rules as it seems evident that the income is obtained, as far as market opportunities or withholding performances are concerned, by the original owner of the shares. The dividends should be attributed therefore to A, resident in the State A, and not to B⁷¹. Nevertheless rule-shopping strategies require a further step if we take into account that the proper solution implies not only attributing the income to a person different from that originally pretended by the tax payers, but also a different qualification of the attributed income (capital gains qualified for tax purposes as dividends).

43. In our opinion, even in rule shopping cases, like dividend-stripping, a mere interpretation of attribution criteria would be enough to counteract avoidance attempts. In short, as in pure treaty shopping cases, there is no need to resort to GAARS. This statement requires an explanation.

44. Even if it seems that a (re) qualification from capital gain to dividend requires going beyond the possible sense(s) of the very legal terms “dividend” and “capital gain”, one should bear in mind the content of article 10(3) of the OECD Model Tax Convention: “The term “dividends” as used in this Article means income from shares, “jouissance” shares or “jouissance” rights, mining shares, founders’ shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident”. Even if the debate over the correct meaning of the bold text is still open⁷², it is also true that the OECD Commentaries have stressed: “Article 10 deals not only with dividends as such but also with interest on loans insofar as the lender effectively shares the risks run by the company, i.e. when repayment depends largely on the success or otherwise of the enterprise’s business. Articles 10 and 11 do not therefore prevent the treatment of this type of interest as dividends under the national rules on thin capitalisation applied in the borrower’s country”. Therefore sharing the risk might also justify a qualification as dividend without going beyond possible sense(s) of the very legal terms of article 10 (3) of the OECD Model Tax Convention. In this context one should bear in mind the special circumstances of a dividend-stripping case as described above. Even if the original holder does not receive dividends in a formal sense, it seems evident that it shares (or at least has shared) the risk run by the company and, in fact, this might be the reason, under the attribution rules previously described, for attributing the income to the original holder and not to the formal recipient of the dividends. This means that paragraph 3 of article 10 is not just a *renvoi* to domestic law originated by the remaining dissimilarities between Member countries in the field of company law and taxation law as regards the concept of dividend. Even a domestic treatment as dividends based upon a special anti avoidance rule, a GAAR or even a mere interpretation of attribution rules fit in with article 10(3) of the OECD Model Tax Convention⁷³.

plex structures specially with regard to the transaction used for (re) purchasing the shares.

⁷¹ In relation to a similar case with (re)purchase making use of reciprocal put and call options: BÁEZ, *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la Renta*, p. 156 et seq.

⁷² AVERY JONES (et al.), “The Definitions of Dividends and Interests in the OECD Model: Something Lost in Translation?”, *British Tax Review*, N° 4, 2009, p. 406 (p. 422 et seq.).

⁷³ AS stated by DE BROE (DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 486) Courts in Canada have included the result of similar recharacterization under their domestic anti-avoidance rules within Art. 10 of the relevant treaties and the application of Dutch and US anti-avoidance doctrines in a domestic context also leads to a characterization as a dividend. Nevertheless these cases merit further discussion as far as Canada frequently deviates from the OECD definition of dividends. In relation to this Li and Sandler have indicated: “If the Canadian treaty definition of “dividends” is used in a particular treaty, a deemed dividend under section 212.1 is clearly a “dividend” for treaty purposes even if the treaty was concluded before the introduction of section 212.1. Therefore, there is no conflict between section 212.1 and the dividend article of most of Canada’s tax treaties. If, however, the OECD definition of “dividends” is included in a particular treaty, it is arguable that a deemed dividend under section 212.1 is not a “dividend” for treaty purposes because it is not “income from other corporate rights.” The definition of “dividends” in article 10(3) of the OECD model is exhaustive. Except to the extent specifically provided in that provision, reference to Canada’s domestic law is not permitted under either article 3(2) of the OECD model or section 3 of the ITCIA. In this situation, unless section 212.1 constitutes a treaty override, the provisions of the treaty are paramount and a provision based on article 13(4) of the OECD model, discussed below, would exclude the gain from the sale of shares from tax in Canada” (LI; SANDLER, “The Relationship Between

3. Real avoidance cases.

45. When we face real avoidance cases –*i.e.* attempts which cannot be counteracted with a simple construction of the avoided or unlawfully captured provision- the question arises whether or not the application of a domestic GAAR could be in breach of the *pacta sunt servanda* principle.

46. Apart from “*limitation of benefits provisions*” –which are kept out of this article- certain States have decided to expressly allow, in a tax treaty context, to apply domestic anti-avoidance rules. This is the case, for example, in several Canadian⁷⁴, Belgian⁷⁵ and Spanish⁷⁶ Tax Treaties. With different nuances the wording of these conventional rules provides as follows: “*Nothing in the agreement shall be construed as preventing a Contracting State from denying benefits under the Agreement where it can reasonably be concluded that to do otherwise would result in an abuse of the provisions of the Agreement or of the domestic laws of that State*”⁷⁷. Even if this kind of provisions have been severely criticized by scholars⁷⁸, it is obvious that they allow going beyond the possible sense(s) of the Convention wording and, therefore, resolve an eventual breach of the *pacta sunt servanda* principle.

47. The situation turns problematic in those cases in which tax treaties keep silent on the application of GAARs in the treaty context. But, even for these cases some jurisdictions, and a wide range of scholars⁷⁹, take the view that a principle prohibiting treaty abuse is inherent in tax treaties. The existence of this principle is frequently linked to the general principles recognized by civilized nations according to article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice. Moreover, this seems to be also in line with the recent birth of a general principle of abuse of law in general Community Law⁸⁰, and at least in a bilateral dimension, also the OECD Commentaries flirt with that idea⁸¹. The existence of this principle is an enormous topic in its own right that would require an in-depth analysis of the legality principle and sources of international public law⁸². According to the limited approach of this contribution we should focus, anyways, on the most practical issue at stake in relation to these cases.

48. Both conventional references to domestic GAARS and the implicit principle prohibiting treaty abuse pose similar problems. They might generate diverging and contradictory results taking into

Domestic Anti-Avoidance Legislation and Tax Treaties”, *Canadian Tax Journal*, Vol. 45, N° 5, p. 891 (p. 935).

⁷⁴ Article 29(6) of the Canada-Germany Tax Treaty and article 29 A (7) of the Canada-US Tax Treaty (quoted by LOOMER, “Tax Treaty Abuse: is Canada responding effectively?”, *Oxford University Centre for Business Taxation, Working Papers* 2009, no page indication).

⁷⁵ Tax Treaties with Germany, Luxembourg, Austria, Egypt and Hong-Kong (quoted by DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 461 et seq.).

⁷⁶ Tax Treaty with Costa Rica.

⁷⁷ For different models of this provision see: DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 462 et seq.)

⁷⁸ These provisions are considered to have been done less rigorously than special LOBs (LOOMER, “Tax Treaty Abuse: is Canada responding effectively?”, *Oxford University Centre for Business Taxation, Working Papers* 2009, no page indication). These provisions have been also considered to promote legal uncertainty: HORTALÁ I VALLVÈ, *Comentarios a la Red Española de Convenios de Doble Imposición* (2007), p. 48.

⁷⁹ WARD, *Ward's Tax Treaties 1996-1997* (1996), p. 61. VOGEL, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 3rd ed. (1997), p. 125.

⁸⁰ Even if that principle is a matter of discussion. Very critical against the existence of this principle: DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 828 et seq.

⁸¹ OECD Commentaries on Art. 1 § 7.1: “*Taxpayers may be tempted to abuse the tax laws of a State by exploiting the differences between various countries' laws. Such attempts may be countered by provisions or jurisprudential rules that are part of the domestic law of the State concerned. Such a State is then unlikely to agree to provisions of bilateral double taxation conventions that would have the effect of allowing abusive transactions that would otherwise be prevented by the provisions and rules of this kind contained in its domestic law. Also, it will not wish to apply its bilateral conventions in a way that would have that effect*”.

⁸² A good overview of these problems in: PASCHEN, *Steuerumgehung in nationalen und internationalen Steuerrecht* (2001), p. 125 et seq.

account the variety of anti-abuse rules worldwide. On the other hand, and this is specially applicable to the pretended existence of an implicit principle, the configuration and the conditions upon which the anti-avoidance rule might be applied remain totally open. This seems particularly worrying if the implicit international anti-abuse principle is merely identified with a substance over form-principle⁸³, being substance over form a mere description of the result of the application of a GAAR which does not provide a single clue on the conditions of its application.

49. In our opinion the core goal of the guiding principle designed by the OECD is facing the above mentioned problems⁸⁴. In short, the real question at stake is not the possibility, in abstract terms, of going beyond the possible sense(s) of the Convention wording, but the conditions upon which this might be made.

IV. The guiding principle. A critical analysis of its components according to legal theory and European community law

50. As stated before, the OECD Commentaries have construed a guiding principle which consists of two components⁸⁵. One referred to the purpose of the transaction and another to the purpose of the avoided or caught treaty provision. Both components have to be analyzed carefully as they embody the core of the OECD's position on the issue under scrutiny. The principle might also be of a high interest if we take into account that certain commentators have suggested that the two elements enshrined in the guiding principle can be also recognized in the emerging jurisprudence of the ECJ on the conditions under which a measure that hinders the basic freedoms of the Treaty could be justified on the basis of the prevention of tax avoidance⁸⁶. If this is true the guiding principle will provide Member States with a secure instrument to apply GAARs in a treaty context without compromising the basic European freedoms.

Both components must be analysed separately.

1. Main purpose of the transaction.

51. According to the first component of the guiding principle, the benefits of a convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position. This "main purpose requirement" has received much criticism among scholars specially focused on its wording (specially the reference to the "main" instead of the "sole" or the "principal" purpose of the transaction⁸⁷) and its connection with certain examples introduced in the Commentaries in order to illustrate this component⁸⁸. In our opinion this first component is deeply rooted in the business purpose test doctrine which, notwithstanding its literal design (main/sole/principal purpose), has serious drawbacks as pre-requisite to decide whether or not a transaction is to be considered abusive.

⁸³ As in the standard formula of VOGEL:VOGEL, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. 3rd ed. (1997), p. 125.

⁸⁴ Also suggested by DE BROE: DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 317.

⁸⁵ There is a conceptual issue in relation to the guiding principle that merits certain attention. The question is whether the guiding principle constitutes an anti-abuse rule in its own right or merely establishes limits in relation to domestic GAARs. This might be important as for those States (like Spain) that require a special procedure in order to apply its domestic GAAR. Suggesting (not categorically) that the guiding principle is an anti-abuse rule: DE BROE: DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 317-318. ARNOLD is more emphatic stating that the guiding principle may be tantamount to establishing a treaty anti-avoidance rule (ARNOLD, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2004, p. 247).

⁸⁶ SASSEVILLE, "Tax Avoidance involving Tax Treaties", in Jirousek/Lang (eds.) *Praxis des Internationalen Steuerrechts*, p. 463.

⁸⁷ DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 319 et seq.

⁸⁸ Specially in relation to the case in which an individual who, essentially in order to sell the shares and escape taxation in that State on the capital gains from the alienation (by virtue of paragraph 5 of Article 13), transfers his permanent home to the other Contracting State, where such gains are subject to little or no tax (OECD Commentaries on Art. 1 § 9). Critical against the first component in relation to this example: MARTÍN JIMÉNEZ, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2004, p. 19. DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 321.

52. The resort to this particular anti-avoidance doctrine, whatever its formulation might be, may well lead to the exclusion of lawful tax planning transactions from treaty protection⁸⁹. This does not mean that the lack of commercial or business purpose test in a transaction be totally irrelevant in order to conclude its abusive character. This lack might well be a sign of artificiality. The problem of the guiding principle, as we will see in the next paragraph, is that its second element has been designed without any reference to artifice and in a rather circular and self-referential manner⁹⁰. This might lead to characterize a transaction as abusive even in the absence of artifice.

53. This is also the key factor in order to decide whether or not the first component of the guiding principle is in line with the case law of the ECJ on tax avoidance. The existence of a wholly artificial arrangement has become a frequent requirement of the ECJ case law in tax avoidance cases. Apart from this reference, which is absent in the guiding principle, we must take into account several nuances, especially introduced in its ruling in *Cadbury Schweppes*, in which the European Court of Justice explicitly questions the business purpose test as a valid guide: "...in this case CS decided to establish CSTS and CSTI in the IFSC for the avowed purpose of benefiting from the favourable tax regime which that establishment enjoys does not in itself constitute abuse"⁹¹; "...the fact that none of the exceptions provided for by the legislation on CFCs applies and that the intention to obtain tax relief prompted the incorporation of the CFC and the conclusion of the transactions between the latter and the resident company does not suffice to conclude that there is a wholly artificial arrangement intended solely to escape that tax"⁹²; "In those circumstances, in order for the legislation on CFCs to comply with Community law, the taxation provided for by that legislation must be excluded where, despite the existence of tax motives, the incorporation of a CFC reflects economic reality"⁹³. The conclusion is evident: an isolated⁹⁴ business purpose test is not acceptable from a community law perspective.

2. Tax treatment contrary to the object and purpose of the relevant provisions of the treaty.

54. As stated before the OECD guiding principle incorporates a second element that relies on the fact that the obtaining of favourable treatment, previously described, would be contrary to the object and purpose of the relevant treaty provisions⁹⁵. This second element is accompanied by an addition of a new objective to the traditional purpose of double taxation - to promote, by eliminating international double taxation, exchanges of goods and services, and the movement of capital and persons convention- which relies in the prevention of tax avoidance and evasion⁹⁶. This new drafting of the purposes of double taxation conventions seems logical, at least *prima facie*, if we take into account that its primary goal –eliminating international double taxation- might encourage tax avoidance strategies rather than help to its correction⁹⁷.

55. But even this new purpose attributed to double taxation conventions, certainly created by the

⁸⁹ As denounced by: MARTÍN JIMÉNEZ, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2004, p. 19. DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 321.

⁹⁰ For that reason the use of the business purpose test as an element of anti-abuse rules is not problematic if the GAAR also enshrines artifice requirements as is the case for the Spanish GAAR (article 15 of the *Ley General Tributaria*). The real problem appears in those cases in which business purpose test is explicitly the only parameter of abuse or, in those cases, as the OECD guiding principle in which business purpose test is not formally but *de facto* the unique element in order to characterize a transaction as abusive.

⁹¹ ECJ 12 September 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* [2006] ECR I-7995, para 38.

⁹² ECJ 12 September 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* [2006] ECR I-7995, para. 63.

⁹³ ECJ 12 September 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* [2006] ECR I-7995, para. 65.

⁹⁴ As we will see in the next paragraph the special design of the guiding principle turns the main purpose element into the only abuse requirement according to the OECD position.

⁹⁵ OECD Commentaries on Art. 1 § 9.5.

⁹⁶ OECD Commentaries on Art. 1 § 7.

⁹⁷ It has been stated in fact that authors go on to say that, if one of the general objectives of tax treaties is to promote enhanced flows of International trade and investment, it is arguable that it does not matter if the desirable result is achieved by the direct use of tax treaties or by their indirect use (LOOMER, "Tax Treaty Abuse: is Canada responding effectively?", *Oxford University Centre for Business Taxation, Working Papers* 2009, no page indication).

OECD out of thin air⁹⁸, merits criticism. The main problem of this second element is that it is self-serving and circular⁹⁹. Once it has been ascertained that the main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position (element one) it must be determined whether or not that tax treatment would be contrary to the object and purpose of the relevant treaty provisions (element two) which is identified with the prevention of tax avoidance. One should not forget that the aim of the guiding principle is to define what exactly constitutes tax avoidance. Therefore, in order to decide whether an arrangement might be reputed abusive one should previously ascertain that it is abusive! Apart from the logical inconsistency, the evident risk when it comes to the application of the guiding principle is that, once the main purpose of securing a more favourable tax position has been proved, the abusive character of the arrangement be automatically concluded. In fact the risk of the second element is its practical inexistence and therefore it might encourage the exclusion of lawful tax planning transactions from treaty protection¹⁰⁰.

56. Taking into account that none of the above mentioned purposes of tax treaties seem suitable for a purposive correction of tax avoidance under the second element of the guiding principle, we should reconsider the whole issue. According to this reality one should consider separately:

57. a) Treaty shopping structures. Under a different approach, one should not forget that a tax treaty does not merely pretend the elimination of international double taxation but pursues this objective based on the principle of reciprocity, which is one of the fundamental principles of tax treaty policy¹⁰¹. Even if reciprocity might not be a purpose of a double taxation convention it may well indicate how, or to which extent, the contracting states agree to correct double taxation. Treaty shopping breaches the principle of reciprocity and destroys the incentive for countries to negotiate and conclude new treaties¹⁰². Under this approach the reciprocity principle seems a valid purpose in order to counteract improper use of tax treaties. Even if this reasoning seems less circular than that enshrined in the second element of the OECD guiding principle, the same problem remains as to the fact that this purpose does not indicate when a conduit company must be reputed abusive and therefore be disregarded¹⁰³.

58. b) Rule shopping structures. It is evident that the reciprocity principle is totally alien to a purposive correction of rule shopping strategies. Moreover, unless we find a purposive logic for distributive rules in a double taxation convention¹⁰⁴, it seems a difficult task to correct this kind of strategies taking into account the purpose of the avoided or caught treaty provisions.

59. And hence we come to the real core of the problem. Taking into account that (i) none of the pretended purposes of tax treaties (correction of double taxation or prevention of tax avoidance and evasion) seem suitable for a purposive correction of the improper use of tax treaties; (ii) the principle of reciprocity might well be concerned by treaty shopping structures but does not allow to determine what is really an abuse and (iii) it seems impossible to find a teleological design behind tax treaty distributive rules, is it possible to construct a guiding principle or, more generally, a standard to decide whether or not

⁹⁸ ARNOLD, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2004, p. 249.

⁹⁹ AS stated by ARNOLD (ARNOLD, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2004, p. 249) but with different arguments as those exposed in this contribution.

¹⁰⁰ As has been said according to the OECD's view, treaties are no longer instruments to distribute tax jurisdiction between two states, but instruments to ensure that income is taxed at least once in one of the states (MARTÍN JIMÉNEZ, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2004, p. 27). A critical review of the prevention of double non taxation as a treaty purpose in: LANG, "General Report", *Double Non Taxation* (2004).

¹⁰¹ DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, p. 350.

¹⁰² These are in fact the two main concerns put forward in the OECD Conduit Report against treaty Shopping. See: LOOMER, "Tax Treaty Abuse: is Canada responding effectively?", *Oxford University Centre for Business Taxation, Working Papers* 2009, no page indication.

¹⁰³ This explains the distinction between "treaty routing" and "treaty shopping" drawn by several authors. See: (LOOMER, "Tax Treaty Abuse: is Canada responding effectively?", *Oxford University Centre for Business Taxation, Working Papers* 2009, no page indication).

¹⁰⁴ As pretended for example by Paschen, *Steuerumgehungen in nationalen und internationalen Steuerrecht*, p. 182 et seq.

an arrangement might be considered abusive in a tax treaty context? As far as the purposive approach of the OECD is maintained the answer must be no.

60. The only way to properly resolve this problem is to design a standard that does not rely on the object and purpose of the treaty provisions but on the special characteristics of the arrangements¹⁰⁵. In this context, and as we stated before, when dealing with the first component of the guiding principle, the key issue must be the concept of artificial arrangements. This requirement is common to many GAARs and therefore conceptually extended in many States¹⁰⁶. Moreover the concept of wholly artificial arrangements has been repeatedly used in the case law of the ECJ on tax avoidance and recently explained in more detail¹⁰⁷. Therefore a guiding principle construed on this base might match better in the European legal context. Last but not least, this approach resolves many of the inconsistencies present in the OECD Commentaries on this particular issue.

61. Defining what is a “wholly artificial arrangement” might not be an easy task. Suffice is to say here that this is the proper way that should be experienced in the next years.

¹⁰⁵ We have come to the same conclusion in a case that is quite alike to the improper use of tax treaties: BÁEZ, *Bad Laws Make Hard Cases: Halifax and the avoidance of inconsistent tax rules*, *forthcoming*.

¹⁰⁶ RUIZ-ALMENDRAL, *Intertax*, 2005, p. 565.

¹⁰⁷ LANG; HEIDENBAUER, *Wholly Artificial Arrangements*, (2008), p. 597-615.

VARIA

LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL EN EL TRATADO DE LISBOA

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Huelva*

Recibido: 31.01.2010 / Aceptado: 10.02.2010

Resumen: El Tratado de Ámsterdam supuso un cambio radical para la cooperación judicial en materia civil. El Tratado de Lisboa introduce en su capítulo 3 una nueva regulación de la cooperación judicial en materia civil. Un análisis de dicha regulación nos muestra que el Tratado de Lisboa tan sólo pretende introducir un cambio sosegado, moderado, en esta materia. El Tratado de Lisboa pretende dar un paso más, aunque firme, en su consolidación, pero no reformar sustancialmente su contenido. El objetivo de este estudio es mostrar la política del paso a paso adoptada por la Unión Europea en relación con el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, así como el sendero que las instituciones comunitarias se proponen seguir en un futuro próximo.

Palabras clave: Unión Europea, Tratado de Lisboa, Derecho Internacional Privado, cooperación judicial en materia civil.

Abstract: The Treaty of Amsterdam marked a radical shift in the European judicial cooperation in civil cases. The third chapter of the Lisbon treaty establishes a new regulation of judicial cooperation in civil cases. After studying the aforementioned new regulation, it is clear that the Treaty of Lisbon only aims at moderate changes in this matter. Although the Treaty of Lisbon does not amend the subject matter substantially, it does aim to effect a gradual consolidate. The objective of this research is to show the step-by-step policy pursued by the European Union regarding judicial cooperation in civil cases, and the road map that EU institutions intend to follow in the future.

Key words: European Union, Lisbon treaty, Private international law, European judicial cooperation in civil cases.

Sumario: I. Consideraciones generales. II. Evolución de la cooperación judicial internacional en materia civil en los Tratados comunitarios. III. El camino hacia la supresión del exequátur en Europa. 1. Contexto normativo: el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como piedra angular de la cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa. 2. Fases del proceso y metas alcanzadas: desde la exigencia del exequátur a su supresión. IV. Objetivos de la cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa. 1. Garantizar una tutela judicial efectiva y el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios. 2. Unificar las normas de DIPr. de los Estados miembros. 3. Aproximar las legislaciones nacionales de los Estados miembros. 4. Garantizar el apoyo a la formación.

I. Consideraciones generales

1. El polémico Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la UE y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (firmado en Lisboa el 13 diciembre 2007) incorpora, dentro de su art.

2 (que introduce modificaciones al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [en adelante, TCE])¹, un nuevo Título IV denominado “Espacio de libertad, seguridad y justicia”². Dicho título, que cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa sustituirá al actualmente vigente Título IV del TCE (relativo a los visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas), consta de cinco capítulos: el primero relativo a las disposiciones generales; el segundo a las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración³; el tercero a la cooperación judicial en materia civil (con repercusión transfronteriza, tal como se especifica en el articulado de los Tratados comunitarios que han hecho referencia al referido ámbito); el cuarto a la cooperación judicial en materia penal (con repercusión transfronteriza); y el quinto a la cooperación policial. El art. 2 C del Tratado de Lisboa atribuye a la UE y a los Estados miembros una competencia compartida en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia⁴. La nueva regulación del Tratado de Lisboa ha sido incorporada en el Título V (“Espacio de libertad, seguridad y justicia”) de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la UE⁵.

2. Tal como pone de manifiesto el Tratado de Lisboa, la UE constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia, dentro del respeto de los derechos humanos fundamentales (siendo, precisamente, uno de los objetivos del referido espacio garantizar su respeto en el conjunto de la UE)⁶ y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros (art. 61.1); correspondiendo al Consejo definir la programación legislativa y operativa en este espacio europeo de libertad, seguridad y justicia (art. 61 A). Pese a que la creación de dicho espacio no es obra del Tratado de Lisboa, sino del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 (habiendo sido éste, precisamente, uno de sus principales logros), es justo reconocer que el Tratado de Lisboa contribuye a su consolidación.

¹ Tal como pone de manifiesto el señalado precepto del Tratado de Lisboa, el título del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se sustituye por el de “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (en adelante, TFUE).

² *DOUE*, de 17 diciembre 2007, núm. C 306/1. Finalmente, el Tratado de Lisboa ha entrado en vigor el 1 diciembre 2009, aunque no sin antes haber tenido que hacer frente a numerosos obstáculos. De hecho, su art. 6 preveía su entrada en vigor el 1 enero 2009 si era ratificado por todos los Estados miembros de la UE de conformidad con sus respectivas normas constitucionales, es decir, por la vía parlamentaria o por referéndum. Sin embargo, ello no fue posible debido al fracaso del primer referéndum llevado a cabo en Irlanda (no del segundo) y a la reticencia a su ratificación mostrada por Polonia y por Checoslovaquia (habiendo sido éste el último país que ha ratificado el Tratado de la discordia). Entre las prioridades de la Presidencia española de la UE, en el primer semestre de 2010, destacan las siguientes: la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la potenciación de mejoras de las garantías procesales de los detenidos, la puesta en marcha de la iniciativa de Orden europea de protección de víctimas, la importancia de la agenda UE-Estados Unidos en materia de justicia, la inauguración del portal e-justice, el impulso de la creación de la Fiscalía Europea (prevista por el Programa de Estocolmo que se aprobó durante la Presidencia sueca), etc. (*vid.* La Ley, de 20 enero 2010, núm. 7324, “Hoy es noticia”).

³ Uno de los objetivos del espacio de libertad, seguridad y justicia es garantizar la ausencia total de controles de las personas cuando crucen las fronteras interiores. Y, como es sabido, la libre circulación de personas debe venir acompañada de determinadas medidas “compensatorias”, consistentes, por un lado, en el desarrollo de una política común europea solidaria y equitativa de asilo e inmigración y, por otro lado, en el refuerzo del control de las fronteras exteriores.

⁴ En los ámbitos que sean objeto de una competencia compartida, la UE y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes. “Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya” (art. 2 A apartado 2º del TFUE). Tal como pone de manifiesto el artículo único del Protocolo sobre el ejercicio de las competencias compartidas (que se incorpora como anexo al Tratado de la UE y al TFUE), cuando la Unión haya tomado medidas en un ámbito que sea objeto de una competencia compartida, “el alcance de este ejercicio de competencia sólo abarcará los elementos regidos por el acto de la Unión de que se trate y, por lo tanto, no incluirá todo el ámbito en cuestión (*vid.* *DOUE*, de 17 diciembre 2007, núm. C 306/158).

⁵ *Vid.* las versiones consolidadas del Tratado de la UE y del TFUE: *DOUE*, de 9 mayo 2008, núm. C 115/1.

⁶ Los derechos, de los que disfrutaban los ciudadanos de la UE, aparecen consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (solemnemente proclamada en Niza, el 7 diciembre 2000, por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión).

3. El Tratado de Lisboa (al igual que ocurrió con el Tratado de Ámsterdam) considera clave, para la consecución de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia en el seno de la UE, favorecer la cooperación judicial internacional en sus distintas vertientes: por un lado, en la civil y mercantil y, por otro lado, en la penal y policial⁷. Ello está en sintonía con la idea de que para que la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales sea plena, es imprescindible crear un verdadero espacio europeo de justicia (de aplicación en los actuales veintisiete Estados miembros) en el que los ciudadanos de la UE (así como las empresas en ella establecidas) puedan hacer valer sus derechos en otros Estados miembros como lo hacen en el país en el cual tienen su residencia habitual (o, en el caso de sociedades y personas jurídicas, su establecimiento profesional). Para la creación y consolidación de este espacio judicial europeo es prioritario facilitar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad (de hecho, garantizar un mejor acceso a la justicia constituye uno de los objetivos básicos de la política comunitaria para crear un espacio europeo de libertad, de seguridad y de justicia); establecer una estrecha colaboración entre las autoridades de los Estados miembros (fundamentalmente, entre las autoridades judiciales nacionales); y, especialmente, garantizar el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales civiles y penales. De hecho, en los últimos tiempos, uno de los objetivos prioritarios de las instituciones comunitarias es favorecer la plena aplicación del susodicho principio en el ámbito civil y mercantil.

4. En el presente trabajo va a ser objeto de estudio el ámbito de la cooperación judicial internacional que afecta de un modo más directo a la vida cotidiana de los ciudadanos y que reviste una mayor complejidad técnica: la cooperación judicial en materia civil. El nuevo Título IV del Tratado de Lisboa regula la cooperación judicial en materia civil (con repercusión transfronteriza) en su capítulo 3 y, más en concreto, en su art. 65⁸. Dicha nueva regulación del Tratado de Lisboa ha sido incorporada en el Capítulo 3 (“Cooperación judicial en materia civil”) del Título V (“Espacio de libertad, seguridad y justicia”) de la versión consolidada del TFUE (art. 81). Dicho precepto sustituye al anteriormente vigente art. 65 del TCE.

5. Antes de analizar los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa, en relación con este ámbito concreto, consideramos conveniente hacer referencia a la evolución que ha experimentado la cooperación judicial en materia civil en los Tratados comunitarios, y ello en aras de poder valorar el verdadero alcance de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa en relación con la cooperación judicial internacional en materia civil. Un análisis de la evolución de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza en los Tratados comunitarios y de la nueva regulación contenida en el capítulo 3 del Tratado de Lisboa nos muestra que, así como el Tratado de Ámsterdam supuso un cambio radical para la cooperación judicial en materia civil, el Tratado de Lisboa tan sólo pretende introducir un cambio sosegado, moderado, esto es, dar un paso más, aunque firme, en su consolidación, aunque sin reformar sustancialmente su contenido. El objetivo de este estudio es mostrar la política del paso a paso adoptada por la UE en relación con el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, así como el sendero que las

⁷ De hecho, uno de los objetivos prioritarios del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia es garantizar un nivel elevado de seguridad a los ciudadanos de la UE mediante medidas encaminadas a la prevención y lucha contra el terrorismo (y las actividades con el mismo relacionadas), la delincuencia organizada, el racismo y la xenofobia; la coordinación y cooperación entre las autoridades de los Estados miembros (tanto judiciales como policiales); el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal; y, si es necesario, la aproximación de las legislaciones penales de los Estados miembros (*vid.* el art. 61.3 del Tratado de Lisboa). En relación con la cooperación judicial internacional en materia penal y policial, *vid.*, entre otros muchos, AAVV, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho judicial, núm. 13, 2003; AAVV, *Mecanismos de cooperación judicial internacional*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2006; J.C. FERRÉ OLIVÉ Y OTROS, *Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción*, Ediciones Universidad de Salamanca, Colección Aquilafuente, núm. 40, 2002; así como M. JIMENO BULNES (Coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Universidad de Burgos/Bosch Editor, 2007.

⁸ La entrada en vigor del Tratado de Lisboa conlleva, por un lado, la derogación de los arts. 67, 68 y 69 del TCE y, por otro lado, la sustitución del art. 66 del susodicho Tratado comunitario por el art. 74 del TFUE, el cual forma parte del capítulo 1 de su Título V (relativo a las disposiciones generales).

instituciones comunitarias se proponen seguir en un futuro próximo, y ello aunque el ansiado camino esté repleto de numerosos obstáculos.

II. Evolución de la cooperación judicial internacional en materia civil en los Tratados comunitarios

6. Como es sabido, la cooperación judicial en materia civil, con repercusión transfronteriza, ha sufrido un cambio radical con motivo de la entrada en vigor, el 1 de mayo de 1999, del Tratado de Ámsterdam de 2 octubre 1997. Antes de la entrada en vigor de dicho Tratado comunitario, cabía distinguir dos etapas.

Entre los años 1958 y 1991, el art. 220 del TCE constituía el único cauce para la creación del Derecho internacional privado comunitario. Con arreglo a la susodicha base jurídica se redactó el Convenio de Bruselas, de 27 septiembre 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁹, el cual ha constituido durante muchos años, junto con el Convenio de Roma, de 19 junio 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹⁰, el núcleo fundamental del DIPr. comunitario¹¹. El art. 220 del TCE facultaba a los Estados miembros a entablar “en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales”: entre otras cuestiones, “la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales”. Dicha base jurídica competencial, que al menos formalmente continuó vigente con el mismo contenido aunque bajo otra numeración (art. 293 TCE) después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (pese a su nula aplicación práctica), ha sido finalmente derogada por el Tratado de Lisboa¹².

7. Dicha situación sufrió un cambio “sosegado” o, más bien, una evolución “pausada” con el TUE firmado en Maastricht el 7 febrero 1992. Dicho Tratado, pese a que mantiene vigente la anterior base jurídica (art. 220 del TCE), establece un nuevo cauce de creación del DIPr. comunitario. En concreto, el TUE introduce un nuevo Título VI (que dio origen a lo que se ha denominado como “tercer pilar” [órbita en la cual se ubicó la cooperación judicial en materia civil hasta el momento de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam]), relativo a la “cooperación en los ámbitos de justicia e interior”, materia que, de conformidad con el art. B, pasa a ser uno de los nuevos objetivos de la UE. Tal como señala el art. K.1 (apartado 6º), dentro de dicho ámbito queda encuadrado lo relativo a la “cooperación judicial en materia civil” (la cual fue institucionalizada por el referido precepto, ya que para la realización de los fines de la Unión y, en particular, la libre circulación de personas, los

⁹ *DOCE*, de 28 julio 1990, núm. C 189.

¹⁰ *BOE*, de 19 julio 1993, núm. 171; corrección de errores, *BOE*, de 9 agosto 1993, núm. 189. La versión consolidada del Convenio fue publicada en el *DOUE*, de 30 diciembre 2005, C 334.

¹¹ Dichos Convenios coexistían con ciertas normas de DIPr. contenidas en actos de las instituciones comunitarias (y, más en concreto, en Reglamentos y en Directivas comunitarias), que, en todo caso, se caracterizaban por su escasa cuantía y por su elevada dispersión. No obstante, en determinadas ocasiones se plantearon problemas de adaptación entre las normas de DIPr. previstas en el Derecho comunitario derivado y las contenidas en los referidos textos convencionales (muy especialmente con el Convenio de Roma), cuya solución no siempre resultaba sencilla en la práctica. Por lo que a dicha problemática se refiere, *vid.*, por todos, E. JAYME /C. KOHLER, «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *RCDIP*, 1995, núm. 1, pp. 1-40. De hecho, dichas contradicciones siguen siendo una asignatura pendiente en la actualidad: *vid.*, por ejemplo, H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Madrid, 2007; *id.*, “La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento ‘Roma I’”, *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización* (bajo la dirección de A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, pp. 45-60; así como R. VIÑAS FARRÉ, “Posibles incoherencias entre el Derecho Internacional Privado comunitario y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios en el mercado interior”, *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*, bajo la dirección de A.L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA, Colex, Madrid, 2005, pp. 1055-1062.

¹² Tal como pone de manifiesto el Anexo anejo al Tratado de Lisboa relativo a las “Tablas de correspondencias a que se refiere el artículo 5 del Tratado de Lisboa”, el susodicho precepto ha sido sustituido, en sustancia, por el art. 9 F del TUE, que pasa a ser el 19 (*DOUE*, de 17 diciembre 2007, C 306/222 y 229).

Estados consideraban de interés común la cooperación judicial en materia civil). Por lo que a dicho ámbito se refiere, el art. K.3 (apartado 2 c) presenta la novedad de atribuir al Consejo, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, la facultad de celebrar Convenios, recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales. Por medio de este segundo cauce normativo, que coexistía con el antiguo art. 220 del TCE, el Consejo podía intervenir en la negociación y adopción de Convenios internacionales. Con arreglo a esta base jurídica, el Consejo adoptó el Convenio, de 26 mayo 1997, sobre traslado y notificación entre los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil¹³; así como el Convenio de Bruselas, de 28 mayo 1998, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (comúnmente denominado como Bruselas II)¹⁴. Dichos Convenios internacionales, como consecuencia de la aprobación del Tratado de Ámsterdam, no llegaron a entrar en vigor.

8. En definitiva, con anterioridad al Tratado de Ámsterdam, el DIPr. comunitario se desarrollaba en un nivel o ámbito intergubernamental. De este modo, la creación del DIPr. comunitario correspondía, fundamental aunque no exclusivamente, a los Estados miembros, por medio de la celebración de Convenios internacionales. Ello era la consecuencia directa de la marginalidad que en dicho momento aquejaba al DIPr. a los efectos de la consecución de los objetivos de la integración europea. Dicha marginalidad estaba, además, en consonancia con el restringido ámbito de actuación ofrecido a los Estados miembros por el antiguo art. 220 del TCE, el cual tan sólo facultaba a los mismos para celebrar Convenios internacionales en el sector de la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y arbitrales, y únicamente en la medida en que ello fuese necesario. El cambio introducido por el TUE tenía como trasfondo la paulatina pérdida del carácter “marginal” del DIPr. en el proceso de integración europea. Tal como ha puesto de manifiesto el profesor J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, el período desde el Tratado de Maastricht de 1992 hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam se caracteriza, por lo que al DIPr. se refiere, por un lado, por una “relativización del carácter intergubernamental” y, por otro lado, por “una ampliación de los objetivos” de la reglamentación comunitaria¹⁵. En cualquier caso, la vía utilizada para desarrollar la cooperación judicial en materia civil seguía siendo el Convenio internacional, con la rigidez que ello llevaba inherente.

9. La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam de 2 octubre 1997, el 1 mayo 1999, ha supuesto un cambio que se podría calificar como de “radical” del DIPr., en general, y del DIPr. comunitario, en particular¹⁶. Algún autor ha llegado incluso a afirmar que el Tratado de Ámsterdam ha traído consigo la “metamorfosis del DIPr.” de los Estados miembros de la CE¹⁷.

El Tratado de Ámsterdam introdujo un nuevo Título IV al TCE, relativo a los “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas” (arts. 61-69). Dentro de dicho título y, más en concreto, en los arts. 61 c) y 65, aparece encuadrada la nueva competencia comunitaria. Por virtud del art. 61 c) del TCE, tras su nueva redacción por el Tratado de Ámsterdam, a “fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia (siendo precisamente su creación uno de los principales logros del Tratado de Ámsterdam)¹⁸, el

¹³ DOCE, de 27 agosto 1997, núm. C 261.

¹⁴ DOCE, de 16 julio 1998, núm. C 221.

¹⁵ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El nuevo art. 65 del T.C.E. tras el Tratado de Amsterdam y el DIPr. de los Estados miembros de la C.E.”, Conferencia que tuvo lugar en la U.A.M. el 27 de mayo de 1999; *id.*, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général”, *Rec. des Cours*, 2000, tomo 287, pp. 1-426, p. 123, núm. 79.

¹⁶ DOCE, de 10 de noviembre de 1997, núm. C 430.

¹⁷ H.U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “The EU and a metamorphosis of private international law”, *Reform and development of private international law. Essays in honour of Sir Peter North*, editado por J. FAWCETT, Oxford, 2002, pp. 111-136.

¹⁸ Téngase en cuenta que el apartado 4º del art. 2 del Tratado de Ámsterdam consagró un nuevo objetivo de la UE: “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que está garantizada la libre circulación de las personas”. Por lo que a los efectos de este objetivo se refiere, *vid.*, por todos, J.D.

Consejo adoptará: c) medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el art. 65”.

De conformidad con el art. 65 del TCE, tras su nueva redacción por el Tratado de Ámsterdam, las “medidas en el ámbito de la *cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza* que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán:

- a) mejorar y simplificar:
 - el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales;
 - la cooperación en la obtención de pruebas;
 - el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales;
- b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción;
- c) eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”¹⁹.

Además de la perplejidad que produce la inclusión de la nueva base jurídica del DIPr. comunitario en un Título relativo a las políticas relacionadas con la libre circulación de personas, del precepto transcrito sorprende el extenso ámbito de actuación del cual goza la competencia comunitaria en el ámbito de la “cooperación judicial en materia civil”. En efecto, el art. 65 del TCE (tras su nueva redacción por el Tratado de Ámsterdam), que lleva a cabo la “comunitarización” de la cooperación judicial en materia civil asociándola a la libre circulación de personas (trasladándola, pues, del ámbito intergubernamental al comunitario), extiende la en aquellos momentos nueva competencia comunitaria, en los imprecisos términos en el mismo previstos (“mejorar y simplificar”, “fomentar la compatibilidad”, “eliminar obstáculos”, etc.)²⁰, a todos los sectores del DIPr. (Derecho aplicable, competencia judicial internacional, eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional). No obstante, al menos desde el punto de vista teórico, el nuevo cauce normativo del DIPr. comunitario, introducido por el Tratado de Ámsterdam, no es ilimitado, sino que aparece condicionado por un conjunto de límites heterogéneos. Dichas limitaciones a la referida competencia comunitaria se derivan del precepto (aisladamente considerado), del Título en el cual aparece incluido (lo cual obliga a que las medidas adoptadas con arreglo a la señalada base jurídica competencial hayan de estar vinculadas con la libre circulación de personas)²¹, así

GONZÁLEZ CAMPOS, *loc. cit.*, 2000, p. 125, núm. 80.

¹⁹ Las cursivas no son originales del precepto.

²⁰ Por lo que al concreto alcance de dichos términos se refiere, *vid.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *loc. cit.*, 2000, pp. 127-129, núm. 83.

²¹ Al margen de lo señalado, el art. 69 del TCE (tras su nueva redacción por el Tratado de Ámsterdam), que también forma parte del Título IV, añade una importante limitación a la susodicha competencia comunitaria. Por virtud de dicho precepto, la aplicación del Título IV del TCE “quedará sometida a lo dispuesto en el Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda así como al Protocolo sobre la posición de Dinamarca”. De conformidad con el primer Protocolo, tanto el Reino Unido como Dinamarca, tienen el derecho a decidir si van a participar o no en los actos comunitarios que se adopten en base al señalado art. 65 del TCE (es el llamado “opting in”). Y, de conformidad con el Protocolo sobre la posición de Dinamarca, dicho país no quedará vinculado por los actos normativos que se adopten con arreglo al art. 65 del TCE, lo cual se ha denominado como “opting out”, ya que Dinamarca no se desligó (ni total ni parcialmente) de su reserva al art. 69 del TCE (pese a ello, *vid.* el Acuerdo entre la CE y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 19 de octubre de 2005, el cual tiene por objeto extender a Dinamarca las disposiciones del Reglamento “Bruselas I” [DOUE, de 16 de noviembre de 2005, núm. L 299]; así como la Decisión del Consejo, de 27 de abril de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [DOUE, de 5 de mayo de 2006, núm. L 120/22]). Tal como ha puesto de manifiesto el profesor J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, como consecuencia de los derechos otorgados a los señalados países, la “comunitarización” del DIPr. no conduce a un resultado uniforme en todos los Estados miembros de la UE, lo cual supone una traba importante al buen funcionamiento del mercado interior, habiendo sido precisamente la idea de avanzar en el proceso de integración europea la que ha motivado la introducción del Título IV en el TCE (J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *loc. cit.*, 2000, pp. 130-131, núm. 84).

como del propio proceso de integración europea²².

Pese a que el art. 65 del TCE (tras su redacción por el Tratado de Ámsterdam) no especifica cuál es el cauce normativo para ejercer la susodicha competencia comunitaria (Reglamentos, Directivas u otros actos comunitarios), el Consejo ha optado, con carácter general, por la vía del Reglamento²³. De hecho, en base a dicha base jurídica competencial, las instituciones comunitarias han adoptado, en un período relativamente corto de tiempo, una multitud de Reglamentos comunitarios.

En definitiva, no cabe duda de que el Tratado de Ámsterdam ha abierto la puerta a la “comunitarización” del DIPr. De este modo, la creación del DIPr. comunitario ha pasado de estar, fundamentalmente, en manos de los Estados miembros a estar, básicamente, en manos de las instituciones comunitarias. Teniendo en cuenta lo señalado, podemos decir que el Tratado de Ámsterdam ha supuesto un “giro radical” para el DIPr. comunitario. De hecho, tal como nos ha mostrado la práctica, las bases jurídicas, existentes antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, que facultaban a los Estados miembros para la celebración de Convenios internacionales, aunque continuaron formalmente vigentes tras la entrada en vigor del susodicho Tratado comunitario, perdieron, claramente, el peso que en su momento tuvieron. Por lo tanto, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la diversificación de fuentes del DIPr. comunitario ha sido más aparente que real.

Al margen de lo señalado, la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam ha supuesto, teóricamente en aras de la consecución de los objetivos del proceso de integración europea, una considerable pérdida de libertad de los Estados miembros de la UE a la hora de elaborar su DIPr. de origen, no sólo autónomo, sino también convencional o, mejor dicho, una menor implicación de éstos en el proceso de creación del DIPr.²⁴ Esta circunstancia puede ser particularmente grave si se tiene en cuenta que la calidad técnica de algunos actos normativos adoptados en base a la referida competencia comunitaria, al menos en ciertos aspectos, deja mucho que desear²⁵. En palabras de la profesora A. BORRÁS, no se trata “de rechazar que en una Europa integrada deben existir instrumentos de esta naturaleza que vayan sustituyendo las normas de Derecho internacional privado autónomo, sino de lo que se trata es de que las normas emanadas del Consejo sean técnicamente mejores que las que dicta el legislador interno y este no es el caso hasta este momento”. Según la autora, “no puede actuarse con precipitación por el mero hecho de querer ejercer competencias atribuidas, de forma más o menos clara, sino que lo que debe hacerse es preparar textos técnicamente correctos, para lo cual un excelente ejemplo sigue siendo la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, en sus ya más de cien años de existencia”²⁶.

²² En relación con el concreto alcance de los límites existentes a la susodicha “comunitarización” de la cooperación judicial en materia civil: *vid.*, por ejemplo, A. BORRÁS, “Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam”, *REDI*, 1999, vol. LI, núm. 2, pp. 383-426, pp. 393-405; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado”, *La Ley*, 1998, Tomo 2, D-93, pp. 1907-1909; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *loc. cit.*, 2000, pp. 125-133, núms. 80-87; S. LEIBLE/A. STAUDINGER, “El artículo 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?”, *AEDIPr*, 2001, Tomo I, pp. 89-115, pp. 89-111; así como M. GARDEÑES SANTIAGO, “El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Amsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica”, *RDCE*, 2002, año 6, núm. 11, pp. 231-249, pp. 231-245.

²³ En opinión del profesor J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *loc. cit.*, 2000, p. 128, nota a pié de página núm. 327, detrás de dicha opción subyace el deseo de las instituciones comunitarias de tender, más que hacia la armonización, hacia la unificación. Como es sabido, el Reglamento se caracteriza por tener un alcance general, por ser obligatorio en todos sus elementos y por ser directamente aplicable en cada Estado miembro; mientras que la Directiva obliga a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios a emplear.

²⁴ Es significativo que el art. 71 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo se refiera únicamente a los Convenios relativos a materias particulares de los cuales los Estados contratantes “fueren parte” (en el momento de la entrada en vigor del Reglamento, se entiende), sin mencionar a los Convenios que “llegaren a ser parte” (como sí que hacía el art. 57 del Convenio de Bruselas).

²⁵ Es muy significativo que los profesores S. LEIBLE/A. STAUDINGER, *loc. cit.*, 2001, p. 115, hayan señalado que el “legislador europeo haría bien en instaurar un diálogo con los círculos de expertos de los Estados miembros”.

²⁶ A. BORRÁS, “Hacia la supresión del exequátur en Europa”, *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, bajo la dirección de A. BORRÁS, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 15-51, p. 51.

10. Por su parte, el Tratado de Niza, de 26 febrero 2001, tuvo una trascendencia limitada en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. No obstante, el apartado 4º del art. 2 del Tratado de Niza añadió un apartado 5º al art. 67 del TCE, por virtud del cual, desde el momento de su entrada en vigor, se aplicó a “las medidas previstas en el artículo 65, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia”, el mecanismo de la codecisión del art. 251 del TCE, lo cual implicaba una mayor agilidad en la adopción de actos normativos comunitarios²⁷.

11. Un importante hito, en el proceso de comunitarización al cual nos estamos refiriendo, viene marcado por el controvertido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 octubre 2004 (denominado comúnmente como Proyecto de Constitución Europea)²⁸. Dicho Tratado, pese a que no llegó a entrar en vigor (pese a los esfuerzos que las instituciones comunitarias hicieron para ello), ha servido claramente de inspiración al Tratado de Lisboa. Dentro del Título III (“Políticas y acciones internas”) de su Parte III (“De las políticas y el funcionamiento de la Unión”) incorpora un Capítulo IV (“Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”), el cual consta de cinco Secciones. La regulación contenida en la Sección 3ª, que es la relativa a la cooperación judicial en materia civil (art. III-269), es prácticamente idéntica a la contenida en el Capítulo 3 (art. 65) del Tratado de Lisboa. La Constitución Europea, al igual que el Tratado de Lisboa, también pretendía la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia (dentro del respeto de las tradiciones y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros); lo cual conllevaba el refuerzo y desarrollo de la cooperación judicial en materia civil, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil²⁹.

III. El camino hacia la supresión del exequátur en Europa

1. Contexto normativo: el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como piedra angular de la cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa

12. El apartado 1º del art. 65 del Tratado de Lisboa establece que la “Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” (art. 81.1 de la versión consolidada del TFUE). Por otro lado, el apartado 2 a) del referido precepto del Tratado de Lisboa faculta al Parlamento Europeo y al Consejo para adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, “y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior” (condicionamiento que también existía en el marco del Tratado

²⁷ El apartado 5º del art. 67 del TCE (tras su nueva redacción por el Tratado de Niza) dejaba patente, pues, que las medidas, a las que aludía el art. 65 del TCE (tras su redacción por el Tratado de Ámsterdam), también alcanzaban a los “aspectos relativos al Derecho de familia”. Un estudio de las concretas implicaciones del Tratado de Niza, en lo relativo a la cooperación judicial en materia civil, puede encontrarse en E. PÉREZ VERA, “El Derecho internacional privado y la Unión Europea”, *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2003, pp. 173-188.

²⁸ *DOUE*, de 16 de diciembre de 2004, núm. C 310.

²⁹ El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa integró en su seno la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, lo cual dotaba a la misma de un carácter jurídicamente vinculante. En palabras de J.J. ÁLVAREZ RUBIO, la Constitución Europea “aporta la plena garantía del respeto a determinados valores comunes y de un modelo de sociedad anclado en la salvaguardia de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho, los derechos humanos, y todo ello en el marco de una sociedad caracterizada por el pluralismo, la ausencia de discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres” (J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “La ‘Europa social’ y el espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado Constitucional”, *La Constitución Europea. Una visión desde Euskadi*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2005, pp. 29-34, p. 29). En relación con la Constitución Europea, *vid.*, igualmente, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La Constitución Europea y el Derecho internacional privado comunitario: ¿un espacio europeo de justicia en materia civil complementario del mercado interior?”, *REEI*, 2005, núm. 9.

de Ámsterdam y del Tratado de Niza [no obstante, en estos Tratados no se recogía la expresión “en particular”), medidas para garantizar “el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución” (apartado 2º del art. 81 de la versión consolidada del TFUE).

Dichas disposiciones son novedosas, en el sentido en que las mismas no figuraban en el anteriormente vigente art. 65 del TCE, el cual no hacía referencia expresa al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, limitándose a señalar que las medidas que se adoptasen en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza incluirán “mejorar y simplificar: (...) el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales”. No obstante, no creemos que dichas disposiciones, que también figuraban en el fracasado art. III-269 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, conlleven una modificación sustancial de la situación anteriormente existente, ya que el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el cual se fundamenta en la confianza mutua en los sistemas jurídicos y judiciales de los Estados miembros de la UE, ya constituía, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el núcleo esencial, la base, de la cooperación judicial en materia civil con relevancia transfronteriza. No es novedoso que las instituciones comunitarias consideren que se trata de un principio básico para la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE, de un espacio judicial único en la UE, de un “espacio judicial civil europeo”, en definitiva, de una pieza clave para el fortalecimiento de la cooperación judicial internacional. Por lo tanto, el Tratado de Lisboa sigue una línea continuista, refuerza la idea señalada, pero ésta no es nueva, ya que, desde hace tiempo, asistimos a un irrefrenable proceso que va hacia la supresión generalizada del *exequátur*, en el marco de la UE, para todas las decisiones en materia civil y mercantil, esto es, hacia la plena consecución del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en el ámbito comunitario³⁰. Veamos, aunque sólo sea someramente, el origen y evolución del referido principio.

13. El Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 octubre 1999 (para debatir sobre las pautas a seguir para la creación de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE), supuso un notable avance en el camino hacia la supresión del *exequátur* en Europa. El Consejo Europeo, además de conceder prioridad a la mejora del acceso a la justicia, proclamó al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la UE³¹. En materia civil, el Consejo Europeo solicitó a la Comisión que formulase una propuesta para suprimir o reducir las medidas intermedias que siguen exigiéndose, en el ámbito de la Unión, para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en otros Estados miembros. Según el Consejo Europeo, el primer paso había de consistir en suprimir tales procedimientos intermedios en materia de consumidores, en asuntos mercantiles de escasa cuantía, así como en determinados ámbitos del Derecho de familia (muy especialmente, en el de alimentos y en el de los derechos de visita). En la reunión celebrada en Tampere, el Consejo Europeo pidió al Consejo y a la Comisión que adoptaran, antes de diciembre de 2000, un programa de medidas para llevar a la práctica el principio de reconocimiento mutuo, en el que se abordase lo relativo al título ejecutivo europeo y, en relación con los litigios transfronterizos, aquellos aspectos del Derecho procesal civil cuya reglamentación sea necesaria para facilitar el acceso a la justicia y la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, entre los que se encuentran los requerimientos de pago³².

14. Otro hito, en el proceso hacia la eliminación del *exequátur* en el ámbito comunitario, lo constituye el llamado “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo

³⁰ Por lo que a la proyección del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito procesal se refiere, *vid.* M. GUZMÁN ZAPATER, “Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *RDCE*, 2001, año 5, núm. 10, pp. 405-438.

³¹ Por lo que a la materia penal se refiere, *vid.* la ponencia presentada por J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “La competencia jurisdiccional penal internacional: pasado y presente”, en el XXIV Congreso del IHLADI, celebrado en Granada los días 11-16 septiembre 2006, Secretaría General del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2006.

³² *Vid.*, muy especialmente, los puntos 30, 34, 37 y 38 de las Conclusiones de la Presidencia.

de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, presentado por el Consejo el 30 noviembre 2000³³. Dicho programa de medidas, que finalizará con la supresión generalizada del exequátur (en el sector patrimonial, en el familiar, así como en el de los testamentos y sucesiones), prevé tres etapas para la consecución del referido objetivo en cada uno de los ámbitos materiales abordados. De conformidad con el señalado proyecto de medidas, una de las prioridades de la Comunidad debe ser la supresión del exequátur para los créditos no impugnados, concepto que, al menos provisionalmente, hace referencia a aquellas situaciones en las que un acreedor ha obtenido un título ejecutivo, contra un deudor, tras comprobarse que éste no ha impugnado la naturaleza o el alcance de su deuda. El interés por eliminar el procedimiento de exequátur, en esta materia, obedece a que el “cobro rápido de los impagados es absolutamente necesario para el comercio y constituye una preocupación constante de los círculos económicos interesados en el buen funcionamiento del mercado interior”. El programa al que estamos haciendo referencia abarca medidas muy variadas, cuyo denominador común es contribuir a facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Entre las medidas a adoptar, se encuentran aquellas que tienden a la unificación o armonización del Derecho Procesal, esto es, a la creación de un Derecho procesal europeo (normas mínimas de procedimiento civil y medidas destinadas a facilitar el acceso a la justicia)³⁴. El Consejo ha previsto la incardinación de tales medidas dentro de las denominadas “medidas complementarias del reconocimiento mutuo”³⁵.

15. Por otro lado, el principio de reconocimiento mutuo ha adquirido un especial protagonismo al ser incluido en el art. III-257.4 del frustrado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 octubre 2004, por virtud del cual la UE “facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”.

El Consejo Europeo de Bruselas, celebrado los días 4 y 5 noviembre 2004, adoptó el denominado “Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea”, que era “el reflejo de las ambiciones expresadas en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, y cuya finalidad era contribuir a que la Unión estuviese preparada para su entrada en vigor (lo cual, finalmente, no se llegó a producir) y, en última instancia, impulsar la consolidación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE. En este programa plurianual, que supone una continuación del trabajo en curso iniciado a raíz de la celebración del Consejo Europeo de Tampere, el Consejo Europeo reafirmó “el carácter prioritario que atribuye a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en respuesta a una inquietud fundamental de los pueblos de los Estados que constituyen la Unión”. Las Conclusiones del Consejo Europeo hacían hincapié en la necesidad de “proseguir el esfuerzo por facilitar el acceso a la justicia y la cooperación judicial, así como la plena utilización del reconocimiento mutuo” de resoluciones judiciales, siendo “particularmente importante que las fronteras entre los países de Europa dejen de ser un obstáculo a la resolución de las cuestiones de Derecho civil o a las demandas y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles”. El Programa de La Haya, que establece las líneas generales de la política de justicia e interior de la UE para los próximos cinco años (2005-2009), señalaba que la continuación de la aplicación del anteriormente aludido programa de medidas relativas al reconocimiento mutuo de las resoluciones, en aras de garantizar que quede concluido en el año 2011, debía constituir una prioridad en los años venideros. El Consejo Europeo manifestó, de un modo expre-

³³ *DOCE*, de 15 enero 2001, núm. C 12. *Vid.*, igualmente, el comentario de C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *REDI*, 2000, vol. LII, núm. 2, pp. 662-668.

³⁴ *Vid.* el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía” (*DOUE*, de 11 abril 2006, núm. C 88).

³⁵ Dentro de las propuestas encaminadas a acceder a nuevos grados de reconocimiento mutuo, el Consejo distingue entre las medidas que afectan directamente al reconocimiento mutuo y las medidas complementarias del reconocimiento mutuo. Dentro de estas últimas cabe distinguir tres grupos: las relativas a las normas mínimas aplicables a determinados aspectos del procedimiento civil (cuyo fin es garantizar el respeto de las exigencias de un proceso justo); las que hacen referencia a la eficacia de las medidas que permitan mejorar la ejecución, en la UE, de resoluciones judiciales dictadas en otros Estados miembros; y las tendentes a la mejora de la cooperación judicial civil en su conjunto.

so, que debían proseguirse activamente los trabajos en lo que se refiere a los conflictos relativos a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) y a las obligaciones contractuales (Roma I); el proceso monitorio europeo; y los instrumentos sobre modalidades alternativas de solución de conflictos y sobre aquellos litigios de menor cuantía³⁶.

16. Para concluir con el contexto normativo en el que se incardina el referido proceso hacia la supresión del exequátur en Europa, señalar que el “Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea” de 3 junio 2005 (denominado comúnmente como “Plan de Acción de La Haya”) constituía el marco de referencia, para los trabajos del Consejo y de la Comisión en el ámbito de la justicia e interior, en el transcurso de los próximos cinco años. El referido “Plan de Acción” traducía en acciones concretas las orientaciones formuladas, esto es, los objetivos plasmados, en el “Programa de La Haya”. Una de las medidas previstas en el plano de la cooperación judicial en asuntos civiles, en relación con el apartado relativo al “reconocimiento mutuo de decisiones y eliminación de obstáculos al funcionamiento adecuado de los procedimientos”, era la adopción del Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo³⁷.

17. La Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo titulada “Una agenda de los ciudadanos. Logrando resultados para Europa”, de 10 mayo 2006, cuya finalidad era evaluar la aplicación del “Programa de La Haya”³⁸ y de su “Plan de Acción”, reafirmaba claramente que una de las mayores prioridades de la UE, desde la celebración del Consejo Europeo de Tampere en el año 1999, es la consolidación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia³⁹.

Por su parte, la ya citada Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la “Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir”, presentada en Bruselas el 28 junio 2006, hacía hincapié en que la ansiada consolidación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia presupone facilitar el acceso a la justicia a los ciudadanos. Según la referida Comunicación, con este objetivo, en un primer momento, la Comisión “propondrá modificar la decisión del Consejo relativa a la creación de la red judicial europea en asuntos civiles, para acercarla a los ciudadanos y a los profesionales del Derecho y para mejorar su eficacia”⁴⁰.

³⁶ *DOUE*, de 3 marzo 2005, núm. C 53. *Vid.*, igualmente, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, así como el del Comité de las Regiones, sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años – Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia” (*DOUE*, de 17 marzo 2006, núm. C 65; de 16 agosto 2006, núm. C 192 respectivamente). *Vid.*, asimismo, las Comunicaciones de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, presentadas el 28 junio 2006, sobre la “Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir”, sobre la “Evaluación de las políticas de la UE en materia de libertad, seguridad y justicia” y sobre el “Informe sobre la ejecución del Programa de La Haya en el año 2005”: COM (2006) 331 final, COM (2006) 332 final y COM (2006) 333 final respectivamente.

³⁷ *DOUE*, de 12 agosto 2005, núm. C 198, especialmente p. 20. *Vid.*, igualmente, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años – Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia” (*DOUE*, de 17 marzo 2006, núm. C 65), el cual, además de hacer especial hincapié en la necesidad de conseguir un equilibrio entre las tres dimensiones que configuran el espacio jurídico europeo (libertad, seguridad y justicia), manifestaba un cierto desánimo por no haberse cumplido muchos de los objetivos específicos acordados en Tampere y por la insuficiente calidad de muchas de las políticas adoptadas.

³⁸ Dicho Programa de La Haya (2004-2009), que ahora toca a su fin, va a ser sustituido por el “Programa de Estocolmo”, que será el que marque las prioridades políticas y jurídicas del espacio de libertad, seguridad y justicia en los próximos años (2010-2014).

³⁹ COM (2006) 211 final. Dicha Comunicación considera paradójico que “en un mundo globalizado, nunca ha habido más necesidad de la UE pero pocas veces ha sido más cuestionada”.

⁴⁰ *DOUE*, de 8 agosto 2006, núm. C 184/13, punto 2.5. *Vid.*, asimismo, el Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Decisión del Consejo nº 2001/470/CE por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, presentado el 16 de mayo de 2006, COM (2006) 203 final; así como la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe

En el presente apartado nos hemos centrado en las intenciones, en la voluntad política de las instituciones comunitarias en relación con el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materias tanto patrimoniales como familiares; mientras que en el apartado siguiente nos vamos a referir a la realidad *de facto*, a la realidad legislativa, esto es, al grado de reconocimiento mutuo alcanzado en el espacio judicial europeo.

2. Fases del proceso y metas alcanzadas: desde la exigencia del exequátur a su supresión

18. En palabras del profesor M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, dentro del sector relativo al reconocimiento y exequátur de las decisiones extranjeras cabe distinguir dos fases: la primera, que va desde la exigencia del exequátur a su simplificación y, la segunda, desde la simplificación del exequátur a su supresión⁴¹.

Por lo tanto, la primera fase o etapa supone el tránsito de la exigencia del exequátur a su simplificación. Dicho objetivo ha sido conseguido, muy especialmente, por el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (denominado comúnmente como Reglamento “Bruselas I”)⁴². Y, más en concreto, un primer paso para la consecución del denominado “título ejecutivo europeo” y, en última instancia, para la eliminación total del exequátur en el espacio europeo, lo constituye el art. 41 del referido Reglamento comunitario, el cual suprime, en primera instancia, el control de oficio de las causas de denegación del reconocimiento y del exequátur; lo cual conlleva que se conceda el exequátur de manera casi automática. En esta primera fase del procedimiento de exequátur, como es sabido, el Tribunal del Estado parte requerido se limita, pues, a llevar a cabo un control de la regularidad formal de la documentación aportada, pero no de la resolución extranjera cuyo exequátur se insta. Dicho Reglamento comunitario, además de simplificar y agilizar el procedimiento de exequátur, limita al mínimo necesario las causas de denegación del reconocimiento y del exequátur (como es sabido, dichas causas de denegación, que son tasadas y comunes al mecanismo del reconocimiento y al del exequátur, aparecen contempladas en los arts. 34 y 35 del Reglamento).

En relación con los motivos de denegación del reconocimiento y del exequátur, el Reglamento “Bruselas I” introduce novedades significativas con respecto al Convenio de Bruselas. Por un lado, el Reglamento suprime el control de la ley aplicada como condición del reconocimiento y del exequátur (mientras que el art. 27.4 del Convenio de Bruselas contemplaba como una de las condiciones del reconocimiento, en relación con las materias de estatuto personal que se abordasen como cuestiones incidentales, el control de conformidad de las decisiones judiciales extranjeras con el DIPr. del foro). Por otro lado, el art. 34.1 del Reglamento “Bruselas I” presenta una importante novedad en relación con el art. 27.1 del Convenio de Bruselas, ya que este último apartado, a diferencia de lo que acontece con el

sobre la ejecución del Programa de La Haya en 2007, presentada por la Comisión el 2 julio 2008, COM (2008) 373 final.

⁴¹ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/E. CANO BAZAGA, “Presentación”, *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea, Actas de Seminarios*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Colección “Actas”, Núm. 57, Sevilla, 2005, pp. 11-24, p. 14. Al margen de lo señalado, en opinión del profesor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la evolución hasta la más amplia aplicación del principio de reconocimiento mutuo, en el ámbito de la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales extranjeras en materia civil, se desarrolla en las cuatro fases siguientes: la primera fase consiste en el reconocimiento automático de pleno derecho sin necesidad de un procedimiento especial (salvo en los supuestos de oposición al reconocimiento); la segunda fase se manifiesta en la reducción al mínimo necesario de los motivos de denegación del reconocimiento y del exequátur; la tercera conlleva el establecimiento de un “*exequátur* de plano” de la decisión extranjera, en la que sólo se controla su autenticidad y únicamente se exige la presentación de unos “formularios”, como acontece, en primera instancia, en el marco del Reglamento “Bruselas I”; siendo el “estadio definitivo” la “supresión total del *exequátur*” (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2004, pp. 275-276).

⁴² *DOUE*, de 16 enero 2001, núm. L 12; corrección de errores: *DOUE*, de 24 noviembre 2001, núm. L 307; *DOUE*, de 5 julio 2002, núm. L 176. Dicho Reglamento ha sido objeto de diversas modificaciones. *Id.*, asimismo, la Decisión del Consejo, de 27 abril 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Acuerdo que tiene por objeto extender a Dinamarca las disposiciones del Reglamento núm. 44/2001 (*DOUE*, de 5 mayo 2006, núm. L 120/22).

art. 34.1 del Reglamento, no exigía que la contradicción del reconocimiento de la resolución extranjera, con el orden público internacional del Estado requerido, fuese manifiesta. Dicho cambio se debe a que la presencia de la cláusula de orden público internacional en el Convenio de Bruselas suscitó numerosas críticas entre la doctrina, entre otras razones por no estar la misma en consonancia con el principio de confianza comunitaria. Al margen de lo señalado, el Reglamento “Bruselas I” limita, en gran medida, la operatividad de la causa de denegación del reconocimiento y del exequátur que más controversias ha suscitado y que más se utiliza en la práctica para denegar el reconocimiento o exequátur de una decisión extranjera (art. 34.2): la dictada en rebeldía del demandado cuando la notificación de la demanda al mismo no se haya realizado “de forma tal” (el art. 27.2 del Convenio de Bruselas utilizaba una expresión más restrictiva [“de forma regular”]) “y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse”, ya que, en el marco del Reglamento, a diferencia de lo que acontecía en el ámbito del Convenio de Bruselas, la denegación del reconocimiento o exequátur no va a proceder cuando el demandado en el proceso de origen no hubiese recurrido contra la resolución en cuestión en el Estado de origen habiendo tenido la oportunidad de hacerlo. En cualquier caso, no creemos que la referida limitación menoscabe los derechos de defensa del demandado, cuya protección es la finalidad perseguida por la señalada causa de denegación.

Y la segunda fase implica el tránsito de la simplificación del exequátur a su supresión. Esta segunda meta ha sido alcanzada tan sólo parcialmente, esto es, en relación con determinadas materias⁴³. Al margen de lo señalado, en opinión del profesor M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, la aplicación del principio de reconocimiento mutuo está siendo limitada, ya que “en casi todos los instrumentos comunitarios persiste en mayor o menor medida el control de la resolución extranjera por parte del juez del Estado requerido”⁴⁴. Un importante paso en la consecución del principio de reconocimiento mutuo fue dado por dos pioneros instrumentos comunitarios: uno relativo al sector jurídico de la familia y otro al patrimonial.

En el ámbito del Derecho de familia, por el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000⁴⁵. Uno de los principales logros del susodicho Reglamento comunitario es prever la

⁴³ Por lo que a esta segunda fase se refiere, *vid.*, muy especialmente, AAVV, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie “Derecho”, núm. 110, 2006; F.J. GARCIMARTÍN/M^a.J. PRIETO JIMÉNEZ, “La supresión del exequátur en Europa: el título ejecutivo europeo”, *La Ley*, Año XXV, núm. 6151, de 21 diciembre 2004; F.J. GARCIMARTÍN, *El título ejecutivo europeo*, Civitas, Madrid, 2006; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Aranzadi, Navarra, 2005; F. RAMOS ROMEN, *El título ejecutivo europeo*, Thomson/Civitas, Navarra, 2006; M^a.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, 2005; *id.*, “La supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: estado actual de la cuestión”, *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea. Actas de Seminarios*, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 29-42; así como E. SANJUÁN Y MUÑOZ, “El título ejecutivo europeo”, *La Ley*, Año XXV, núm. 6082, de 9 de septiembre de 2004, núm. 6083, de 10 septiembre 2004.

⁴⁴ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/E. CANO BAZAGA, *loc. cit.*, 2005, p. 12.

⁴⁵ *DOUE*, de 23 diciembre 2003, núm. L 338. *Vid.*, igualmente, el Reglamento (CE) núm. 2116/2004 del Consejo, de 2 diciembre 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, en lo que respecta a los Tratados con la Santa Sede (*DOUE*, de 14 diciembre 2004, L 367/1); así como la Información relativa a los órganos jurisdiccionales y las vías de recurso de conformidad con el artículo 68 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (*DOUE*, de 17 febrero 2005, C 40/2). Las notables carencias de que adolecía el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (Reglamento “Bruselas II”) han motivado la elaboración del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 (Reglamento “Bruselas II bis”). Este último Reglamento comunitario, pese a que entró en vigor el 1 de agosto de 2004, es efectivamente aplicable desde el 1 marzo 2005, fecha esta última en que quedó derogado el anterior. La principal novedad con respecto al anterior Reglamento estriba en la ampliación del ámbito de aplicación material, en cuanto que ahora quedan incluidos todos los hijos, tanto si son comunes como si no lo son y al margen de si han nacido dentro o fuera del matrimonio. Además, en aras de garantizar la igualdad de todos los hijos ante la ley, el actual Reglamento comunitario se aplica

supresión del exequátur en dos ámbitos concretos de la responsabilidad parental: derechos de visita y restitución del menor (arts. 40-45)⁴⁶. En los restantes ámbitos, incluidos dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento “Bruselas II bis” (que, como es sabido, abarca tanto las crisis matrimoniales como la responsabilidad parental), no se lleva a cabo la supresión del exequátur, pero sí que se simplifica y agiliza el procedimiento de exequátur y se limita al mínimo necesario los motivos de denegación del reconocimiento y del exequátur (primera fase del proceso hacia la supresión del exequátur en Europa).

Y, en el sector del Derecho patrimonial, otro importante paso o avance en la consecución de la supresión del exequátur en Europa, esto es, de un espacio judicial europeo, lo constituye, pese a su reducido ámbito de aplicación, el Reglamento (CE) núm. 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, el cual, aunque está en vigor desde el 21 de enero de 2005, es efectivamente aplicable desde el 21 octubre de ese mismo año⁴⁷. Dicho Reglamento comunitario, con el objeto de simplificar y acelerar la ejecución en materia de deudas no impugnadas y en base al principio de confianza mutua entre los Estados miembros, tras pasa la responsabilidad del control del Estado de ejecución al Estado de origen; siendo éste, de hecho, el Estado que, tras comprobar que se cumplen determinados presupuestos y requisitos, expide la certificación de la correspondiente resolución como título ejecutivo europeo⁴⁸. De este modo, en el ámbito de los créditos no impugnados, las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro (así como las transacciones judiciales y los documentos públicos con fuerza ejecutiva), que hayan sido certificadas como título ejecutivo europeo por la correspondiente autoridad competente del Estado de origen (certificado que se expedirá, a petición de parte, conforme al formulario normalizado que figura en el Anexo I del Reglamento), gozarán de fuerza ejecutiva directa en todos los Estados miembros de la UE, sin necesidad de recurrir a ningún procedimiento intermedio de exequátur; lo cual redundará, en última

a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de su vinculación o no a un proceso matrimonial. En relación con el alcance de este Reglamento comunitario en la consecución del principio de reconocimiento mutuo, *vid.*, por ejemplo, AAVV, *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Estudios de Derecho Judicial, núm. 74, Madrid, 2005; E. CANO BAZAGA, “El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) nº 2201/2003, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000”, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie “Derecho”, núm. 110, 2006, pp. 17-45, pp. 30-43; así como E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003”, *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo (Jornadas de cooperación judicial europea celebradas en Madrid los días 25, 26 y 27 de octubre de 2004)*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 137-156.

⁴⁶ De este modo, en ambas materias, las resoluciones judiciales, dictadas en un Estado miembro, serán reconocidas y gozarán de fuerza ejecutiva directa (“de plano”) en los restantes Estados miembros, lo cual implica que no se pueda oponer ningún motivo de rechazo al reconocimiento y que no exista exequátur. No obstante, para que dicho reconocimiento y fuerza ejecutiva se produzca es preciso, por un lado, que el Tribunal del Estado de origen expida un “certificado”, conforme al correspondiente modelo de formulario que figura en los anexos del Reglamento (para lo cual es preciso que compruebe que se cumplen determinados requisitos [como el respeto de los derechos de defensa, dar a las partes la posibilidad de audiencia, etc.]); y, por otro lado, en el caso en que se inste su fuerza ejecutiva, que la resolución sea ejecutiva en el Estado de origen (aspecto éste que determinará la *lex fori*). Al margen de lo señalado, para poder hacer valer, en otros Estados miembros, la fuerza ejecutiva de una resolución judicial, relativa a un derecho de visita o a la restitución de un menor, es preciso que la parte que insta la ejecución presente los documentos contemplados en el art. 45 del Reglamento. La resolución que haya sido “certificada” conforme al Reglamento, será ejecutada, en el Estado miembro de ejecución, en las mismas condiciones que si se hubiese dictado por un órgano jurisdiccional de dicho Estado miembro. En cualquier caso, es preciso tener en cuenta que la solución prevista por los arts. 40-45 del Reglamento es potestativa, lo cual implica que el titular de la responsabilidad parental pueda acudir, si así lo desea, al régimen tradicional de reconocimiento y exequátur previsto en el Reglamento.

⁴⁷ DOUE, de 30 de abril de 2004, núm. L 143.

⁴⁸ En cualquier caso, para que se expida dicha certificación, deben concurrir unas condiciones muy estrictas, relativas a la protección del demandado, que aparecen recogidas en el Capítulo III del Reglamento. Dichas condiciones se refieren, muy especialmente, a las garantías relativas a la notificación del deudor y a la información acerca del crédito que debe acompañar a dicha notificación.

instancia, en el buen funcionamiento del mercado interior⁴⁹.

19. En materia de créditos no impugnados, la Comisión Europea ha optado por una “estrategia a dos niveles”. Por medio de dicha estrategia se pretende, en última instancia, luchar contra la morosidad en las operaciones comerciales.

En un primer escalón o etapa, que ha culminado con el Reglamento (CE) núm. 805/2004, se ha tendido a la supresión del exequátur para todos los títulos ejecutivos sobre deudas no impugnadas (ya se trate de resoluciones judiciales, de transacciones judiciales o de documentos públicos con fuerza ejecutiva), que se hayan obtenido tras un procedimiento (con independencia de la naturaleza de éste), siempre y cuando en el mismo se hayan respetado ciertas normas procesales mínimas (relativas, una buena parte de las mismas, a la notificación al demandado).

La segunda etapa de la “estrategia a dos niveles” de la Comisión Europea, en materia de créditos no impugnados, tiende a la creación de un procedimiento específico, uniforme o armonizado, para el cobro de deudas que presumiblemente seguirán sin impugnarse, es decir, de un proceso monitorio europeo⁵⁰. Con este objetivo, la Comisión presentó, el 20 diciembre 2002, el Libro Verde “sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía”⁵¹, el cual dio lugar a una amplia consulta, tanto a los Estados miembros como a todas las partes interesadas de la sociedad civil, sobre los eventuales objetivos y características de un procedimiento europeo, uniforme o armonizado⁵², para el cobro de deudas no impugnadas. El proceso de elaboración del procedimiento monitorio europeo pone de manifiesto que el mismo es fruto de un exhaustivo análisis comparativo de la regulación de los aspectos principales del proceso monitorio, en los Estados miembros de la UE, y de una posterior reflexión de las instituciones comunitarias sobre las deficiencias y ventajas de dichas regulaciones nacionales para la consecución de determinados objetivos. En concreto, el proceso moni-

⁴⁹ En relación con el Reglamento (CE) núm. 805/2004, *vid.*, por ejemplo, P. BLANCO-MORALES LIMONES/A. DURÁN AYAGO, “Luces y sombras del título ejecutivo europeo sobre créditos no impugnados”, *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, bajo la dirección de A.L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDENA, Colex, Madrid, 2005, pp. 41-69; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009, pp. 438-445; R. GIL NIEVAS/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Consideraciones sobre el Reglamento 805/2004, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”, *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, bajo la dirección de A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ, Colex, Madrid, 2008, pp. 371-400; C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Cooperación judicial civil en la Unión Europea. El cobro de las deudas*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 110-111 y 124-155; Mª.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El encaje del título ejecutivo europeo en el Derecho procesal español”, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie “Derecho”, núm. 110, 2006, pp. 193-217; así como J.F. COBO SÁENZ, “El encaje del título ejecutivo europeo en el Derecho procesal de los Estados miembros: ¿necesidad de ajustes?”, *ibid.*, pp. 245-263.

⁵⁰ Pese a que la idea de la conveniencia de regular el legislador comunitario el proceso monitorio es anterior a la comunitarización de los aspectos de justicia y asuntos de interior que ha tenido lugar tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (*vid.* la fallida propuesta de Directiva, presentada a la Comisión Europea en el año 1993 por un grupo de trabajo formado por expertos en Derecho Procesal, presidido por el profesor MARCEL STORME, sobre la aproximación de leyes y normas de los Estados miembros relativas a ciertos aspectos del procedimiento civil, denominada “Propuesta Storme”; así como la Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales, presentada por la Comisión el 23 abril 1998, cuyo art. 5, que no llegó finalmente a ver la luz, obligaba a los Estados miembros a prever, en sus respectivas legislaciones procesales, un procedimiento acelerado para el cobro de deudas no impugnadas, en suma, un proceso monitorio [DOCE, de 3 junio 1998, núm. C 168; COM (1998) 126 final]); hay que reconocer que el establecimiento de un proceso monitorio europeo se ha gestado en el marco de la creación de un espacio común de libertad, de seguridad y de justicia en la UE, esto es, de la consecución de un espacio jurídico europeo, de un espacio europeo de justicia.

⁵¹ COM (2002) 746 final.

⁵² Una de las cuestiones planteadas por el citado Libro Verde era si había de establecerse para la Comunidad un procedimiento monitorio uniforme o armonizado, decantándose finalmente las instituciones comunitarias por la primera opción. De este modo, el cauce de positivación empleado, para la elaboración de un proceso monitorio europeo, ha sido el Reglamento comunitario, sin perjuicio de prever el mismo la remisión, al Derecho procesal interno de los Estados miembros, para todas las cuestiones procesales que no se hallen expresamente contempladas.

torio europeo ha sido objeto de dos Propuestas de Reglamento: una original y otra modificada. El 19 marzo 2004, la Comisión adoptó una Propuesta de Reglamento, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un proceso monitorio europeo⁵³. Y, el 7 febrero 2006, la Comisión presentó una Propuesta modificada de Reglamento, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un proceso monitorio europeo, la cual adapta la Propuesta original en respuesta a las enmiendas votadas por el Parlamento Europeo⁵⁴. Entre ambas Propuestas de Reglamento existen amplias divergencias en torno a cuestiones cruciales: su eventual aplicación a los litigios internos, la elección de un procedimiento de una o de dos fases, y la posibilidad o no de supresión del exequátur para los requerimientos europeos de pago. En cualquier caso, ambas Propuestas de Reglamento coinciden en establecer una solución postestativa, esto es, en que el proceso monitorio europeo actúe como alternativa a los procesos monitorios nacionales.

El texto definitivo, esto es, el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo⁵⁵, constituye la primera manifestación de un Derecho procesal europeo. Dicho Reglamento, que ha entrado en vigor el 31 diciembre 2006 (art. 33) y que con carácter general es aplicable desde el 12 diciembre 2008, ha optado por limitar su alcance a los litigios transfronterizos (esta actitud cautelosa, adoptada finalmente por las instituciones comunitarias, responde al deseo de evitar críticas motivadas por la controvertida conformidad de un proceso monitorio europeo aplicable a los litigios internos con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad); por establecer un procedimiento de una sola fase (lo cual redundando tanto en su simplicidad como en su agilidad, en la medida en que implica que el deudor tenga una única oportunidad de oponerse a la demanda); y por posibilitar la supresión del exequátur de la resolución que finalmente se dicte⁵⁶.

La decisión de la Comisión Europea de abordar en dos fases la materia relativa a los créditos no impugnados, por medio de distintos instrumentos legislativos, obedece a la independencia existente entre ambos sectores de problemas: el de la supresión del exequátur y el de la armonización (o unificación) del Derecho procesal. La primera problemática presupone el pronunciamiento de una resolución, y se refiere a la ejecución de la misma en un Estado miembro distinto a aquel del cual emana. Sin embargo, el segundo problema tiene como finalidad, precisamente, la obtención de una resolución ejecutiva, con independencia de que la misma haya de ejecutarse o no en otro Estado miembro⁵⁷. En cualquier caso, es innegable la interrelación existente entre ambos campos, ya que permitiendo un acceso eficaz a la justicia se facilita, en gran medida, la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales.

20. Otro paso en la consecución de la supresión del exequátur en el espacio europeo, en el ámbito patrimonial, aparece representado por el Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y

⁵³ COM (2004) 173 final (de 19 de marzo de 2004) y COM (2004) 173 final/3 (de 25 mayo 2004). *Vid.*, igualmente, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta original: *DOUE*, de 8 de septiembre de 2005, C 221. En la Propuesta original de Reglamento se preveía que el mismo entrase en vigor el 1 de enero de 2006 (art. 19). Por lo que a las deficiencias de esta primera Propuesta de Reglamento se refiere, *vid.* J.P. CORREA DELCASSO, "Comentarios a la Propuesta de Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo", *La Ley*, Año XXV, núm. 6133, de 23 noviembre 2004, el cual puso de manifiesto, en aras de poder alcanzar los objetivos propuestos, la necesidad de una profunda revisión de la señalada Propuesta de Reglamento.

⁵⁴ COM (2006) 57 final.

⁵⁵ *DOUE*, de 30 diciembre 2006, núm. L 399.

⁵⁶ En relación con el proceso monitorio europeo, *vid.*, entre otros, H. AGUILAR GRIEDER, "El proceso monitorio europeo en un contexto de creciente comunitarización", *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie "Derecho", núm. 110, 2006, pp. 219-236; J.P. CORREA DELCASSO, *El proceso monitorio europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2008; S. GARCÍA CANO, *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Thomson, Aranzadi, The Global Law Collection, Navarra, 2008; L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso monitorio europeo*, Aranzadi, Navarra, 2008; M^a.I. GONZÁLEZ CANO, *Proceso Monitorio Europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008; así como M. LÓPEZ TEJADA RUIZ, "El proceso monitorio europeo", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2006, Tomo VI, pp. 633-691.

⁵⁷ *Vid.* el ya citado Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo, pp. 15-16.

del Consejo, de 11 julio 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía⁵⁸, el cual, pese a haber entrado en vigor el 1 agosto 2007, es efectivamente aplicable, con carácter general, desde el 1 enero 2009. El objetivo del proceso europeo de escasa cuantía, que con carácter general es un procedimiento escrito, es facilitar el acceso a la justicia y, en última instancia, coadyuvar al buen funcionamiento del mercado interior, ya que, tal como pone de manifiesto el Considerando 7º del Reglamento, la “distorsión de la competencia en el mercado interior que generan los desequilibrios de los medios procesales de que disponen los acreedores de los distintos Estados miembros hace necesario adoptar una legislación comunitaria que establezca normas uniformes en toda la Unión Europea para acreedores y deudores”. Y, más en concreto, tal como se desprende del art. 1 del Reglamento, la finalidad del susodicho procedimiento es “simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos” y “reducir los costes”. Por lo tanto, detrás del proceso europeo de escasa cuantía subyacen, básicamente, dos objetivos: el de simplicidad y el de rentabilidad⁵⁹.

Dicho Reglamento comunitario, al igual que ocurre con el Reglamento (CE) núm. 1896/2006, limita su alcance a los litigios transfronterizos, pero a diferencia de lo que acontece con este último instrumento comunitario, se refiere a créditos litigiosos. En cualquier caso, no todos los créditos litigiosos quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación del presente Reglamento, ya que el mismo limita considerablemente el valor de la demanda. De hecho, la aplicación del Reglamento (CE) núm. 861/2007 está condicionada a que la deuda litigiosa en cuestión sea de escasa cuantía, en concreto, que no supere los 2000 euros. Por otro lado, en este Reglamento comunitario también se vislumbra la voluntad de las instituciones comunitarias de respetar, en la medida de lo posible, los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE, ya que, al igual que ocurre con el Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo, el Reglamento núm. 861/2007 no abarca los litigios internos sino únicamente los transfronterizos y, además, establece una solución meramente potestativa o alternativa, ya que el proceso europeo de escasa cuantía tiene carácter opcional para las partes, esto es, coexiste con los procedimientos nacionales existentes en los Estados miembros para los créditos litigiosos de escasa cuantía. Por otro lado, al igual que sus antecesores, el referido instrumento comunitario también posibilita la supresión del exequátur de la sentencia que finalmente se dicte; de tal modo que la resolución obtenida en un Estado miembro de la UE, tras la conclusión del referido procedimiento, será directamente ejecutiva en todo el área comunitaria, sin necesidad de recurrir para ello a ningún procedimiento intermedio de exequátur⁶⁰.

21. En suma, de lo señalado se desprende que, dentro del proceso que va hacia la supresión del exequátur en Europa en materia civil y mercantil, cabe distinguir tres etapas. En una primera etapa, se ha pretendido agilizar y simplificar, en gran medida, el procedimiento de exequátur, aunque no proceder a su eliminación.

En estos momentos nos encontramos en una segunda etapa, en la cual se ha procedido a una supresión del exequátur, pero no generalizada, sino parcial, esto es, en determinadas materias del Derecho de familia y del patrimonial. Por lo tanto, en la actualidad existe una doble vía en función de la materia jurídica de que se trate: para las materias incluidas dentro del ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios anteriormente mencionados, los cuales han contribuido decisivamente a consolidar un espacio judicial europeo, se ha eliminado el exequátur; mientras que para otras materias civiles y mercantiles se ha simplificado y agilizado, notablemente, el procedimiento de exequátur.

En cualquier caso, queda por alcanzar una última etapa, que constituye uno de los principales objetivos de las instituciones comunitarias, que consiste en conseguir la supresión generalizada del exequátur en materia tanto civil como mercantil; lo cual es imprescindible para la plena consecución del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, en materia civil y mercantil, en el conjunto del territorio comunitario. Es en esta última fase o etapa en la cual habremos

⁵⁸ *DOUE*, de 31 julio 2007, núm. L 199/1.

⁵⁹ *Vid.* el Considerando 32 del señalado Reglamento comunitario.

⁶⁰ *Vid.* los arts. 1 y 20 del Reglamento núm. 861/2007. En relación con este Reglamento comunitario, *vid.*, muy especialmente, M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, *Proceso europeo de escasa cuantía*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

logrado alcanzar plenamente la denominada quinta libertad comunitaria, esto es, la libre circulación de resoluciones judiciales en el seno de la UE⁶¹.

Así, por ejemplo, en un futuro próximo, la supresión del exequátur alcanzará a la materia relativa a las obligaciones alimenticias, ya que el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos⁶², el cual, tal como pone de manifiesto su art. 76, será efectivamente aplicable, con carácter general, a partir del 18 junio 2011 siempre y cuando el Protocolo de La Haya de 2007 sea aplicable en la Unión en la susodicha fecha y, en caso contrario, a partir de la fecha de aplicación del señalado Protocolo en la Comunidad. El art. 17 de dicho Reglamento comunitario prevé la supresión del exequátur, en el ámbito comunitario, para las resoluciones que hayan sido dictadas en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007, ya que, tal como señala el Considerando 9 del Reglamento, el “acreedor de alimentos debe contar con medios que le permitan obtener fácilmente en un Estado miembro una resolución que tenga automáticamente fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin ninguna otra formalidad”. Y, tal como establece el Considerando 26 del Reglamento, el mismo debe prever un procedimiento de exequátur simple y ágil, inspirado en el contemplado en el Reglamento “Bruselas I”, para las resoluciones dictadas en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007⁶³.

IV. Objetivos de la cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa

1. Garantizar una tutela judicial efectiva y el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios

22. El art. 65 del Tratado de Lisboa manifiesta, de un modo expreso, cuáles son los objetivos de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza. De este modo, el mismo define las áreas de actuación en el ámbito de la cooperación judicial internacional en materia civil, es decir, detalla cuáles son las materias que quedan comprendidas en la referida noción. Entre dichas medidas figura la de garantizar una tutela judicial efectiva.

En efecto, tal como señala el apartado 2 e) del art. 65 del Tratado de Lisboa, a “los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: (...) una tutela judicial efectiva” (apartado 2 e) del art. 81 de la versión consolidada del TFUE)⁶⁴. Dicha disposición es novedosa, en el sentido en que la misma no figuraban en el anteriormente vigente art. 65 del TCE, el cual no hacía referencia expresa a la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva. No obstante, los Reglamentos comunitarios mencionados en el apartado anterior, que se han adoptado en base al anteriormente vigente art. 65 del TCE, y que prevén la supresión del exequátur en determinados ámbitos concretos, persiguen el objetivo de mejorar el acceso a la justicia y, en última instancia, de garantizar un elevado nivel de tutela judicial efectiva. De este modo, no creemos que fuese necesario que el Tratado de Lisboa incluyese a la tutela judicial efectiva como un objetivo autónomo, independiente, de la cooperación judicial en materia civil, ya que el mismo está implícito en los restantes objetivos que aparecen incluidos en el art. 65 del Tratado de Lisboa. En cualquier caso, no

⁶¹ Se ha dicho que la “libertad de circulación de decisiones judiciales, tiene ahora su prolongación en la libertad de circulación de los títulos ejecutivos” (M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/E. CANO BAZAGA, *loc. cit.*, 2005, p. 14).

⁶² DOUE, de 10 de enero de 2009, núm. L 7.

⁶³ Un análisis del proceso que va hacia la eliminación del exequátur, en materia de alimentos, puede encontrarse en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los alimentos y el título ejecutivo europeo”, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie “Derecho”, núm. 110, 2006, pp. 79-92, el cual analiza el proceso que va desde la simplificación del exequátur a su supresión en materia de obligaciones alimentarias; así como en F.J. FORCADA MIRANDA, “Obligaciones alimentarias: hacia la supresión del exequátur”, *ibid.*, pp. 265-278.

⁶⁴ Un análisis de la evolución del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el ámbito comunitario, puede encontrarse en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *op. cit.*, 2007, pp. 57-78.

consideramos que dicho reconocimiento expreso del derecho a la tutela judicial efectiva vaya a implicar una modificación sustancial de la línea de actuación seguida por las instituciones comunitarias en el ámbito de la cooperación judicial internacional en materia civil⁶⁵. Sin embargo, sí que atribuimos más relevancia, en el reconocimiento y toma en consideración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al hecho de que el mismo aparezca consagrado en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, la cual, como es sabido, ha adquirido carácter vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁶⁶.

23. La susodicha medida, que ya figuraba en el apartado 2 e) del art. III-269 del Proyecto de Constitución Europea, presenta una estrecha interrelación con el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, que es la piedra angular de la cooperación judicial internacional en materia civil. La señalada interdependencia se desprende del apartado 4 del art. 61 del Tratado de Lisboa, por virtud del cual “la Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”⁶⁷. Por lo tanto, el Tratado de Lisboa considera a la tutela judicial efectiva como una medida complementaria al reconocimiento mutuo. La complementariedad e interrelación existente entre la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de reconocimiento mutuo se deriva, fundamentalmente, de dos datos. Por un lado, como anteriormente hemos puesto de manifiesto, el principio de reconocimiento mutuo garantiza y agiliza el goce efectivo de los derechos a escala europea y, por consiguiente, potencia el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (el cual aparece recogido en el art. 24 de nuestra Carta Magna, en las restantes Constituciones estatales de los Estados miembros, así como en la normativa internacional sobre derechos humanos). Y, por otro lado, el derecho a la tutela judicial efectiva, que se caracteriza por la amplitud de su contenido, incluye la mejora del acceso a la justicia así como el derecho a la ejecución o cumplimiento de la sentencia judicial firme (salvo concurrencia de una causa legal que justifique la inejecución), lo cual facilita, en gran medida, la consecución del principio de reconocimiento mutuo.

En suma, como nos muestra la práctica, en última instancia, la garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva constituye un presupuesto indispensable para la consecución de un objetivo comunitario básico: garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Por ello, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha de estar presente en todos los Reglamentos e instrumentos comunitarios que se adopten en el ámbito de la cooperación judicial internacional en materia civil, ya que su objetivo es contribuir a consolidar un espacio judicial europeo.

24. En íntima relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (consagrados, como sabemos, por el art. 24 de nuestra Carta Magna, así como por las restantes Constituciones estatales de los Estados comunitarios), se encuentra la medida encaminada a fomentar los métodos alternativos de solución de conflictos (como son la mediación y el arbitraje). Ello es debido a que propiciando la mediación y el arbitraje se consigue una justicia más ágil y eficaz, ya que los métodos alternativos de solución de conflictos conllevan rebajar la carga de trabajo de los tribunales. A dicha idea responde la medida contemplada en el apartado 2 g) del art. 65 del Tratado de Lisboa, por virtud del cual “a los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: (...) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios” (apartado 2 g) del art. 81 de la versión consolidada del TFUE).

⁶⁵ Más críticas con dicha disposición, que aparecía incluida en el Proyecto de Constitución Europea, se han mostrado P. BLANCO-MORALES LIMONES/A. DURÁN AYAGO, *loc. cit.*, 2005, pp. 42-43, núm. 3. Según dichas autoras, “se trata de una equívocación en los postulados, pues la tutela judicial es un derecho fundamental que debe presidir e inspirar todas las medidas orientadas a la cooperación judicial en materia civil. No se trata, por tanto, de una medida más, sino de un derecho en el que deben basarse todas las medidas enumeradas”.

⁶⁶ *Vid.*, sin embargo, el Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido (*DOUE*, de 17 diciembre 2007, núm. C 306/156).

⁶⁷ Dicha regulación es idéntica a la contenida en el apartado 4º del art. III-257 del Proyecto de Constitución Europea.

Dicha medida, que figuraba igualmente en el apartado 2 g) del art. III-269 del frustrado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, puede considerarse como novedosa, en el sentido en que la misma no aparecía expresamente contemplada en el anteriormente vigente art. 65 del TCE. No obstante, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las instituciones comunitarias tenían muy presente la necesidad de desarrollar métodos alternativos de resolución de litigios distintos al proceso judicial y al arbitraje. De hecho, el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de octubre 1999, en aras de garantizar un mejor acceso a la justicia, instó a los Estados comunitarios a que instauraran procedimientos alternativos de solución de conflictos, tanto para asuntos civiles como mercantiles, de carácter extrajudicial. En concreto, las instituciones comunitarias han tratado de fomentar el recurso a la institución de la mediación, que es un procedimiento voluntario en el marco del cual las partes de la relación jurídica están asistidas por un tercero (mediador) para alcanzar un acuerdo sobre la solución de un litigio, ya que se trata de una modalidad extrajudicial de solución de litigios muy económica, rápida y sencilla, que ofrece el nivel de seguridad requerido en la administración de la justicia. Además, la mediación es susceptible de utilizarse para resolver tanto conflictos familiares como de otro tipo. Dicha figura jurídica contribuye, en gran medida, a disminuir la sobrecarga de trabajo que, en la actualidad, aqueja a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE, la cual acarrea un notable perjuicio en el ejercicio, por los ciudadanos, del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas.

A este contexto responde la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁶⁸, cuyas disposiciones habrán de ser transpuestas, a los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, antes del 21 mayo 2011 (art. 12)⁶⁹. El objetivo de dicha Directiva comunitaria, que únicamente se refiere a los procedimientos de mediación en los litigios transfronterizos⁷⁰ y que establece normas referentes a las interacciones entre la mediación y los procedimientos judiciales civiles, es fomentar el recurso a la mediación para resolver litigios civiles y mercantiles con el fin de garantizar un mejor acceso a la justicia, que es uno de los objetivos clave de la política para crear un espacio judicial europeo⁷¹.

2. Unificar las normas de DIPr. de los Estados miembros

25. Tal como pone de manifiesto el apartado 2º del art. 65 del Tratado de Lisboa, “cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: (...) b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; d) la cooperación en la obtención de pruebas” (apartado 2 b), c) y d) del art. 81 de la versión consolidada

⁶⁸ *DOUE*, de 24 mayo 2008, núm. L 136/3. *Vid.*, igualmente, el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, COM (2002) 196 final; la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 octubre 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, COM (2004) 718 final; el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles” (*DOUE*, de 17 noviembre 2005, núm. C 286/1); así como la Posición Común (CE) nº 11/2008 aprobada por el Consejo el 28 de febrero de 2008 con vistas a la adopción de la Directiva 2008/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (*DOUE*, de 20 mayo 2008, núm. C 122E/1).

⁶⁹ En nuestro país se quiere aprovechar la transposición de la señalada Directiva comunitaria para elaborar una nueva Ley de Mediación y Arbitraje y, en última instancia, para fomentar la búsqueda de soluciones alternativas a los tribunales y, de este modo, poder aligerar el trabajo a los juzgados, esto es, evitar o aminorar la sobrecarga de trabajo de los mismos en materia civil y mercantil (*vid. La Ley*, de 21 enero 2010, núm. 7325, “Hoy es noticia”).

⁷⁰ *Vid.* los Considerando 8 y 15, así como el art. 2, de la referida Directiva.

⁷¹ Un exhaustivo estudio de la figura de la mediación familiar, desde las perspectiva internacinal privatista, puede encontrarse en M^a PILAR DIAGO DIAGO, “Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacinal Privado”, *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, bajo la dirección de A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ, Colex, Madrid, 2008, pp. 265-298.

del TFUE). La regulación de los referidos epígrafes, que es idéntica a la contenida en el art. III-269 del Proyecto de Constitución Europea, no difiere en gran medida de la contenida en el anteriormente vigente art. 65 del TCE, el cual señalaba que una de las medidas de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza consistía en “mejorar y simplificar” el sistema de asistencia judicial internacional, así como el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en asuntos civiles y mercantiles. A esto último no se hace referencia en el Tratado de Lisboa, ya que el mismo, siguiendo la tendencia iniciada por el Consejo Europeo de Tampere y materializada a través de diversos Reglamentos comunitarios, aspira al reconocimiento mutuo de las resoluciones en el seno de la UE, esto es, a la supresión generalizada del exequátur en materia civil y mercantil⁷². Al margen de lo señalado, el epígrafe b) del anteriormente vigente art. 65 del TCE también incluye, entre las medidas a adoptar, la de “fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción”. No obstante, el art. 65 del Tratado de Lisboa utiliza la expresión “garantizar la compatibilidad”, que es una expresión más contundente que la de “fomentar la compatibilidad”. En cualquier caso, no creemos que ello conlleve una modificación sustancial del *modus operandi* seguido hasta el momento por las instituciones comunitarias, ya que el término utilizado por el Tratado de Ámsterdam de “fomentar la compatibilidad”, pese a su carácter impreciso, se ha interpretado, en la práctica, como una unificación de las normas de conflicto y de competencia judicial internacional de los Estados miembros de la Unión.

De lo señalado se desprende que uno de los objetivos fundamentales de la cooperación judicial internacional en materia civil consiste en la unificación de las normas de DIPr. de los Estados miembros de la UE y, más en concreto, de las normas de competencia judicial internacional, de las normas de Derecho aplicable y de las normas sobre asistencia judicial internacional (esto es, de las normas sobre notificaciones intracomunitarias y de las normas sobre obtención de pruebas en otros Estados comunitarios). La ansiada unificación de los sistemas de DIPr. de los Estados comunitarios constituye una medida complementaria al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones, ya que indudablemente va a resultar más sencillo prescindir del procedimiento intermedio del exequátur y de las causas de denegación del reconocimiento y del exequátur, en el ámbito de la Unión, si los Estados miembros gozan de un sistema unificado de DIPr. En suma, la referida medida está en sintonía con la idea de que la armonización de las normas de DIPr. de los Estados comunitarios, tanto en el sector del Derecho aplicable como en el del Derecho procesal civil internacional, es esencial para la creación de un espacio judicial europeo.

26. Dicha medida, que como anteriormente hemos señalado fue instaurada por el Tratado de Ámsterdam, se ha materializado, en la práctica, por medio de la adopción de una multitud de instrumentos comunitarios. Pese a que los Tratados comunitarios no han impuesto la técnica normativa a utilizar para llevar a cabo la armonización o unificación del DIPr. de los Estados miembros (de hecho, el Tratado de Lisboa tampoco lo hace), las instituciones comunitarias se han decantado por la técnica del Reglamento⁷³. Ello es debido a que, por medio de la utilización de este cauce normativo, del Reglamento, se consigue la unificación de las normas de DIPr., en lugar de una mera armonización de las mismas, a la par que un mayor grado de seguridad jurídica; lo cual facilita, en mayor medida, la plena consecución del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito comunitario.

No obstante, es preciso poner de relieve que los Reglamentos comunitarios que han sido adoptados hasta el momento, en base a la referida base jurídica competencial (consagrada por el Tratado de Ámsterdam y mantenida, con alguna modificación poco relevante en cuanto a su contenido, por el Tratado de Lisboa), vinculan, por lo general, al Reino Unido y a Irlanda, aunque no a Dinamarca. De este modo, la unificación pretendida por los actos normativos adoptados, con arreglo a la referida competencia comunitaria, no es total, con la merma de seguridad jurídica que ello lleva consigo. Indudablemente, ello repercute negativamente en

⁷² *Id.* el anteriormente mentado apartado 2 a) del art. 65 del Tratado de Lisboa.

⁷³ Pese a que las instituciones comunitarias han preferido recurrir al cauce normativo del Reglamento a la hora de regular problemas planteados por los litigios transfronterizos, en alguna ocasión aislada se ha utilizado la técnica de la Directiva comunitaria. Tal es el caso de la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 enero 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios (*DOCE*, de 31 enero 2003, núm. L 26).

la ansiada consecución del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en el ámbito de la UE.

27. Pese a que, como anteriormente hemos mencionado, la aludida medida de cooperación judicial internacional en materia civil no es novedosa, es preciso reconocer que, tal como se aventuró en el Consejo Europeo de Tampere de 1999, asistimos a una progresiva comunitarización del DIPr. Durante mucho tiempo, las instituciones comunitarias se mostraron reacias a reglamentar en materias del Derecho de familia con repercusión transfronteriza. Sin embargo, desde el referido Consejo Europeo de Tampere, se vislumbra un notable incremento de los sectores jurídicos materiales afectados por la comunitarización del DIPr. De este modo, en aras de alcanzar la supresión generalizada del exequátur en materia tanto civil como mercantil y, consiguientemente, la plena consecución del principio de reconocimiento mutuo, las instituciones comunitarias tienden a unificar las normas de DIPr. de los Estados comunitarios no sólo en el ámbito del Derecho patrimonial, sino también en sectores del Derecho no patrimonial.

En efecto, en base al anteriormente vigente art. 65 del TCE, que abrió la puerta a la comunitarización del DIPr., se han elaborado en un período muy corto de tiempo una multitud de Reglamentos comunitarios encaminados a unificar las normas de DIPr., de los Estados miembros de la UE, en sectores jurídicos materiales muy diversos⁷⁴: el ya mentado Reglamento “Bruselas I”, el cual goza de un ámbito de aplicación material más extenso que los restantes y se aplica por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros desde el 1 marzo 2002; el Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁷⁵, el cual es efectivamente aplicable, con carácter general, desde el 17 diciembre 2009 (al igual que ocurría con el Convenio que deroga, el Convenio de Roma, el Reglamento “Roma I” evita las consecuencias negativas que la posibilidad de *forum shopping* en materia contractual lleva aparejadas); el Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)⁷⁶, el cual se aplica, con carácter general, desde el 11 enero 2009; el anteriormente citado Reglamento “Bruselas II bis”, el cual es efectivamente aplicable desde el 1 marzo 2005⁷⁷; el ya aludido

⁷⁴ AAVV, *La cooperación en materia civil en la Unión Europea: textos y comentarios*, bajo la coordinación de A. BORRÁS, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2009.

⁷⁵ *DOUE*, de 4 de julio de 2008, núm. L 177. Corrección de errores: *DOUE*, de 24 de noviembre de 2009, núm. L 309/87. En relación con dicho Reglamento, *vid.*, por ejemplo, H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *CDT*, 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 19-35; T. BALLARINO, “Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto”, *CDT*, 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 5-18; A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *CDT*, vol. 1, núm. 2, pp. 52-133; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009; así como A. RODRÍGUEZ BENOT, “La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y de sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I”, *CDT*, 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 112-130.

⁷⁶ *DOUE*, de 31 julio 2007, núm. L 199. *Vid.* el Reglamento (CE) núm. 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 julio 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales (*DOUE*, de 31 de julio de 2009, núm. L 200/25). En relación con el Reglamento “Roma II”, *vid.*, por ejemplo, F.J. GARCIMARTÍN, “Obligaciones extracontractuales”, *La cooperación en materia civil en la Unión Europea: textos y comentarios*, bajo la coordinación de A. BORRÁS, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 671-698; así como G. PALAO MORENO, “Las reglas generales relativas a la determinación de la ley aplicable a los hechos dañosos, a la vista de los objetivos del Reglamento (CE) nº 864/2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)”, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie “Derecho”, núm. 114, 2008, pp. 65-80.

⁷⁷ *Vid.* el Reglamento (CE) núm. 664/2009 del Consejo, de 7 julio 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos (*DOUE*, de 31 julio 2009, núm. L 200/46).

Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, el cual será efectivamente aplicable por los órganos jurisdiccionales de los Estados comunitarios, en materia de obligaciones alimenticias, a partir del 18 junio 2011 siempre y cuando el Protocolo de La Haya de 2007 sea aplicable en la Unión en la susodicha fecha y, en caso contrario, a partir de la fecha de aplicación del señalado Protocolo en la Comunidad⁷⁸; el Reglamento (CE) núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil⁷⁹, el cual es aplicable, con carácter general, desde el 13 noviembre 2008, fecha esta última en que quedó derogado el Reglamento (CE) núm. 1348/2000⁸⁰; el Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil⁸¹, el cual se aplica, con carácter general, desde el 1 enero 2004; así como el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia⁸², el cual entró en vigor el 31 mayo 2002 y contiene, dentro de su articulado, normas de competencia judicial internacional, de Derecho aplicable y de reconocimiento del procedimiento de insolvencia.

⁷⁸ *Vid.* la Decisión del Consejo, de 30 noviembre 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 noviembre 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (*DOUE*, de 16 diciembre 2009, núm. L 331/17). Tal como señala el Considerando 10 del Reglamento (CE) núm. 4/2009, en aras de permitir al acreedor de alimentos “obtener fácilmente en un Estado miembro una resolución que tenga automáticamente fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin ninguna otra formalidad” (Considerando 9), “procede crear un instrumento comunitario en materia de obligaciones alimenticias que aúne las disposiciones sobre los conflictos de jurisdicción, los conflictos de leyes, el reconocimiento y la fuerza ejecutiva, la ejecución, la asistencia jurídica gratuita y la cooperación entre autoridades centrales”. De lo señalado se desprende, claramente, que las señaladas medidas son complementarias al principio de reconocimiento mutuo. En relación con la comunitarización del DIPr. en materia de alimentos, *vid.*, por todos, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los alimentos y el título ejecutivo europeo”, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie “Derecho”, núm. 110, 2006, pp. 79-92.

⁷⁹ *DOUE*, de 10 diciembre 2007, núm. L 324.

⁸⁰ *DOCE*, de 30 junio 2000, núm. L 160. *Vid.*, igualmente, el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, hecho en Bruselas el 19 octubre 2005 (*DOUE*, de 17 noviembre 2005, núm. L 300), cuyo objetivo es que las disposiciones del susodicho Reglamento comunitario y sus normas de desarrollo vinculen a Dinamarca. Tal como señala el apartado 2º del art. 25 del Reglamento (CE) núm. 1393/2007, las “referencias al Reglamento derogado se entenderán hechas al presente Reglamento con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el Anexo III”.

⁸¹ *DOUE*, de 27 de junio de 2001, núm. L 174. En relación con el señalado instrumento comunitario, *vid.*, por ejemplo, M^a.D. ADAM MÚÑOZ, “El Reglamento 1206/2001 de 28 de mayo de 2001 del Consejo relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil”, *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea, Actas de Seminarios*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Colección “Actas”, Núm. 57, Sevilla, 2005, pp. 121-137; así como F. DE PAULA PUIG BLANES, “La obtención de pruebas en el proceso civil en la Unión Europea”, *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo (Jornadas de cooperación judicial europea celebradas en Madrid los días 25, 26 y 27 de octubre de 2004)*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 67-101.

⁸² *DOUE*, de 30 junio 2000, núm. L 160; corrección de errores: *DOUE*, de 5 julio 2002, núm. L 176; modificaciones: *DOUE*, de 23 septiembre 2003, núm. L 236; *DOUE*, de 20 abril 2005, núm. L 100. Por lo que a dicho Reglamento comunitario se refiere, *vid.*, muy especialmente, B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia y la proyección europea del concurso”, *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea, Actas de Seminarios*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Colección “Actas”, Núm. 57, Sevilla, 2005, pp. 43-61; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Procedimientos de insolvencia y Reglamento 1346/2000: ¿cuál es el ‘centro de intereses principales’ del deudor?”, *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, bajo la dirección de A.L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA, Colex, Madrid, 2005, pp. 217-240; así como M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Civitas, Madrid, 2003. En relación con la compleja problemática relativa al Derecho concursal internacional, *vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho concursal internacional*, Colex, Madrid, 2004.

Entre dichos Reglamentos comunitarios, tienen la consideración de ejes centrales del espacio judicial europeo, por un lado, el Reglamento “Bruselas I”, el cual está siendo actualmente objeto de revisión⁸³ y, por otro lado, el Reglamento “Roma I”. En ambos Reglamentos comunitarios se vislumbra una clara intención de las instituciones comunitarias: la de ofrecer una mayor seguridad jurídica en aras de alcanzar una mayor uniformidad de soluciones entre los Estados miembros⁸⁴. Ello es especialmente evidente en el Reglamento “Roma I”, el cual, aunque no renuncia a una cierta flexibilidad de las soluciones, apuesta claramente por el valor de la seguridad jurídica, inclinando claramente la balanza a favor de este último. En efecto, el Reglamento “Roma I” persigue, fundamentalmente, un doble objetivo. Por un lado, su conciliación con otros instrumentos comunitarios y, más en concreto, en sede de Derecho aplicable, con el Reglamento “Roma II”; en la esfera procesal, con el Reglamento “Bruselas I”; y, en el plano del Derecho comunitario material, con las Directivas sectoriales protectoras de la parte débil de la relación contractual que han sido elaboradas por las instituciones comunitarias con la finalidad de adaptarse a las peculiares necesidades del mercado interior en sectores concretos de la contratación: consumo, agencia, trabajo y seguros. Y, por otro lado, el señalado Reglamento comunitario también persigue el objetivo de potenciar la previsibilidad de sus respuestas jurídicas, de sus soluciones y, en última instancia, reforzar la seguridad jurídica, ya que, pese a que en el Reglamento “Roma I” también está presente el binomio flexibilidad/previsibilidad, la batalla la gana finalmente este último valor. De hecho, el Reglamento “Roma I” renuncia a la extrema generalidad del Convenio de Roma, a las soluciones genéricas en el mismo previstas; apostando por una mayor especialización en las soluciones (especialización que extiende tanto al régimen general como al régimen especial de determinación de la ley aplicable), por una acusada especificidad en sus respuestas jurídicas, ya que el mismo dota de un régimen específico a un mayor número de contratos internacionales; permitiendo, de este modo, tomar en consideración las particularidades que presentan determinados contratos internacionales muy extendidos en la práctica comercial internacional⁸⁵.

Al margen de lo señalado, las instituciones comunitarias están trabajando intensamente para unificar las normas de DIPr. de los Estados miembros en materia de sucesiones⁸⁶; de separación judicial y

⁸³ *Vid.* el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) nº 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, presentado en Bruselas el 21 abril 2009 por la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (2009) 175 final, el cual se plantea, entre otras cuestiones, la supresión de todas las medidas intermedias necesarias para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en el extranjero. *Vid.*, igualmente, la Decisión del Consejo, de 26 febrero 2009, relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Convenio sobre acuerdos de elección de foro (*DOUE*, de 29 mayo 2009, núm. L 133/1).

⁸⁴ *Vid.*, por ejemplo, el apartado 1º del art. 5 del Reglamento “Bruselas I”, el cual pretende subsanar la inseguridad jurídica generada por el art. 5.1 del Convenio de Bruselas.

⁸⁵ En relación con los principios subyacentes a la regulación del Reglamento “Roma I”, *vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2009, pp. 24-26.

⁸⁶ En materia sucesoria, *vid.* el Libro Verde sobre sucesiones y testamentos, presentado por la Comisión el 1 de marzo de 2005, COM (2005) 65 final; así como el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Libro Verde – Sucesiones y testamentos” (*DOUE*, de 3 de febrero de 2006, núm. C 28/1). En base a dichos documentos, la Comisión ha presentado, en el mes de octubre, una Propuesta de Reglamento en materia de sucesiones. En relación con la comunitarización del DIPr. en el sector jurídico material de las sucesiones, *vid.*, muy especialmente, AAVV, *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, bajo la coordinación de R. VIÑAS FARRÉ y de G. GARRIGA SUAU, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009; así como A. RODRÍGUEZ BENOT, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia sucesoria”, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie “Derecho”, núm. 110, 2006, pp. 47-77; *id.*, “La superación de las divergencias en los principios de solución del Derecho conflictual sucesorio”, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie “Derecho”, núm. 114, 2008, pp. 121-150, pp. 129-150.

divorcio (“Roma III”)⁸⁷; así como de régimen económico matrimonial⁸⁸; trabajo éste que dará sus frutos en los años venideros y que supondrá un notable incremento del DIPr. comunitario no patrimonial⁸⁹. Ello en modo alguno implica la renuncia de las instituciones comunitarias a seguir legislando en materias de Derecho patrimonial⁹⁰. Lo que ocurre es que, en la actualidad, la comunitarización del DIPr. patrimonial se encuentra en un estado mucho más avanzado que la del DIPr. de la familia y de las sucesiones; lo cual justifica la voluntad política de las instituciones comunitarias de avanzar, en mayor medida, en este último ámbito.

28. En suma, las instituciones comunitarias pretenden, por un lado, que la medida complementaria al principio de reconocimiento mutuo, consistente en unificar las normas de DIPr. de los Estados comunitarios, afecte tanto al ámbito del DIPr. patrimonial como al del DIPr. de la familia y de las sucesiones y, por otro lado, que la comunitarización del DIPr. abarque todos los sectores que lo conforman, esto es, tanto el del Derecho procesal civil internacional como el del Derecho aplicable⁹¹. Por lo tanto, desde hace algunos años se vislumbra un cambio de tendencia en las instituciones comunitarias. Dicho cambio no sólo consiste en incrementar notablemente las normas de DIPr. de origen comunitario, detrás del cual subyace la idea de reconocer el creciente incremento y trascendencia que tienen las situaciones jurídicas con repercusión transfronteriza; sino que también se percibe en la necesidad de regular a nivel comunitario sectores en los que tradicionalmente las instituciones comunitarias se habían mostrados más reacias a legislar: el sector del Derecho aplicable y el sector no patrimonial (familia y sucesiones). En cualquier caso, este cambio de tendencia no es fruto del Tratado de Lisboa, sino que obedece a la voluntad política de las instituciones comunitarias de adoptar todas las medidas que sean necesarias para alcanzar la supresión generalizada del éxequátur en el ámbito europeo en materia tanto civil como mercantil y, en última instancia, de eliminar todos los eventuales obstáculos existentes a la libre circulación de personas en la UE (lo

⁸⁷ *Vid.* el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio, presentado por la Comisión el 14 marzo 2005, COM (2005) 82 final; el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio” (*DOUE*, de 31 enero 2006, núm. C 24/20); la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, presentada por la Comisión de las Comunidades Europeas el 17 julio 2006, COM (2006) 399 final. En relación con el análisis del contenido y de la evolución de la referida Propuesta de Reglamento del Consejo (conocida comúnmente bajo la denominación de Propuesta de Reglamento “Roma III”), *vid.*, muy especialmente, el magnífico trabajo de los profesores A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *CDT*, 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 36-71 (tal como ponen de manifiesto los señalados autores, la referida Propuesta persigue una doble finalidad: por un lado, superar los inconvenientes planteados por algunas normas de competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento “Bruselas II bis” y, por otro lado, unificar las normas de conflicto entre los Estados comunitarios en materia de divorcio y separación judicial, admitiendo la autonomía conflictual en este sector jurídico); así como J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Hacia un Derecho Internacional Privado uniforme de la Unión Europea sobre separación y divorcio”, *BIMJ*, de 1 septiembre 2007, año LXI, núms. 2043-44, pp. 3313-3332.

⁸⁸ *Vid.* el Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, presentado por la Comisión el 17 julio 2006, COM (2006) 400 final.

⁸⁹ Estas propuestas se enmarcan en lo que el secretario de Estado de Justicia (JUAN CARLOS CAMPOS) definió como “cambio de tendencia” en la UE, que busca construir “una Europa para la familia y los derechos de propiedad”, ubicando el centro de atención en el ciudadano y no sólo en el mercado interior (*La Ley*, de 20 enero 2010, núm. 7324, “Hoy es noticia”).

⁹⁰ *Vid.*, por ejemplo, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Libro Verde – Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia” (*DOUE*, de 30 diciembre 2006, núm. C 324/1); así como el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Libro Verde – Eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: Transparencia de los activos patrimoniales de los deudores”, COM (2008) 128 final (*DOUE*, de 28 julio 2009, núm. C 175/73).

⁹¹ En relación con la progresiva unificación del Derecho conflictual a nivel europeo, *vid.*, por todos, AAVV, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie “Derecho”, núm. 114, 2008.

cual presupone la creación de un auténtico espacio europeo de justicia en el que los ciudadanos de la Unión puedan hacer valer sus derechos en cualquier Estado miembro).

En cualquier caso, el procedimiento legislativo a seguir para la adopción de actos normativos, sobre la base de la referida competencia comunitaria, no va a ser el mismo en relación con todos los sectores jurídicos materiales afectados. En concreto, en el marco del Tratado de Lisboa, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar la cooperación judicial internacional en materia civil (apartado 2º del art. 65)⁹², lo cual conlleva una gran agilidad en la adopción de los actos normativos comunitarios que se adopten sobre la base de la señalada competencia comunitaria. En cualquier caso, dicha agilidad en la adopción de tales actos normativos, propiciada por no exigirse la unanimidad para la adopción de los mismos, no afecta a las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza; lo cual está en consonancia con las sensibilidades asociadas a tales materias y, consiguientemente, a la amplia disparidad existente, en cuanto a su regulación se refiere, entre los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros. Tal como pone de manifiesto el apartado 3º del art. 65 del Tratado de Lisboa (apartado 3º del art. 81 de la versión consolidada del TFUE), en relación con tales materias, existe una regla general y una excepción a la misma. Como regla general, la adopción de actos normativos comunitarios, en esta materia, está sujeta a un procedimiento legislativo especial que requerirá del acuerdo unánime del Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo. No obstante, dicha regla general está sometida a una excepción, ya que los actos normativos, relativos al Derecho de familia con repercusión transfronteriza, podrán ser adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario, siempre y cuando se trate de materias determinadas por una Decisión del Consejo adoptada, a propuesta de la Comisión, por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo; la susodicha propuesta de la Comisión haya sido comunicada a los Parlamentos nacionales; y ningún Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la señalada comunicación (ya que, en caso contrario, la correspondiente Decisión no sería adoptada)⁹³.

3. Aproximar las legislaciones nacionales de los Estados miembros

29. Tal como pone de manifiesto el apartado 2 f) del art. 65 del Tratado de Lisboa, “a los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: (...) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros” (apartado 2 f) del art. 81 de la versión consolidada del TFUE). Dicha medida, que también figuraba en el apartado 2 f) del art. III-269 del Proyecto de Constitución Europea, no constituye una novedad del Tratado de Lisboa, ya que la misma aparecía expresamente contemplada, en los mismos términos, en el epígrafe c) del anteriormente vigente art. 65 del TCE. De hecho, en base a dicho apartado, se adoptaron diversos instrumentos comunitarios: el anteriormente analizado Reglamento (CE) núm. 1896/2006; el ya mentado Reglamento (CE) núm. 861/2007; y la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios⁹⁴.

⁹² Como es sabido, hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la cooperación judicial en materia civil se ubicaba en la órbita del tercer pilar. Como anteriormente pusimos de manifiesto, el Tratado de Niza facilitó a las instituciones comunitarias, en gran medida, la adopción de actos normativos, sobre la base de la referida competencia comunitaria, al prever la aplicación del mecanismo de la codecisión del art. 251 del TCE para las medidas contempladas en el art. 65 del TCE, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia (*vid.* el apartado II del presente trabajo).

⁹³ *Vid.* el apartado 3º del art. III.269 del Proyecto de Constitución Europea, el cual era menos estricto por lo que a esta cuestión se refiere.

⁹⁴ *DOCE*, de 31 enero 2003, núm. L 26. La transposición de dicha Directiva comunitaria, al ordenamiento jurídico español, se ha llevado a cabo por la Ley 16/2005, de 18 julio, por la que se modifica la Ley 1/1996, de 10 enero, de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la UE (*BOE*, de 19 julio 2005, núm. 171).

Dichos instrumentos comunitarios, que como anteriormente hemos puesto de relieve tienen como denominador común el limitar su alcance únicamente a los litigios transfronterizos, constituyen las primeras manifestaciones de un Derecho procesal europeo. No obstante, el germen del susodicho Derecho procesal europeo es anterior a la comunitarización de los aspectos de justicia y asuntos de interior que ha tenido lugar tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. En concreto, dicho germen lo constituye la fallida propuesta de Directiva, presentada a la Comisión Europea en el año 1993 por un grupo de trabajo formado por expertos en Derecho Procesal, presidido por el profesor Marcel Storme, sobre la aproximación de leyes y normas de los Estados miembros relativas a ciertos aspectos del procedimiento civil; denominada comúnmente como “Propuesta Storme”. Dicha propuesta, que incluye una regulación detallada de diversos aspectos procesales (entre ellos, como anteriormente hemos comentado, del proceso monitorio), aunque no llegó a convertirse en una iniciativa legislativa de la Comisión, ha tenido posteriormente una notable repercusión.

Tal como se desprende del referido apartado, la medida consistente en armonizar o unificar ciertos aspectos del Derecho procesal interno, de los Estados miembros de la UE, está limitada al objetivo de eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles desarrollados en los Estados comunitarios; lo cual está en sintonía con el principio del respeto de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Se trata de una medida complementaria del reconocimiento mutuo, ya que la plena consecución de este principio, que implica la supresión de las llamadas medidas intermedias, está condicionada a que los Estados comunitarios unifiquen las normas mínimas aplicables a determinados aspectos del procedimiento civil (el fin de dicha unificación es garantizar el respeto de las exigencias de un proceso justo⁹⁵) o, al menos, a una cierta armonización de tales aspectos del Derecho procesal interno de los Estados miembros⁹⁶.

30. Al margen de lo señalado, de conformidad con el apartado 1º del art. 65 del Tratado de Lisboa, la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, “podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” (apartado 1º del art. 81 de la versión consolidada del TFUE). Por lo tanto, el señalado apartado del Tratado de Lisboa hace una tímida referencia a las medidas tendentes a la aproximación de las legislaciones nacionales de los Estados comunitarios, ya que se expresa en términos facultativos (“podrá incluir”).

Dicha medida, que también figuraba en el apartado 1º del art. III-269 del Proyecto de Constitución Europea, no aparecía expresamente contemplada en el anteriormente vigente art. 65 del TCE. No obstante, *de facto*, dicha incorporación no implica una novedad sustancial del Tratado de Lisboa, ya que en la reunión celebrada en Tampere, los días 15 y 16 octubre 1999, el Consejo Europeo puso de manifiesto que la aproximación de las legislaciones, de los Estados miembros, facilitaría la cooperación entre autoridades de la UE. Fruto de dicha voluntad política de las instituciones comunitarias, de armonizar ciertas disposiciones materiales internas de los Estados miembros, se vislumbra una progresiva tendencia a la aproximación comunitaria de determinados ámbitos específicos del Derecho contractual. En concreto, nos estamos refiriendo, por un lado, a las Directivas sectoriales protectoras de la parte débil de la relación contractual que han sido elaboradas por las instituciones comunitarias con la finalidad de adaptarse a las peculiares necesidades del mercado interior en sectores concretos de la contratación (contratos de consumo, de seguro, de trabajo y de agencia comercial)⁹⁷ y, por otro lado, al denominado proyecto académico del “Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo” (MCR)⁹⁸.

⁹⁵ El derecho fundamental a un proceso justo ha sido consagrado, tanto por la normativa internacional sobre derechos humanos, como por la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (art. 47).

⁹⁶ *Vid.* A. BORRÁS, *loc. cit.*, 2001, pp. 26-27 y 46-47.

⁹⁷ En relación con la necesidad de conciliación del DIPr. comunitario con el Derecho comunitario material, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, “La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento ‘Roma I’”, *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, bajo la dirección de A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ, Colex, Madrid, 2008, pp. 45-60. Con un alcance más específico, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Madrid, 2007.

⁹⁸ *Vid.* la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 septiembre 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo (DOUE, de 4 de diciembre de 2009, núm. C 295 E/31), según la cual el for-

Por lo tanto, la aproximación de las disposiciones nacionales de los Estados miembros, a la que alude la medida prevista en el art. 65.1 del Tratado de Lisboa, afecta *de facto* a ciertos ámbitos específicos del Derecho contractual; lo cual está en sintonía con la idea manifestada por el profesor M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO del “distinto grado de unificabilidad” que presentan las materias relativas el Derecho patrimonial y al Derecho familiar, sectores jurídicos que se “prestan en distinta medida a su posible unificación” debido a que el Derecho de familia está “más estrechamente vinculado con las convicciones morales y sociales de los pueblos, con el modo de pensar y de sentir una comunidad, con las ideologías y creencias”⁹⁹ (lo cual se materializa en la existencia de notables disparidades entre las diferentes regulaciones nacionales en las materias relativas al Derecho de la familia y en el distinto grado de intervención del orden público internacional en ambos sectores jurídicos)¹⁰⁰.

31. En suma, el Tratado de Lisboa prevé la aproximación de las legislaciones nacionales, de los Estados miembros de la Unión, en una doble vertiente: procesal y material. En cualquier caso, en aras de no vulnerar el principio del respeto a la identidad nacional de los Estados miembros, dichas medidas deben de estar encaminadas al objetivo de facilitar la plena consecución del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito comunitario.

4. Garantizar el apoyo a la formación

32. La ingente cantidad de instrumentos comunitarios que han sido adoptados en un espacio tan corto de tiempo se ha hecho, en muchas ocasiones, a costa de su calidad técnica y jurídica. Una buena prueba de lo señalado la encontramos en la escasa vigencia que ha tenido el anteriormente citado Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo y en las críticas que el mismo ha recibido¹⁰¹. Es evidente que, al menos por el momento, los instrumentos comunitarios de DIPr., adoptados por las instituciones comunitarias en base a los anteriormente vigentes arts. 61 c) y 65 del TCE, se han elaborado pensando, más que en su calidad jurídica, en la consecución de determinados objetivos y políticas comunitarias. Es de esperar que, en un futuro próximo, las instituciones comunitarias apuesten, más que por la cuantía de la normativa adoptada, por la calidad de la misma y, consiguientemente, por su estabilidad; lo cual, sin duda alguna, redundará, en una mejor comprensión y aplicación de dicha normativa por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (y, en general, por todos los operadores jurídicos de los Estados comunitarios).

Sin embargo, como hemos puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, la tendencia de las instituciones comunitarias a hacer un uso desmesurado de la señalada competencia comunitaria no parece haber retrocedido, sino más bien todo lo contrario, ya que la multitud de trabajos preparatorios

mato futuro del MCR puede ser el de un instrumento legislativo no vinculante o el de un instrumento opcional en el Derecho contractual europeo. Por lo tanto, no se pretende que el llamado MCR sea vinculante, sino que sea tenido en cuenta a la hora de armonizar las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE. Un análisis del estado actual, de la evolución y de las concretas implicaciones del referido “Marco Común de Referencia” puede encontrarse en AAVV, *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009; así como en AAVV, *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, Civitas, Madrid, 2008.

⁹⁹ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/E. CANO BAZAGA, *loc. cit.*, 2005, p. 16.

¹⁰⁰ Las distintas sensibilidades que suscitan el Derecho patrimonial y el Derecho de familia justifica que, de conformidad con el apartado 3º del art. 65 del Tratado de Lisboa, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza no se adopten, con carácter general, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sino siguiendo un procedimiento legislativo especial. Por lo que a dicho procedimiento legislativo se refiere, *vid.* el epígrafe anterior del presente trabajo.

¹⁰¹ En relación con los déficits del ya derogado Reglamento (CE) núm. 1347/2000, *vid.*, entre otros, B. ANCEL/H. MUIR WATT, “La désunion européenne: le Règlement dit ‘Bruxelles II’”, *RCDIP*, 2001, núm. 3, pp. 403-457; M. GÓMEZ JENE, “El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad”, *La Ley*, año XXII, núm. 5321, de 1 junio 2001, pp. 1-6; así como M. MOYA ESCUDERO, “Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II”, *La Ley*, año XXIII, núm. 5647, de 4 noviembre 2002.

o en curso y de instrumentos pendientes de ser efectivamente aplicados, relativos al DIPr. comunitario, avocinan un espectacular incremento de éste en un futuro muy próximo. Pese a esta realidad (que confirma una voluntad política de “legislar más”), se vislumbran indicios de un cambio de mentalidad dentro de la Comunidad. En relación con este incipiente cambio en la mentalidad de las instituciones comunitarias, resulta muy significativa la opinión en su momento manifestada por el Comité Económico y Social Europeo: durante “demasiado tiempo se ha dado más importancia a introducir nuevos reglamentos comunitarios. El CESE coincide con la Comisión en que en una UE de 25 Estados miembros (en la actualidad, 27) el foco de atención debe ser la aplicación y el cumplimiento de la legislación vigente, en lugar de añadir más reglamentos. (...). Esto, lógicamente, no significa que la insistencia en la aplicación y el cumplimiento pueda servir de excusa para no legislar en ámbitos en los que aún se necesita más legislación”¹⁰².

Nos parece digno de alabanza que las autoridades comunitarias muestren un progresivo interés por “legislar mejor” (de hecho, mejorar la calidad de la legislación comunitaria se ha convertido en una estrategia comunitaria prioritaria)¹⁰³, así como por asegurar una adecuada aplicación del Derecho comunitario (y, en el caso de tratarse de Directivas, por su correcta transposición a nivel nacional) por la vía de reforzar la formación judicial en el ámbito comunitario¹⁰⁴, de incrementar y mejorar el control de la aplicación del Derecho comunitario¹⁰⁵, y de garantizar una protección jurisdiccional más efectiva del TJCE¹⁰⁶. Dichas preocupaciones, que constituyen objetivos estratégicos de la Unión, tienen un papel clave para el futuro DIPr. de los Estados miembros, ya que el DIPr. comunitario, además de vincular cada vez a un mayor número de países (como consecuencia de la progresiva extensión del territorio comunitario¹⁰⁷), tiende a extenderse a un mayor número de sectores jurídico materiales (crisis matrimo-

¹⁰² *Vid.* el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Mejorar la aplicación de la legislación comunitaria” (*DOUE*, de 31 enero 2006, núm. C 24/52, punto 4.1.6), el cual parte de la base de que “una legislación, una aplicación y un cumplimiento mejorados están estrechamente vinculados: una ley buena es una ley que puede cumplirse y que se cumple”.

¹⁰³ *Vid.* el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Legislar mejor” (*DOUE*, de 31 enero 2006, núm. C 24/39), según el cual legislar mejor consiste en “situarse al nivel del usuario de la norma jurídica”; en “legislar menos, luchar contra la inflación legislativa y simplificar el acervo”; en “garantizar que la aplicación de la norma sea efectiva y simple”; en “centrar la legislación en lo esencial, privilegiar los objetivos que se deben alcanzar”; en “concebir una legislación flexible, adaptable y al mismo tiempo suficientemente perenne”; en “reducir en la medida de lo posible la complejidad del Derecho” (punto 1.1); así como el Informe de la Comisión “Legislar Mejor 2005” de conformidad con el artículo 9 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (XIII Informe), presentado por la Comisión el 13 junio 2006, COM (2006) 289 final, el cual incluye los avances realizados para mejorar el marco regulador de la UE.

¹⁰⁴ *Vid.* la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la formación judicial en la Unión Europea, presentada el 29 junio 2006, COM (2006) 356 final, según la cual el conocimiento del Derecho comunitario por los jueces, fiscales y abogados es esencial para la adecuada aplicación de la legislación comunitaria, para mejorar la cooperación judicial, para el desarrollo del principio de reconocimiento mutuo, así como para reforzar una “cultura judicial europea” (puntos 1, 2 y 4).

¹⁰⁵ *Vid.* el Vigésimo tercer Informe Anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2005), presentado por la Comisión el 24 julio 2006, COM (2006) 416 final.

¹⁰⁶ *Vid.* la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa a la adaptación de las disposiciones del título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea referentes a las competencias del Tribunal de Justicia, con el fin de garantizar una protección jurisdiccional más efectiva, presentada el 28 junio 2006, COM (2006) 346 final, la cual tiene como objetivos primordiales, por un lado, garantizar la aplicación e interpretación uniforme del Derecho comunitario y, por otro lado, incrementar la protección jurisdiccional.

¹⁰⁷ La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo titulada “La ampliación dos años después: un éxito económico”, de 3 de mayo de 2006, señala que la quinta ampliación de la UE, el 1 mayo 2004, “ha sido la más ambiciosa en la historia de la Unión Europea, la que integró el mayor número de países y ciudadanos en la UE y la más compleja, en la medida en que incorporó a la UE diez países que habían registrado una evolución económica, política y social muy diversa” (COM [2006] 200 final; *DOUE*, de 8 agosto 2006, núm. C 184/11, punto 1): Chipre, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia. Por otro lado, el 1 enero 2007, se han adherido a la UE dos nuevos países: Bulgaria y Rumanía. De este modo, en un corto espacio de tiempo, ha habido un más que notable incremento de Estados miembros de la UE, ya

niales, responsabilidad parental, etc.); comiendo progresivamente el terreno, de este modo, no sólo al DIPr. autónomo de los Estados miembros, sino también a su DIPr. convencional.

Al margen de lo señalado, se vislumbra una progresiva tendencia a extender la aplicación del Derecho privado comunitario, en las relaciones jurídico-privadas internacionales (tanto “intracomunitarias” como “extracomunitarias”), por la vía, fundamentalmente, de las normas materiales internacionalmente imperativas y de la cláusula general de protección del Derecho comunitario (consagrada, como sabemos, por el apartado 4º del art. 3 del Reglamento “Roma I”)¹⁰⁸. Una clara manifestación de la creciente extensión del ámbito de aplicación espacial de las disposiciones imperativas comunitarias, a las relaciones “extracomunitarias”, lo constituye la controvertida sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 2000 (asunto C-381/98: *Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.*), la cual consideró que determinadas disposiciones de la Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes¹⁰⁹ (en particular, sus arts. 17-19, relativos al pago de una reparación o indemnización al agente por la terminación del contrato de agencia comercial), han de extenderse a aquellas situaciones en las cuales “el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato” y el país en el cual esté establecido el principal (apartados 25 y 26)¹¹⁰.

En cualquier caso, hay que evitar que la unificación de las normas de DIPr. (tanto de las de Derecho aplicable como de las relativas al Derecho procesal civil internacional) en el espacio europeo, propiciada por la “comunitarización” de la cooperación judicial en materia civil, se haga a costa de una cierta relajación de los principios comunitarios de subsidiariedad y de proporcionalidad¹¹¹ y, en última instancia, del principio del respeto a la identidad nacional de los Estados miembros (que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario). Parece que las instituciones comunitarias están tomando conciencia de esta realidad y, como consecuencia de ello, han mostrado una actitud más cautelosa, consistente en restringir el alcance de ciertos instrumentos comunitarios, elaborados con el fin de garantizar un mejor acceso a la justicia (en concreto, del Reglamento núm. 1896/2006, del Reglamento núm. 861/2007 y de la Directiva 2003/8/CE del Consejo), a los asuntos transfronterizos, y no también a los litigios internos como en un principio se había previsto.

33. En este contexto, y teniendo en cuenta el espectacular incremento de las relaciones jurídico-privadas internacionales, la proliferación de la normativa comunitaria aplicable a las mismas (sujeta a frecuentes cambios normativos) y la notable complejidad inherente a los instrumentos comunitarios adoptados para alcanzar los objetivos de la cooperación judicial internacional en materia civil (incre-

que se ha pasado de 15 a 27. Pero, además, en un futuro no demasiado lejano puede haber nuevas adhesiones a la UE: Turquía y los Balcanes Occidentales.

¹⁰⁸ Por lo que a esta cuestión se refiere, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, especialmente pp. 112-130; *id.*, *loc. cit.*, 2008, pp. 54-60.

¹⁰⁹ *DOCE*, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382.

¹¹⁰ Dicha sentencia ha motivado numerosos comentarios doctrinales: *vid.*, por todos, R. FREITAG/S. LEIBLE, “Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie – Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?“, *RIW*, 2001, vol. 47, pp. 287-295.

¹¹¹ En relación con la valoración política y control de tales principios, *vid.* el Dictamen del Comité de las Regiones sobre “Las líneas directrices para la aplicación y el control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad” (*DOUE*, de 16 mayo 2006, núm. C 115/35), el cual hacía hincapié en la necesidad, por un lado, de adaptar la política europea a los referidos principios y, por otro lado, de desarrollar una “cultura de la subsidiariedad” como medio de reforzar la confianza de los ciudadanos en la cooperación europea y de mitigar el escepticismo manifestado por la ciudadanía de dos Estados miembros (Francia y Holanda) a la ratificación del Tratado Constitucional (punto 1.4). Dicho escepticismo se ha mostrado, igualmente, en el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa. *Vid.*, por otro lado, el anteriormente citado Informe de la Comisión “Legislar Mejor 2005”, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, el cual ponía de manifiesto la necesidad de llegar a un acuerdo sobre el significado del principio de subsidiariedad y de que la Comisión siga trabajando para proporcionar una justificación explícita y detallada de sus propuestas en términos de subsidiariedad (punto 2). *Vid.*, muy especialmente, el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anejo al Tratado de Lisboa (*DOUE*, de 17 diciembre 2007, núm. C 306/150).

mentada por su necesario encaje con las normativas internas de los Estados comunitarios), que requiere de una formación particular de los profesionales del Derecho, es lógico que las instituciones comunitarias muestren una creciente preocupación por propiciar el conocimiento y la correcta aplicación, por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE y por los operadores jurídicos de los Estados de la Unión, de los instrumentos comunitarios vigentes, ya que de no conocerse o no aplicarse los mismos correctamente, no se podrían alcanzar los objetivos expuestos en el presente trabajo. A esta preocupación responde el apartado 2 h) del art. 65 del Tratado de Lisboa, por virtud del cual “a los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: (...) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia” (apartado 2 h) del art. 81 de la versión consolidada del TFUE).

Dicha disposición, que es idéntica a la contemplada en el apartado 2 h) del art. III-269 del Proyecto de Constitución Europea, es novedosa, ya que la misma no figuraba en el anteriormente vigente art. 65 del TCE. No obstante, la preocupación, a la que responde la medida instaurada por el apartado 2 h) del art. 65 del Tratado de Lisboa, no constituye una novedad. De hecho, el objetivo de fortalecer la confianza mutua entre los Estados miembros y el sentimiento de compartir una cultura judicial común entre los profesionales de la justicia en la UE, que es una de las claves para el buen funcionamiento del reconocimiento mutuo en el ámbito comunitario, lo han perseguido las instituciones comunitarias desde mucho antes de haber entrado en vigor el Tratado de Lisboa.

En efecto, dicho objetivo motivó la elaboración de la Decisión del Consejo núm. 2001/470/CE, de 28 mayo 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil¹¹². Dicha Red, que está constituida por puntos de contacto en los Estados miembros, es básica para la progresiva instauración de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el seno de la Unión y para el buen funcionamiento del mercado interior. La Red Judicial Europea en materia civil y mercantil persigue tres objetivos fundamentales. En primer lugar, mejorar y facilitar la cooperación judicial en materia civil y mercantil, entre los Estados comunitarios, en todos los ámbitos. En segundo término, mejorar la efectiva y correcta aplicación de los actos comunitarios o Convenios internacionales vigentes entre dos o más Estados miembros. Y, por último, favorecer el acceso efectivo de los ciudadanos a la justicia y facilitar información sobre la justicia civil. Con este fin, la Red se propuso establecer y mantener al día un sistema de información al público de fácil acceso y utilización, a través de Internet, sobre la cooperación judicial en materia civil y mercantil y los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros¹¹³. Dicho sistema de información incluye un Atlas Judicial Europeo en materia civil, el cual resulta sumamente útil para los profesionales del Derecho de los Estados miembros de la UE¹¹⁴.

Las deficiencias mostradas por la anteriormente mentada Decisión del Consejo han motivado la elaboración de la Decisión núm. 568/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 junio 2009, que modifica la Decisión 2001/470/CE del Consejo por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil¹¹⁵, la cual será efectivamente aplicable, con carácter general, a partir del 1 enero 2011.

¹¹² *DOUE*, de 27 junio 2001, núm. L 174/25.

¹¹³ *Vid.* el Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Decisión del Consejo nº 2001/470/CE por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, presentada por la Comisión de las Comunidades Europeas en Bruselas el 16 mayo 2006, COM (2006) 203 final (*DOUE*, de 8 agosto 2006, núm. C 184/11, p. 5).

¹¹⁴ El “Atlas Judicial Europeo en Materia Civil”, que puede consultarse en la página web de la UE (<http://www.europa.eu/>), constituye una herramienta informática muy útil para la comprensión y aplicación de la normativa comunitaria de DIPr. Dicho Atlas permite, entre otras cosas, acceder a determinada información relevante para la cooperación judicial en materia civil, así como cumplimentar directamente los distintos formularios que figuran en los actos comunitarios (en el idioma elegido y luego traducirlos a otro idioma) y transmitirlos en línea. Por lo que a su funcionamiento y utilidad se refiere, *vid.* J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “El atlas judicial europeo: un eficaz instrumento al servicio del operador jurídico”, *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo (Jornadas de cooperación judicial europea celebradas en Madrid los días 25, 26 y 27 de octubre de 2004)*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 43-66.

¹¹⁵ *DOUE*, de 30 junio 2009, núm. L 168/35.

PROPUESTAS DE INCLUSIÓN DEL ARBITRAJE EN EL REGLAMENTO 44/2001*

MIGUEL GÓMEZ JENE

Profesor titular de Derecho Internacional Privado
UNED

Recibido: 01.02.2010 / Aceptado: 12.02.2010

Resumen: El *Heidelberg Report* es un estudio encargado por la Comisión que tiene por objeto plantear propuestas de modificación del Reglamento 44/2001. Una de las propuestas más interesantes de este estudio es la que gira en torno a la inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del texto comunitario. Como era de esperar, esta propuesta ha sido, con mucho, la más polémica y, en consecuencia, la que ha originado el más amplio, interesante e interesado debate. Estando las propuestas ya publicadas, el TJUE dictó su sentencia en el asunto *West Tankers*. En esta sentencia el TJUE otorga competencia *exclusiva* al tribunal del lugar donde se plantee la cuestión relativa a la validez del convenio arbitral –por más que ese tribunal no sea el tribunal del lugar del arbitraje-. De este hecho se derivan dos consecuencias de distinta índole: (i) se da un paso decisivo en la inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001; y, (ii) se alcanza una solución que favorece estrategias procesales en contra del arbitraje –“torpedos”-. El análisis en perspectiva comunitaria de los supuestos controvertidos en la relación arbitraje–jurisdicción, así como el análisis de las propuestas a favor de la inclusión/exclusión del arbitraje, constituye el objeto fundamental de este trabajo.

Palabras clave: Arbitraje, Reglamento 44/2001, ámbito de aplicación material, convenio arbitral, relación arbitraje–jurisdicción, competencia exclusiva.

Abstract: The *Heidelberg Report* is a study commissioned by the Commission with the aim of preparing the proposals for the amendment of Regulation 44/2001. One of the most interesting proposals is the one dealing with the incorporation of arbitration within the material jurisdiction of the Regulation. As it was expected, the proposal has been the most controversial and therefore an interesting and interested debate has been raised. With the proposals already published, the ECJ delivered its judgment in the *West Tankers* case. This judgment grants exclusive jurisdiction to the tribunal of the place in which the issue related to the validity of the arbitration agreement is posed, regardless of such tribunal not being the one of the place of arbitration. As a result, two different consequences might be identified: (i) it is a decisive step forward in order to include arbitration within the scope of substantial applicability of Regulation 44/2001 and (ii) a solution favouring procedural tactics –“torpedo actions” against arbitration is achieved. The aim of this essay is to consider the community perspective on the complex relationship between arbitration and jurisdiction and to analyze the proposals in favour of the inclusion/exclusion of arbitrations being made after the *West Tankers* judgment.

Key words: Arbitration, Judgment Regulation 44/2001, material jurisdiction of the Regulation, arbitration agreement, relationship between arbitration and jurisdiction, exclusive jurisdiction.

Sumario: I. Introducción. II. El punto de partida: el alcance de la exclusión del arbitraje del Reglamento 44/2001. III. Las propuestas del *Heidelberg Report*. 1. Propuestas de inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001. 2. Crítica a las propuestas del *Heidelberg Report*. IV. La sentencia *West Tankers*: la inclusión del arbitraje en el Reglamento 44

* Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación SEJ2007-67381/JURI patrocinado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

vía jurisprudencial. I. El juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral queda *incluido* en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001. 2. Las *antisuits injunctions* son incompatibles con el *espacio judicial europeo*. 3. El tribunal ante el que se plantea la demanda sobre el fondo tiene *competencia exclusiva* para pronunciarse a título incidental sobre la validez y aplicabilidad del convenio arbitral. V. Propuestas de inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001 tras la sentencia *West Tankers*. VI. Un nuevo reglamento comunitario para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. VII. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. El artículo 73 del *Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, R. 44) prevé que en un plazo máximo de cinco años desde la entrada en vigor del texto (1 de marzo de 2002), la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un *Informe* sobre su aplicación. Si procede, este *Informe* acompañará, además, propuestas destinadas a adaptar el Reglamento.

Con el fin de cumplir con lo estipulado en este precepto, la Comisión encargó dos estudios que sirven de base al *Informe* citado. Dichos estudios son: (i) el *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*¹ (en adelante, *Heidelberg Report*); y, (ii) el *Study on Residual Jurisdiction*². El nivel de excelencia que reúnen ambos estudios hace prever con cierta seguridad que las propuestas que incorporan –de alto nivel técnico– serán asumidas por la Comisión. Cuestión distinta –más política que técnica– es la que gira en torno a su posible aceptación por las demás Instituciones comunitarias.

En cualquier caso, las propuestas que presentará la Comisión sobre una posible adaptación del Reglamento 44 merecen, cuanto menos, una primera reflexión; reflexión que a lo largo de las siguientes líneas se limitará a las propuestas que de un modo u otro afectan al arbitraje.

2. El último estudio citado –*Study on Residual Jurisdiction*– aborda la cuestión relativa a las “competencias residuales”; esto es, estudia las normas de competencia judicial internacional contempladas en los ordenamientos jurídicos de fuente interna de los Estados miembros y que son de aplicación en defecto de las normas de competencia judicial internacional previstas en los Reglamentos comunitarios (básicamente, R. 44 y Reglamento 2201³).

En materia civil y mercantil, por ejemplo, las normas de competencia *residual* son aquellas normas del ordenamiento jurídico de fuente interna que se aplican cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro de la UE (en España, art. 22 LOPJ). En efecto, es sabido que el criterio de aplicación personal del R. 44 es el domicilio del demandado en un Estado miembro; de tal modo que, de no darse esta circunstancia, las normas de competencia judicial internacional aplicables para determinar la competencia del juez ante el que se plantea –o pretenda plantearse– la demanda *no* son las previstas en el Capítulo II del texto, sino las previstas en su ordenamiento de fuente interna. En palabras del mismo R. 44: “Si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro” (art. 4).

Realizar un estudio comparado de las normas de competencia judicial internacional de los Estados miembros –prestando especial atención a los puntos de conexión que utilizan–, identificar los proble-

¹ *Study* JLS/C4/2005/03 presentado por los profesores B. HESS / T. PFEIFFER / P. SCHLOSSER. Documento disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf El trabajo también está publicado: *The Brussels I Regulation 44/2001. Application and Enforcement in the EU*, C. H. Beck, Munich, 2008. *Vid.* además los comentarios posteriores del ponente en: B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 2010, pp. 258-260.

² *Study* JLS/C4/2005/07-30-CE) 0040309/00-37 presentado por el profesor Nuyts. Documento disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf

³ *Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000.*

mas que de una falta de armonización de estas normas se derivan, así como realizar recomendaciones en aras de una posible armonización, constituyen el fin último de este trabajo.

Aunque de indudable interés, es lo cierto que este segundo texto no aborda específicamente un estudio comparado de los fueros de competencia judicial internacional relativos a las funciones de apoyo y control del arbitraje. No abunda en la relación entre el arbitraje y las normas comunitarias de competencia judicial internacional, y, por ello, su interés a los efectos de este trabajo es relativo.

3. Por el contrario, el primer estudio citado –el *Heidelberg Report*– se ha convertido ya en un referente importante en lo que hace a la relación del arbitraje con el R. 44. Tanto si finalmente las propuestas que incluye en este punto son adoptadas y elevadas por la Comisión, como si no. En efecto, el *Report* controvertido tiene la virtud de: (i) poner de manifiesto las carencias del sistema procesal civil comunitario en relación con el arbitraje; (ii) plantear por primera vez una serie de propuestas de modificación del articulado del R. 44 para regular determinadas cuestiones conexas al mismo; y (iii) plantear la adopción de un nuevo instrumento comunitario, inspirado en los reglamentos de *segunda generación*, para regular a título principal el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales *intracomunitarios*.

En cualquier caso, es incuestionable que las propuestas que plantea este *Report* han llamado poderosamente la atención tanto de las instituciones públicas (ministerios, universidades...) como de distintas empresas y asociaciones privadas⁴. De hecho, tanto unas como otras han planteado interesantes observaciones y propuestas. Por lo que ahora importa, tanto a favor como en contra de incluir el arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento (*infra* V).

4. Con el fin de entender el alcance y la importancia de la cuestión –hipotética inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44–, procede, en primer lugar, concretar el marco de exclusión/inclusión del arbitraje en el ámbito del citado Reglamento. Tal y como hoy es interpretado. Se trata, en este primer apartado, de determinar qué cuestiones conectadas o relativas al arbitraje están incluidas en el ámbito de aplicación del mismo. Para ello, pondré de relieve las coordinadas jurisprudenciales que ofrecen las sentencias en la materia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁵ (II). A continuación, analizaré el alcance de las propuestas que presenta el *Heidelberg Report* (III) y, posteriormente, (V) analizaré también las propuestas más recientes que han surgido como complemento –o contestación– a las planteadas en el *Report*. Ahora bien, en la medida en que la sentencia *West Tankers* (*infra* 5) plantea un escenario nuevo en este ámbito, dedicaré un epígrafe intermedio al análisis de este fallo (IV). Por fin, desarrollaré también otra cuestión que plantea el *Heidelberg Report*, cual es la hipotética elaboración de un Reglamento comunitario para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (VI).

II. El punto de partida: el alcance de la exclusión del arbitraje del Reglamento 44/2001

5. La cuestión relativa al alcance de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del R. 44 ha sido profusamente estudiada por la doctrina. Sin ánimo de insistir en esta cuestión⁶, baste ahora con recordar que las coordinadas básicas para entender los límites de esa exclusión han sido fijadas por el TJUE en sus célebres sentencias *Marc Rich*, *Van Uden* y muy recientemente *West Tankers* (STJUE de 25.7.1991, 17.11.1998 y 10.2.2009, respectivamente)⁷.

A la luz de estas sentencias, el marco legal sobre la inclusión/exclusión del arbitraje del Reglamento 44 es el siguiente: Los *procedimientos de aplicación* de un arbitraje quedan excluidos del ámbito de aplicación material del R. 44. Por el contrario, sí se consideran incluidos en ese ámbito los *procedimientos de apoyo*. A partir de aquí, de la jurisprudencia del TJUE se deduce que *procedimientos de aplicación* son

⁴ Todas las Opiniones pueden consultarse en: http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0002_en.htm

⁵ Tal y como pasa a denominarse tras la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa* (1.12.2009).

⁶ *In extenso*, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: La eficacia del laudo arbitral*, Madrid, 2000, pp. 98-158.

⁷ Asuntos C-190/89, C-391/95 y C-185/07, respectivamente.

aquéllos cuyo objeto verse directamente sobre arbitraje y cuya resolución se revela indispensable para su desarrollo (*ad. ex.* procedimiento para el nombramiento de un árbitro). *Procedimientos de apoyo*, en cambio, son aquéllos cuyo objeto no verse de modo directo sobre una cuestión arbitral; aquéllos, en fin, cuyo objeto no sea absolutamente indispensable para solventar posibles inconvenientes que afecten el normal devenir del arbitraje (*ad. ex.* medidas cautelares).

La reciente sentencia *West Tankers* puntualiza esta delimitación en los siguientes términos: Quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación material del R. 44 las *antisuit injunctions* dictadas en favor de un arbitraje (*infra* IV). Por el contrario, queda expresamente incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento 44 la cuestión relativa a la validez del convenio arbitral cuando ésta se presente a título incidental.

Lo cual supone tanto como que cuando un juez de un Estado miembro estime que no hay un convenio válido y, en consecuencia, entre a conocer sobre el fondo de la cuestión, la sentencia que dicte deberá ser reconocida en todos los Estados miembros en aplicación del R. 44. Supuesto que, a su vez, plantea otra cuestión: ¿podrá denegarse el exequátur de esa sentencia en base al orden público por estimar que el convenio arbitral era válido? (*infra* IV).

6. La distinción así planteada no es del todo satisfactoria. Y es que, además de la confusión que genera –los procedimientos de *apoyo* y *aplicación* no son, por más que se quiera, excluyentes- no deja de resolver las cuestiones más controvertidas. Así, por ejemplo, no resuelve la cuestión relativa al reconocimiento del laudo arbitral anulado en el Estado de origen. O lo que es lo mismo, no resuelve la cuestión relativa a la aplicación del R. 44 para reconocer una sentencia judicial que anula el laudo arbitral. Tampoco resuelve la cuestión en torno al *doble exequátur* del laudo; entendiéndose por *doble exequátur* en este ámbito el reconocimiento de la resolución judicial extranjera que declara ejecutable el laudo.

Este último hecho ha generado una jurisprudencia contradictoria entre los tribunales de los diferentes Estados miembros de la UE, pues existen resoluciones –las menos- que en aplicación del R. 44 reconocen estas sentencias, y resoluciones –las más- que niegan la aplicación del R. 44 a estos supuestos⁸. Esta situación es puesta expresamente de manifiesto en el *Heidelberg Report*. “*in some Member states, judgments endorsing arbitral awards are recognised under Article 32 JR, while other Member States deny the application of the Judgment Regulation by applying Article 1 (2) (d) JR.*”

7. Por otro lado, el *Report* pone de relieve hasta dos veces que, debido al estado de la cuestión –esto es, debido al alcance de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del R. 44-, existen una serie de supuestos relevantes en la práctica que no están satisfactoriamente resueltos. Tales supuestos se plantean, sobre todo, como consecuencia de juicios dispares sobre la validez del convenio arbitral: “*parallel civil and proceedings in different Member States are possible when the validity of the arbitration clause is affirmed by the arbitral tribunal, but disregarded in another Member State*”. En el mismo sentido: “*Consequently, the arbitration clause may be considered as valid in one Member State and as void in another with the result of parallel proceedings and conflicting judgments*”.

8. Hasta aquí, por tanto, dos primeras conclusiones: (i) todavía perviven ciertas dudas sobre la aplicabilidad del R. 44 a cuestiones conexas al arbitraje y, (ii) la exclusión del de esta materia del reglamento comunitario en los términos actuales –tal y como ha sido interpretado por el TJUE- impide solucionar ciertos problemas que en la práctica se plantean. El más importante de éstos es, sin duda, el hecho de que puedan activarse “torpedos” para dar al traste con el correcto devenir del arbitraje.

La práctica del “torpedo”: Básicamente consiste en plantear ante un foro “lento” una demanda sobre el fondo aún habiendo pactado las partes la sumisión a arbitraje para dirimir la controversia. Tanto el tiempo que puede transcurrir hasta que el juez entra a conocer del asunto, como el juicio sobre la validez del convenio arbitral controvertido, pueden obstaculizar seriamente el arbitraje.

⁸ Sobre esta cuestión *in extenso*, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Colex, Madrid, 2007, pp. 189-195.

Como a continuación se verá, la sentencia *West Tankers* no hace sino complicar algo más las cosas (*infra* IV).

III. Las propuestas del *Heidelberg Report*

1. Propuestas de inclusión de arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001

9. A la luz de los supuestos analizados en la primera parte del *Report* –que dicho sea de paso, sólo son una parte de los supuestos que se dan- se articulan una serie de propuestas de *lege ferenda*. La justificación de estas propuestas se plasma de forma rotunda: “*the practical problems relating to the exclusion of arbitration can no longer be dissimulated*”.

El punto de partida en este contexto es claro. Dicho punto podría concretarse así: cualquier modificación que se adopte al respecto *no* debe interferir con el ámbito de aplicación del *Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros* (CNY). En concreto: “*Before addressing specific interfaces between the JR and arbitration, it seems appropriate to stress some guiding principles which should govern any inclusión of arbitral matters in the framework of the Judgment Regulation. Firstly, the New York Convention of 1958 provides a uniform framework for the enforcement of arbitral awards. The convention is in force worldwide and should not be set aside or weakened by a regional framework. Secondly, the most prominent achievement of the New York Convention consists in its broad scope of application entailing uniformity and legal certainty world-wide, in all contracting States. Therefore, the Judgment Regulation should not address issues dealt with by the New York Convention.*” (numeral 116 del *Report*).

10. A partir de aquí, el ámbito de aplicación de la propuesta queda perfectamente delimitado: se circunscribe a una ampliación del ámbito material del R. 44 para incluir en él –únicamente- los procedimientos conexos al arbitraje.

11. Sentado el punto de partida, el *Report* aboga, con carácter general, por *suprimir* la excepción prevista en el mismo artículo 1.4 R. 44 relativa al arbitraje. A partir de ahí, localiza cuatro puntos controvertidos sobre los que cabe plantearse una nueva regulación:

A) El reconocimiento del convenio arbitral.

B) Las cuestiones conexas al arbitraje tales como las relativas al nombramiento de árbitros, apoyo judicial para la concreción de pruebas y decisiones de los tribunales sobre los costes del arbitraje.

C) La cuestión relativa al reconocimiento y ejecución, y en concreto, la cuestión relativa al reconocimiento de la sentencia judicial dictada como consecuencia de considerar inválido el convenio arbitral –¿posible aplicación de la cláusula de orden público para denegar el reconocimiento de esa sentencia?–; y,

D) Las cuestiones relativas a los conflictos entre laudos arbitrales y sentencias judiciales en materia de arbitraje.

La cuestión relativa al reconocimiento de una sentencia judicial como consecuencia de considerar inválido el convenio arbitral ha quedado definitivamente zanjada en –sentido positivo- tras la sentencia *West Tankers* –C/. (*infra* IV). Para resolver las cuestiones relativas a los *conflictos entre laudos arbitrales y sentencias extranjeras*, el *Report* plantea de *lege ferenda* un nuevo instrumento comunitario. Tan interesante resulta esta cuestión que será objeto de un epígrafe aparte (*infra* VI).

12. En cuanto a la primera cuestión que plantea el *Report* (reconocimiento del laudo arbitral –A/–) cabe decir lo siguiente. Estos supuestos tienen su origen en la diferente apreciación que los distintos tribunales de los Estados miembros están haciendo sobre la validez, y sobre todo, sobre la extensión de los efectos del convenio arbitral. Como consecuencia de esta situación: “*conflicting judgments and arbitral awards (and enforcement measures) may impair the predictability of judicial proceedings in the European Judicial Area. This situation is not satisfactory...*”

El problema en cuestión hace tiempo que fue denunciado. De hecho, las propuestas para ampliar el ámbito de aplicación material del R. 44 a estos supuestos son antiguas y gozan de amplia aceptación

doctrinal y jurisprudencial⁹. Y el hecho de que el *Report* reconozca ahora expresamente su relevancia tiene importancia, pues no sólo las hace suyas, sino que, además, las justifica plenamente: “*court proceedings supporting arbitration in civil and commercial matters would be covered by the scope of the Judgment Regulation and, accordingly, a (declaratory) judgment on the validity of an arbitration agreement could be recognised under Article 32 JR*”. Afirma, en este sentido, que la inclusión de esta materia en el ámbito del R. 44 supondría una estrecha conexión entre el CNY y el mismo Reglamento. Todo ello, además, asegurando la prevalencia del CNY sobre el R. 44 por mor del artículo 71 R. 44.

13. Los motivos que enumera el *Report* para justificar una ampliación del ámbito material del instrumento comunitario al reconocimiento del convenio arbitral son: la eliminación del riesgo de que se produzcan decisiones contrapuestas sobre la validez del mismo; la posibilidad de alcanzar los mismos efectos que en la práctica pretenden las *antisuit injunctions* dictadas para proteger la eficacia del convenio arbitral; y, la posibilidad también de alcanzar los mismos efectos que en la práctica se consiguen con la apreciación del efecto negativo del principio *Kompetenz-kompetenz*.

En efecto, ampliando el ámbito de aplicación del R. 44 a estos supuestos es muy lógico suponer que una vez dictada una resolución judicial afirmando la validez del convenio arbitral –ya sea resolviendo a título principal, ya sea resolviendo a título incidental–, cualquier otro Estado miembro se abstendría de conocer sobre el fondo del asunto. Y si aún así lo hiciera; es decir, si aún así entrase o pretendiese entrar a conocer sobre el fondo de la cuestión, bastaría con instar ante ese tribunal el reconocimiento *incidental* de la resolución judicial extranjera que declara la validez del convenio para dar al traste con su aspiración (art. 33.3 del Reglamento).

14. Por tanto, la medida consistente en incluir los supuestos de reconocimiento del convenio arbitral en el ámbito de aplicación del R. 44 tiene todo su sentido. No obstante, a mi juicio plantea –o delata– un problema mayor, cual es el que se deriva del hecho de no querer ir más allá y armonizar cuestiones que en la práctica se están revelando extraordinariamente controvertidas: básicamente, los parámetros formales y la extensión de los efectos del convenio arbitral.

15. Por ello, la mejor opción en este punto pasaría por incluir en el articulado del instrumento comunitario una norma material que delimitara los contornos formales del convenio arbitral. Una norma muy similar en cuanto a su contenido y estructura al artículo 23 del texto (*prórroga de competencia*).

16. La opción en cuestión es, de hecho, considerada –y deseada– por el *Report* (numeral 126). Los motivos que esgrime para renunciar a esta vía son los siguientes: (i) una supuesta superposición con el artículo II CNY; (ii) una extensión de esa hipotética cláusula al ámbito de los consumidores; (iii) una posible colisión con el principio de *Kompetenz-Kompetenz*; y, (iv) una “comunitarización” no deseada de esa materia.

17. Los cuatro argumentos descritos individualmente considerados no son, a mi juicio, convincentes. El cuarto es, si acaso, entendible. Así es, pues la “comunitarización” de esta materia supondría tanto como una renuncia a la concepción autónoma que cada ordenamiento jurídico tiene sobre la cuestión. Una intrusión –si se quiere– en la cultura arbitral de cada Estado miembro.

Y aun siendo cierto este argumento, desde un punto de vista estrictamente teórico no parece tan grave. Armonizar la validez formal del convenio arbitral sólo aportaría seguridad jurídica –en términos de previsibilidad– al operador económico. De hecho, esto es lo que en su día pretendió el artículo II CNY (artículo ampliamente superado –por insuficiente– en la práctica arbitral).

18. Los otros tres argumentos son, cuanto menos, contestables. La interferencia de normas con el artículo II CNY (i) lleva mucho tiempo dándose en la práctica –a menudo se aplica la norma interna, más favorable–. Circunstancia ésta que, además, incrementa la inseguridad jurídica. Por otro lado, la exclusión de los consumidores de este ámbito (ii) se lograría tratando la cuestión en el mismo artículo:

⁹ *In extenso*, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial...*, cit. nota 6, pp. 160-220.

haciendo una escueta mención (en términos de exclusión) en el tenor de la norma. Y por fin, la colisión con el efecto negativo del principio de *kompetenz-kompetenz* (iii) es discutible. En efecto, según este principio los árbitros tienen potestad para decidir sobre la misma validez del convenio arbitral, de tal modo que se atribuye al mismo árbitro el examen de su propia competencia cuando ésta sea impugnada. Además, esta particular competencia del árbitro no depende del hecho de que únicamente se haya impugnado la validez del mismo convenio arbitral o del hecho de que se haya impugnado el contrato en su totalidad. En ambos supuestos, el árbitro decide sobre la validez del citado convenio.

El efecto negativo de este principio ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia francesa¹⁰. En su virtud, cuando se plantee ante los tribunales de justicia una cuestión relativa a la validez del convenio, en vez de resolver, se limitarán a remitir al colegio arbitral para que sea éste quien juzgue la validez del mismo. Única excepción a esta regla es aquel supuesto en el que el tribunal judicial considere que el convenio arbitral es *manifestamente* nulo.

Siendo esto así no es fácil vislumbrar en qué modo puede interferir una regulación formal del convenio arbitral con este principio. Y es que, la armonización material del convenio arbitral en nada afecta a la forma en que cada ordenamiento decide cómo debe procederse a determinar la validez del mismo. Una cosa es la norma material que regula la validez formal del convenio y otra bien distinta es el procedimiento en virtud del cual se determina quién tiene la competencia inicial –juez o árbitro– para juzgar esa validez; validez, eso sí, que se juzgará a partir de los criterios formales que regule la norma material.

19. En cualquier caso, la vía escogida para reconocer el convenio arbitral tampoco desmerece y supone un verdadero avance en este ámbito. En concreto, pasa por entender que la parte vinculada por un convenio no debe quedar obligada a defenderse ante la jurisdicción ordinaria extranjera. La idea que subyace a esta regulación es que el tribunal [extranjero] que conozca de la controversia debe suspender el procedimiento si le consta la existencia de un convenio arbitral (por más que su validez sea controvertida) y remitir a las partes a los tribunales del lugar del arbitraje para que sean éstos los que resuelvan la cuestión relativa a la validez del convenio arbitral.

La propuesta finalmente presentada para regular estos supuestos se enmarca en la Sección 9ª del texto (*litispendencia y conexidad*) y es del siguiente tenor:

Artículo 27 A. *A court of a Member State shall stay the proceedings once the defendant contests the jurisdiction of the court with respect to existence and scope of an arbitration agreement if a court of the Member State that is designated as place of arbitration in the arbitration agreement is seized for declaratory relief in respect to the existence, the validity, and/or scope of that arbitration agreement*¹¹.

20. Los procedimientos conexos al arbitraje relativos a cuestiones tales como el nombramiento de árbitros, el apoyo judicial para la concreción y custodia de pruebas y la adopción de medidas cautelares (B/) también deberían tener cabida, en opinión del *Report*, en el ámbito de aplicación material del R. 44 revisado.

21. Por lo que hace a las medidas cautelares, resulte muy sugerente la propuesta de aplicar las normas de competencia judicial internacional previstas en el Capítulo II del Reglamento. Repárese en que por más que tras la sentencia *Van Uden* (*supra* 5) parezca evidente la aplicación del texto comunitario a estos supuestos, es lo cierto que este fallo únicamente se limitó a establecer la compatibilidad entre el R. 44 y el arbitraje: la competencia final para adoptar dichas medidas vendría –y viene– determinada

¹⁰ *Ad. ex. Cour de cassation*, 21.5.1997, *Rev. Arb.*, 1997, pp. 534-538. Sobre esta cuestión en la doctrina comparada *vid.*, por todos, E. GAILLARD, “L’effet négatif de la compétence-compétence”, *Études de procédure et d’arbitrage en l’honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, pp. 387-402.

¹¹ La traducción que hago de esta norma es: “El tribunal de un Estado miembro suspenderá el procedimiento si el demandado impugna su competencia alegando la existencia de un convenio arbitral aplicable, si se presenta ante el tribunal del Estado miembro designado sede del arbitraje una demanda mero declaratoria sobre la existencia, validez y alcance del convenio arbitral”.

por los ordenamientos procesales de fuente interna. Y no por lo establecido en el hoy artículo 31 R. 44, que, como norma de remisión que es, se limita a remitir la cuestión a los ordenamientos procesales de cada Estado¹².

22. La forma de regulación propuesta para los supuestos de apoyo al arbitraje es muy estricta, pues se articula en torno a la creación de un fuero de competencia judicial internacional *exclusivo*.

Son bien conocidos los motivos y las implicaciones que de la concreción de la competencia judicial en un fuero *exclusivo* se derivan. Los motivos giran alrededor de un –cuestionable– interés particularmente intenso del Estado en cuyos tribunales recae este tipo de competencia. Y las implicaciones van desde la imposibilidad de prorrogar la competencia mediante una cláusula de sumisión a los tribunales de otro Estado, hasta la exclusión del juego del fuero general –domicilio del demandado– y, en su caso, del fuero especial.

La justificación del fuero *exclusivo* descansa, sobre todo, en la necesidad de evitar una “competencia” entre los diferentes tribunales de los Estados miembros para entrar a conocer de la misma cuestión. Se estima, en este sentido, que encuadrar esta cuestión en el ámbito de las competencias *especiales* supondría tanto como abrir la puerta a fueros concurrentes –fuero general (domicilio del demandado) *versus* tribunales designados por el fuero especial–.

La pega que una regulación de este tipo plantea –ya sea como fuero *exclusivo* o como fuero *especial*– reside en la concreción del lugar del arbitraje cuando nada al respecto está previsto en el convenio arbitral. Además, no debe olvidarse que tampoco existe una definición uniforme de sede del arbitraje en todos los Estados miembros. Por este motivo, la propuesta en torno a la creación de un fuero *exclusivo* viene acompañada de una pauta material uniforme para la concreción del lugar del arbitraje.

La propuesta finalmente presentada para regular estos supuestos es del siguiente tenor:

Artículo 22. 6: *The following courts shall have exclusive jurisdiction, regardless of domicile, (...) (6) in ancillary proceedings concerned with the support of arbitration the courts of the Member State in which the arbitration takes place.*

The place of arbitration shall depend on the agreement of the parties or be determined by the arbitral tribunal. Otherwise, the court of the Capital of the designated member State shall be competent, lacking such a designation the court shall be competent that would have general jurisdiction over the dispute under the Regulation if there was no arbitration agreement.

2. Crítica a las propuestas del *Heidelberg Report*

23. Cargadas de sentido común, las propuestas del *Heidelberg Report* representan –qué duda cabe– un paso adelante en la necesaria regulación de la relación entre el arbitraje internacional –o mejor, entre el arbitraje comunitario– y la jurisdicción ordinaria. Y ello, aun cuando en un primer momento se descarte la inclusión de una norma material que regule la validez formal del convenio arbitral¹³. En palabras del *Report*: “*In the present state of affairs, it seems appropriate not to propose far-reaching amendments of the Judgement Regulation in this field*” (numeral 130).

24. El primer paso de esta propuesta, que consiste en suprimir la mención al “arbitraje” tal y como hoy está recogido en el párrafo segundo del artículo 1 del Reglamento 44 es muy acertado. Y es que, este mínimo cambio de redacción del artículo 1 supondrá tanto como que el exequátur de la sentencia judicial que anula el laudo arbitral pueda llevarse definitivamente a cabo a partir de los cauces que prevé el reglamento comunitario. De este modo, será difícil que vuelvan a darse supuestos tan contrarios a la

¹² Escapa a este estudio mediar en la polémica doctrinal en torno a la calificación del artículo 31 R. 44 (norma de competencia *versus* norma de remisión) y sobre la relevancia de la sentencia *Van Uden* para el arbitraje internacional. Sobre estas cuestiones *vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI / M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje, medidas cautelares y Convenio de Bruselas (A propósito de la Sentencia del TJCE de 17 de Noviembre de 1998 en el asunto *Van Uden c. Deco Line*)”, *Tribunales de Justicia* 1999/4, pp. 303-318.

¹³ Ya en este sentido, M. GÓMEZ JENE, “Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Binnenmarkt”, *IPRax*, 2005, pp. 84-93.

lógica comunitaria –e irrespetuosos con la autonomía de la voluntad de las partes- como el que representa el asunto *Putrabali*¹⁴: un laudo anulado en Londres –sede expresamente elegida para las partes- es reconocido en París.

25. Por lo demás, la propuesta es coherente con el grado de regulación que pretende alcanzar. En efecto, en la medida en que la idea que subyace a esta reforma es la de preservar la “cultura arbitral” de cada Estado, tiene sentido que se otorgue competencia *exclusiva* a los tribunales de la sede del arbitraje para que conozcan de los procedimientos de apoyo y control. Excluyendo de esa competencia las acciones relativas a la validez del convenio arbitral. Repárese en que ciertos ordenamientos jurídicos en materia arbitral no permiten que los jueces entren a conocer a título principal de la validez del convenio (es el caso, por ejemplo, del ordenamiento jurídico español –arts 7 y 8 LA-). En este sentido, parece lógico evitar una competencia judicial en grado de exclusividad a favor de un tribunal que, en virtud de su ordenamiento procesal interno, puede que ni tan siquiera tenga competencia para conocer de ese supuesto. De hecho, en coherencia con el principio de “mínima invasión” que informa a esta propuesta de reforma, la regla que propone en materia de conexidad –consistente en una remisión a los tribunales sede del arbitraje- únicamente opera si el tribunal en cuestión “*is seized for declaratory relief in respect to the existence, the validity and/or the scope of that arbitration agreement*”. O lo que es lo mismo: la regla para evitar procedimientos paralelos que plantea el *Report* sólo entra en juego cuando la parte interesada –de ordinario, la parte demandada en el procedimiento principal- anuncie su voluntad de plantear a título principal una demanda sobre la validez del convenio arbitral ante los tribunales de la sede del arbitraje.

26. A mi juicio esta regla plantea, al menos, dos problemas. El primero gira en torno al requisito que se impone al demandado para que entre en juego la regla de conexidad: se le exige que plantee una demanda mero declaratoria ante los tribunales de la sede del arbitraje sobre la validez del convenio arbitral. El segundo, directamente relacionado con el anterior, gira en torno al supuesto que no regula: ¿qué ocurre si el demandado opta por iniciar directamente el arbitraje sin plantear la demanda mero declaratoria pertinente?

Como ya adelantara anteriormente (*supra* 24), ciertos ordenamientos jurídicos –como el español-, en su afán por limitar la intervención judicial en el arbitraje, no permiten que los jueces entren a conocer a título principal de la validez del convenio arbitral. Siendo esto así –y no hay duda de que lo es- debemos convenir que la norma propuesta en el *Report* condiciona su misma aplicación a que se cumpla un requisito de imposible cumplimiento: planteamiento de una demanda que no se puede plantear.

Y por otro lado, la regla de conexidad propuesta no regula el supuesto más común. Así, cuando el demandante en la jurisdicción ordinaria presenta su demanda, lo que indirectamente está haciendo es incumplir con lo pactado en el convenio arbitral (renuncia a la jurisdicción). Ante esta situación, el demandado ante la jurisdicción ordinaria podrá optar por seguir fiel a lo pactado en el convenio e iniciar el arbitraje –renunciando a plantear ninguna acción mero declarativa sobre la validez del mismo-. Pues bien, como podrá comprobarse, este supuesto no está contemplado en el tenor de la norma.

IV. La sentencia *West Tankers*: la inclusión del arbitraje en el Reglamento 44 vía jurisprudencial

27. Estando en todo su apogeo el debate en torno a las propuestas de modificación que plantea el *Heidelberg Report*, el TJUE dictó su ya conocida sentencia *West Tankers*. La sentencia, como no podía ser de otro modo, ha generado una amplia e intensa discusión doctrinal¹⁵.

¹⁴ *Cour d'Appel de París*, 31.3.2005, *Rev. Arb.*, 2006, pp. 665- 666. *Cour de Cassation*, 29.7.2007, *Rev. Arb.*, 2007, pp. 507-517.

¹⁵ *Vid.* el interesantísimo debate doctrinal en: conflictoflaws.net *Vid.* también, En la doctrina extranjera, *vid.* : S. BOLLÉÉ, « La Cour de justice des communautés européennes condamne les injonctions anti-suit visant à protéger la compétence arbitral, note sous CJCE, 10 février 2009 », *Rev. Arb.*, 2009, pp. 407-428 ; M. ILLMER, « Anti-suit injunctions zur Durchsetzung von Schiedsvereinbarungen in Europa – der letzte Vorhang ist gefallen », *IPRax*, 2009, pp. 312-318; H. P. SCHROEDER, « Gemeinschaftswidriges gerichtliches Verbot der Klagerhebung wegen Schiedsvereinbarung », *EuZW*, 2009, pp. 218- 219 ; S. SEELMANN-EGGEBERT / P. CLIFFORD, « Lost a sea ? Anti-suit injunctions after West Tankers », *SchiedsVZ*, 2009, pp.- 139-142. En la doctrina española, *vid.* : R. ARENAS GARCÍA, « La inclusión progresiva del arbitraje

28. De la sentencia *West Tankers* se derivan, al menos, tres importantísimas consecuencias:

1ª. Queda comprendida en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001 (R. 44) la *cuestión incidental* relativa a la validez del convenio arbitral, cuando se plantee ante el tribunal de un Estado miembro que va a conocer sobre el fondo en base a uno de los fueros de competencia judicial del Reglamento;

2ª. Las *antisuits injunctions* son incompatibles con el *espacio judicial europeo*; y,

3ª. El tribunal ante el que se plantea la demanda sobre el fondo tiene *competencia exclusiva* para pronunciarse a título incidental sobre la validez y aplicabilidad del convenio arbitral (numeral 27 de la sentencia).

Ésta última consecuencia es, sin duda, la más relevante a los efectos de este trabajo.

1. El juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral queda *incluido* en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001

29. Si bien desde el punto de vista del Derecho anglosajón la relevancia del fallo reside, básicamente, en concretar el alcance de las *antisuits injunctions* en el *espacio judicial europeo*, la sentencia *West Tankers* es importante también en la medida en que zanja definitivamente una cuestión relativa a la exclusión / inclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del R. 44. Dicha cuestión es, en concreto, la relativa a la aplicabilidad del R. 44 cuando presentada una demanda sobre el fondo ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro se plantee a título incidental la existencia de un convenio arbitral. Es decir, habida cuenta de que el artículo 1.2.d/ del R. 44 excluye el arbitraje de su ámbito de aplicación, se cuestiona el hecho de que un juez de un Estado miembro pueda declararse competente en base a los fueros del R. 44 cuando alguna de las partes –normalmente, la demandada- alegue la existencia de un convenio arbitral –en su opinión- válido.

Para resolver esta cuestión el TJUE ha otorgado, además, *competencia exclusiva* al tribunal ante el que se plantea la cuestión principal.

30. La aplicación del R. 44 cuando se plantee a título incidental la validez del convenio arbitral ha sido ampliamente discutida por la doctrina. En términos generales puede afirmarse que la opinión a favor de considerar *incluido* este supuesto en el ámbito de aplicación material del Reglamento ha sido, desde siempre, muy mayoritaria. Tanto en la doctrina continental¹⁶ como en la doctrina anglosajona¹⁷.

en el Reglamento 44/2001 : de Van Uden a *West Tankers* y sus consecuencias » ; M. REQUEJO ISIDRO, « *West Tankers* : otra vez no a las *antisuits injunctions* » ; E. SIERRA NOGUERO, « Un revés europeo al arbitraje londinense : la anti-suit injunctions es incompatible con el Derecho comunitario », los tres estudios publicados en *Arbitraje*, Vol. II, 2009 (2), pp. 401-428 ; pp. 429-438 ; y, pp. 439-458, respectivamente; N. BOUZA VIDAL, « Procedimientos paralelos en torno a la validez del convenio arbitral: nuevos planteamientos después de *West Tankers* », *Arbitraje*, Vol. II, 2009 (3), pp. 675-708.

¹⁶ D. MARTINY, “Anerkennung nach multilateralen Staatsverträgen”, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Vol. III/2, Tubingia, 1984, pp. 83-85; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVÜ und Lugano Übereinkommen*, Heidelberg, 1996, pp. 73-74 –mismo criterio en sucesivas ediciones-; P. SCHLOSSER, *EuGVÜ. Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen mit Luganer Übereinkommen und den Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme*, Munich, 1996, pp. 29-30; R. GEIMER / R. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano- Übereinkommen*, Munich, 1997, p. 501 –mismo criterio en ediciones posteriores-; P. MANKOWSKI en T. RAUSCHER (Ed.), *Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar*, 2ª Ed., 2006, pp. 97-101. En la doctrina española, a favor, M. GÓMEZ JENE, “Convenio arbitral y orden público europeo (a propósito de la Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000 en el asunto *Krombach c. Bamberski*)”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Núm. 209, Sep/oct. 2000, pp. 86-92; con cautelas, R. ARENAS GARCÍA, “La inclusión...”, *cit.*, nota 15, pp. 414-415. En contra, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 616-617.

¹⁷ T. C. HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgments*, Londres, 1984, pp. 96-97; D. LASOK / P. A. STONE, *Conflict of laws in the European Community*, 1987, p. 186; P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Oxford, 1987, pp. 147-148; S. O'MALLEY / A. LAYTON, *European Civil Practice*, Londres, 1989, pp. 346-347; P. M. NORTH / J. J. FAWCET, *Cheshire and North's Private International Law*, Londres, 1992, pp. 435-436 –mismo criterio en ediciones posteriores-; A. BRIGGS en: P. REES (Ed.), *Norton Rose on Civil Jurisdiction and Judgments*, Londres, 1993, p. 33.

De hecho, el *Heidelberg Report* plantea su propuesta de inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación del R. 44 partiendo de esta premisa: “*the preliminary issue relating to the validity of an arbitration clause did not affect the applicability of the Judgments Convention*” (numeral 106).

31. Pero además del apoyo doctrinal comentado, la jurisprudencia comparada también ha venido asumiendo desde antiguo esta interpretación. Hasta tal punto que ha venido otorgando el exequátur a aquellas sentencias dictadas como consecuencia de un juicio previo de nulidad o inexistencia del convenio arbitral. Sin ni tan siquiera aceptar el juego de la cláusula de orden público en este estadio.

Así, por ejemplo, resulta especialmente nítida en este sentido la resolución (*Beschluss*) del *Oberlandesgericht (OLG)* de Celle (Alemania) de 8.12.1977¹⁸. En este supuesto el tribunal aplicó el hoy R. 44 para reconocer una sentencia italiana dictada en las condiciones anteriormente descritas, desestimando el juego de la cláusula del orden público en sede de exequátur. Para el tribunal alemán, la consideración sobre la invalidez del convenio arbitral realizada por el juez de origen, si bien cerraba la posibilidad a un procedimiento arbitral, no impedía su resolución vía judicial, por lo que en ningún momento se actuaba en contra del orden público.

En esta misma línea interpretativa se encuadra la resolución del *OLG* de Hamburgo de 5.8.1988¹⁹. En efecto, en un asunto donde, entre otras cuestiones, la demandante esgrimía la existencia de un convenio arbitral como causa para evitar el reconocimiento de una sentencia francesa, el *OLG* no consideró la aplicación de la cláusula de orden público para denegar el reconocimiento solicitado.

Idénticos parámetros hermenéuticos adoptó la *High Court of Justice* con ocasión del asunto “*The Heidelberg*”²⁰. En este caso, la *High Court* estimó que una sentencia dictada por el *Tribunal de Commerce* de Burdeos, que resolvía sobre el fondo del litigio tras rechazar la validez del convenio arbitral, entraba en el ámbito de aplicación del hoy R. 44 y que, por lo tanto, el tribunal inglés estaba obligado a reconocerla.

Como se observa, en estos tres supuestos los pertinentes órganos jurisdiccionales que conocen del exequátur llegan a la misma conclusión: la apreciación hecha por el juez del Estado de origen sobre la validez del convenio arbitral no puede corregirse mediante el juego de la excepción de orden público en sede de exequátur y, en consecuencia, no es causa para denegar el reconocimiento de la sentencia.

32. Siendo esto así –apoyo doctrinal y jurisprudencial claro– causa cierta extrañeza que el Tribunal haya sido tan parco en sus argumentos para zanjar –como ha zanjado– una cuestión tan relevante para los prácticos del arbitraje. Tan es así que, en su sentencia, el TJCE únicamente se apoya en el *Informe Evrigenis y Kerameus*²¹ para justificar su postura.

33. A mi juicio, sin embargo, existen poderosos argumentos adicionales a favor de esta interpretación; argumentos que bien podrían haberse puesto de relieve en un considerando adicional (como así apuntó, cuanto menos, la Abogado General en sus Conclusiones al fallo). De este modo, se hubiera transmitido una sensación de solidez argumental muy necesaria habida cuenta de la relevancia del tema.

Dichos argumentos se localizan en el *Informe Schlosser*²², en la misma jurisprudencia del TJUE y en las nefastas consecuencias que se derivarían de no aceptar la interpretación que finalmente ha hecho el TJUE.

¹⁸ OLG Celle, *Beschluss* del 8.12.1977 – 8 W 276/77, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1979, pp. 131-132.

¹⁹ OLG Hamburgo, *Beschluss* del 5.8.1993 – 6 W 92/89, *IPRax*, 1995, pp. 391-393.

²⁰ *Asunto Partenreederei M/S “Heidelberg” and Vega Reederei Friedrich Dauber c. Grosvenor Grain and Feed Co. LTD. Union Nationale des Cooperatives Agricoles de Cereales and Assurances Mutuelles Agricoles, Queen’s Bench Division (Commercial Court)*, 8,9,13,14 y 16 de diciembre de 1993, [1994] Vol. 2, *Lloyd’s Law Reports*, pp. 287-314.

²¹ *Informe de los Profesores D. EVRIGENIS / K. D. KERAMEUS relativo a la adhesión de la República Helénica al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, DOCE núm. C 189, de 28.7.1990, núm. numeral 35, p. 266.

²² *Informe del Profesor P. SCHLOSSER sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia*. DOCE, núm. C 189 de 28.7.1990, pp. 184-256.

34. Por lo que hace al *Informe Schlosser*, cabe apuntar lo siguiente. Relata este texto que en el marco de las negociaciones conducentes a la adhesión del Reino Unido, Dinamarca e Irlanda al hoy R. 44 se planteó la siguiente cuestión:

En el caso de que un tribunal estatal, por ignorar la existencia de un convenio arbitral o por no considerarlo válido, se pronunciase sobre el fondo del asunto dictando sentencia, ¿podría otro Estado miembro rechazar el reconocimiento de dicha resolución basándose en que, en realidad, el convenio arbitral era válido y la decisión no entraría, por tanto, en el ámbito de aplicación del hoy R. 44 en virtud del artículo 1.4?

Situados en este contexto, debe señalarse que *únicamente* el Reino Unido defendió la tesis de que la existencia de un convenio arbitral válido era causa suficiente para no aplicar el hoy R. 44. Esta interpretación, además de ser criticada ampliamente por la doctrina anglosajona (*supra* 29), fue rechazada por la mayoría de los Estados miembros, que se inclinaron por la interpretación contraria; esto es, la existencia de dicho convenio no era óbice para el reconocimiento –vía reglamento– de la sentencia judicial que hubiera conocido sobre el fondo.

La postura de este sector mayoritario se cimentaba, por lo que ahora importa, en que la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del R. 44 no operaba cuando la cuestión de la validez de un convenio arbitral se plantease de forma incidental. Justo el supuesto que ahora se plantea en el asunto *West Tankers*.

En consecuencia, si bien es cierto que el *Informe Schlosser* dejó deliberadamente abierta esta cuestión (“Los Estados miembros podrán tener en cuenta esta interpretación incierta en su legislación de introducción”²³), no es menos cierto que también demuestra con particular nitidez como una amplia mayoría en el seno del grupo legislador se decantó a favor de la interpretación que finalmente ha adoptado el TJUE.

Es más, incluso puede afirmarse que, bien leído, el numeral 62 del *Informe Schlosser* asume implícitamente la interpretación mayoritaria: “...*el punto 4 del párrafo segundo del artículo 1 del Convenio sólo cubre los procedimientos que se desarrollen ante los tribunales estatales en los casos en que dichos procedimientos se vinculen a la pretensión principal de un procedimiento arbitral, y no cuando se refieran sólo incidentalmente a la cuestión de la validez de un compromiso arbitral con ocasión del examen de la competencia del tribunal.*”

35. Queda claro, por tanto, que, a la luz de los *Informes* anteriormente citados, la *interpretación teleológica* sobre de la exclusión del arbitraje del R. 44 (o sobre su artículo 1.4.d/) pasa por considerar incluido en el ámbito de aplicación material del instrumento comunitario el supuesto planteado.

Pero además, entiendo que el mismo TJUE ya hizo una rápida referencia a esta cuestión en su sentencia *Marc Rich*²⁴, manifestándose entonces en el mismo sentido en que se ha manifestado ahora en la sentencia *West Tankers*.

En efecto, en el considerando 28 de aquel fallo, el TJUE estableció que: “*la circunstancia de que se suscite una cuestión previa sobre la existencia o la validez del convenio arbitral no tiene incidencia alguna en la exclusión del ámbito de aplicación del Convenio de un litigio cuyo objeto sea la designación de un árbitro*”. A mi entender, lo que el TJUE quiso decir con que este inciso es que, del hecho de que la cuestión previa *si* esté incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento (en el caso, juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral) no puede deducirse necesariamente que la cuestión principal en cuyo seno se plantea (en el caso, procedimiento de designación de árbitro) también deba quedar incluida en el ámbito de aplicación material del R. 44. Una perspectiva inversa, si se quiere, desde la que estudiar la exclusión del arbitraje del R. 44.

En consecuencia, podría incluso sostenerse que la sentencia *West Tankers* no hace en este punto más que desarrollar lo que el mismo TJUE ya apuntó en la sentencia *Marc Rich*. Y desde esta perspectiva, me parece que la coherencia entre ambas sentencias es absoluta.

²³ Cfr. los numerales 61 y 62 del Informe SCHLOSSER, pp. 202-203.

²⁴ STJCE de 25.7.1991, asunto C-190/89. Sobre esta sentencia, con más detalle, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial...*, cit., nota 6, pp. 106-123.

36. Visto que los Informes al entonces *Convenio de Bruselas de 1968* se decantaron por considerar como incluido en el ámbito de aplicación material del hoy R. 44 el juicio incidental sobre la validez del convenio, y, visto que la jurisprudencia del TJUE en la sentencia *Marc Rich* ya alumbraba el sentido del fallo *West Tankers* en este punto, queda entonces por indagar en algún otro motivo –de carácter práctico- que justifique el sentido del fallo.

Tal motivo, aunque lamentablemente no ha sido tenido en cuenta por el TJUE, existe. Y se concreta en el estudio de las consecuencias que se derivarían de no aceptar la interpretación que ha hecho el TJUE. Es decir, ¿qué ocurriría en la práctica si el juicio incidental sobre la validez del convenio arbitral no se considerase incluido en el ámbito de aplicación material del R. 44?

Pues bien, habida cuenta de la heterogeneidad de soluciones jurisprudenciales sobre la cuestión relativa a la *extensión de los efectos* del convenio arbitral, y, en este sentido, habida cuenta también de la dificultad por determinar la eficacia del convenio arbitral en una cadena contractual –*ad. ex. serie de contratos con remisión a un primer contrato-*, resulta que una mera exhibición –incluso de manera intempestiva o fraudulenta- de un pretendido convenio arbitral sería suficiente para dar al traste con la aplicación del R. 44.

Por tanto, de no aceptarse esta interpretación positiva –a favor de la inclusión de la cuestión incidental relativa a la validez del convenio arbitral en el ámbito material del R. 44-, la aplicación de este instrumento comunitario podría burlarse fácilmente; pues, la simple exhibición, por alguna de las partes implicadas, de un pretendido convenio arbitral sería motivo suficiente para impedir el juego del mismo.

37. Ahora bien, es obligado reconocer que con la inclusión de este supuesto en el ámbito del R. 44 no se solucionan todos los problemas. De hecho, al incluirse este supuesto en el régimen del reglamento comunitario puede darse –muy excepcionalmente, eso sí- conflictos entre el R. 44 y el Convenio de Nueva York de 1958 (CNY)²⁵. Así, es concebible el supuesto en el que una parte plantee demanda sobre el fondo ante un órgano judicial de un Estado miembro, mientras que la otra parte opte por poner en marcha el arbitraje acordado en el oportuno convenio. En este caso, podría ocurrir que el juez apreciase a título incidental la invalidez del convenio arbitral y dictara sentencia sobre el fondo. Al mismo tiempo, los árbitros podrían hacer el juicio contrario respecto de la validez del convenio, reputándolo válido y dictando, en consecuencia, el consiguiente laudo arbitral. Llegado el momento del exequátur en un tercer Estado la colisión entre ambos instrumentos es evidente: por un lado el juez debería reconocer la sentencia dictada sobre el fondo (en aplicación del R. 44) y por otro debería reconocer el laudo arbitral dictado también sobre el mismo fondo (en aplicación del CNY).

Ahora bien, aún siendo teóricamente posible un supuesto de este tipo, es francamente difícil que llegue a darse. De hecho, en los supuestos reales en los que podría haberse dado tal circunstancia, la parte afectada siempre ha renunciado a iniciar la vía arbitral. Los motivos son obvios. Desde los excesivos costes que se derivan del hecho de mantener dos vías procesales abiertas, pasando por la incertidumbre jurisprudencial que genera la cuestión relativa a los efectos del convenio arbitral en sede de exequátur –con los riesgos inherentes de denegación del mismo²⁶⁻, hasta las prácticas dilatorias que pueden llevarse a cabo en el seno del arbitraje (*ad. ex. nombramiento judicial del árbitro*), han prevalecido en la decisión final –en términos de renuncia al arbitraje- de la parte que, en un primer momento –vía declinatoria-, alegaba la existencia del convenio arbitral.

Además, también parece posible prever que, de darse este tipo de supuestos, el criterio de la *prioridad temporal* de un título respecto del otro (ya sea la sentencia, ya sea el laudo) acabaría por erigirse en el criterio aplicable para resolver el conflicto entre ambos instrumentos.

38. Sea como fuere, la decisión del TJUE tiene trascendental importancia sobre la jurisprudencia española, pues corrige la interpretación en su momento dada por el TS sobre este particular. En efec-

²⁵ Ya en este sentido, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho... cit.* nota 16, pp. 616-617. *Vid.* también en este sentido, N. BOUZA VIDAL, “Procedimientos...”, *cit.*, nota 15, pp. 688-690.

²⁶ Y en este sentido, la jurisprudencia española es un claro ejemplo. Como último referente, denegando el exequátur en base a la invalidez del convenio en un supuesto de extensión de efectos del mismo, *vid.* Auto de la AP de Burgos de 27.4.2009 (EDJ 2009/102800).

to, en su sentencia de 17.5.2007²⁷, el TS se inclinó por la no aplicación del reglamento comunitario al control incidental de la validez del convenio arbitral. De hecho, el argumento parece basarse en la misma exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento: “*cabría sostener que el control reflejo de la competencia del tribunal sentenciador por virtud de la existencia y validez de una cláusula de arbitraje es posible... toda vez que el arbitraje se encuentra excluido de su ámbito material de aplicación*”. Conforme a esta orientación, sostuvo el TS que “*la decisión del tribunal de origen sobre la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje no habría de vincular al tribunal del Estado receptor, que tendría que verificar la concurrencia de los presupuestos del reconocimiento, y entre ellos la existencia y validez del convenio arbitral como excluyente de la jurisdicción del tribunal sentenciador, a la vista de lo dispuesto en el Convenio de Nueva York de 1958*”.

39. Hasta aquí un primer comentario sobre la decisión adoptada por el TJCE en la cuestión relativa al juicio incidental del convenio arbitral, así como de las consecuencias que de ello se derivan para la jurisprudencia española. No obstante, queda todavía por indagar en las consecuencias que, con carácter general, se derivan de este fallo en el sistema del R. 44. Es decir, queda todavía por indagar en la repercusión que esa decisión incidental del juez de origen sobre la validez del convenio arbitral tiene en la fase posterior del exequátur de la sentencia. O dicho de otro modo: en los supuestos en los que ha habido un juicio incidental sobre la validez del convenio, ¿cabe un control de la competencia del juez de origen en sede de exequátur? Y si esto no fuera finalmente posible, ¿debe aceptarse el juego de la cláusula de orden público como motivo de denegación del exequátur de la controvertida sentencia?

La cuestión, aunque antigua (*vid. supra* 30 la jurisprudencia analizada anteriormente), ha recobrado cierta importancia, pues se ha reinterpretado minuciosamente a la luz de la sentencia *West Tankers*²⁸. En efecto, el supuesto de hecho que origina la sentencia de la *Court of Appeal* en el asunto *National Navigation Co v. Endesa Generación SA*²⁹ constituye un paradigma de los conflictos que no acaba de resolver el fallo del TJUE.

40. Los datos ahora relevantes sobre este caso son los siguientes: en el marco de un pleito entre una empresa española y unos armadores británicos, el Juzgado de lo Mercantil de Almería resolvió negativamente una excepción de sumisión a arbitraje (declinatoria) por considerar que los efectos del convenio arbitral controvertido no alcanzaban al supuesto objeto de la controversia. Se instó el exequátur en Londres de la resolución judicial del Juzgado de Almería en cuya virtud se consideraba que el convenio arbitral no alcanzaba al litigio controvertido. A su vez, la parte interesada en iniciar el arbitraje solicitó del juez inglés una sentencia mero declarativa a favor de la validez del convenio arbitral. Importa destacar que, en su razonamiento, la *High Court* toma en consideración la jurisprudencia *West Tankers* —en la medida en que considera incluida en el ámbito de aplicación del R. 44 la resolución dictada por el juzgado español, pero no la acción relativa a la mera declaración sobre la validez del convenio arbitral—.

Pues bien, partiendo de este razonamiento, el exequátur de la resolución judicial española fue denegado por la *High Court* en base a la excepción de orden público (motivo de denegación del exequátur previsto en el artículo 34.1 R. 44). Básicamente se estimó que sería contrario al orden público inglés reconocer una sentencia extranjera dictada “*in breach*” de un convenio arbitral válido a la luz de su ley aplicable, así como que también sería contrario al orden público inglés incumplir con la obligación internacional prevista en el artículo II del CNY.

²⁷ STS núm. 558/2007 (Sala de lo Civil) de 17.5.2007, *Spain Arbitration Review*, N.º. 4/2008 (con nota de M. GÓMEZ JENE).

²⁸ Lo que viene a demostrar a las claras que los conflictos entre el arbitraje y el R. 44 son mucho más frecuentes de lo que se piensa. Como supuestos posteriores a *West Tankers* en los que se plantea, desde diferentes perspectivas, la relación entre el arbitraje y el R. 44 *vid.:* *DHL v. Fallimento Finmatica*, 20.2.2009, *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, [2009] EWHC 291 (Comm); *Youell and others v. La Reunion Aérienne and others*, 11.3.2009, *Court of Appeal*, [2009] EWCA Civ 175; *National Navigation Co v. Endesa Generación SA*, 1.4.2009, *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, [2009] EWHC 196 (Comm). Todas las sentencias disponibles en: www.bailii.org

²⁹ *Vid.* la referencia de la sentencia en la nota anterior.

41. Sin embargo, sí se dictó la mero declarativa solicitada, argumentando –a mi juicio interesadamente-, que “*the purpose of the declaration sought... is not prevent or impede the Almería Court from assuming, or deciding upon, its own jurisdiction*”. O lo que es lo mismo: “*any declaration granted by this Court would not threaten or impede or otherwise obstruct any decision by the Spanish court as to its own jurisdiction*”³⁰.

42. Respecto de las cuestiones que el fallo *West Tankers* no resuelve -control de la competencia del juez de origen en sede de exequátur y posible juego de la cláusula de orden público como motivo de denegación del exequátur de la sentencia- cabe apuntar lo siguiente.

Aceptada la aplicabilidad del R. 44 para reconocer las sentencias judiciales dictadas previa consideración de un convenio arbitral como nulo o inválido y con independencia del título competencial utilizado por el juez del Estado de origen para conocer sobre el fondo, debemos plantearnos si dentro de los posibles márgenes que ofrece el texto comunitario para rechazar el reconocimiento de una sentencia tiene cabida la *reconsideración* de la validez del convenio arbitral por el juez del Estado de destino. O dicho en otros términos, si la validez de dicho convenio puede *integrarse* en el estricto marco que configuran los motivos de denegación del reconocimiento previstos en sus artículos 34 y 35.

En defecto de una interpretación del TJUE sobre este particular, en la doctrina pueden apreciarse interpretaciones dispares sobre el modo de resolver esta posible *integración*. Pero de la lectura de estas interpretaciones se advierte que todas las construcciones realizadas presentan como denominador común -o como *vía de integración*- la invocación de la cláusula de orden público.

Las interpretaciones doctrinales sobre la posibilidad de que la cláusula de orden público actúe en este contexto no son pacíficas, si bien es cierto que predomina claramente aquel sector que defiende la aplicación de la referida cláusula al supuesto descrito.

43. Así, entre los diferentes argumentos expuestos, se mantiene que la aplicación del Título III del R. 44 chocaría frontalmente con la aplicación del artículo II.3 del CNY, pues éste obliga implícitamente a los tribunales del Estado de destino a rechazar el reconocimiento de una sentencia judicial cuando consideren que existía un convenio arbitral válido³¹. Como hemos visto en el supuesto anteriormente comentado (*National Navigation Co v. Endesa Generación SA –supra 14-*), a partir de este razonamiento puede plantearse la aplicación del artículo 34.1 R. 44 (orden público como motivo de denegación del exequátur), pues la quiebra en la obligación internacional de aplicar el CNY atentaría contra el orden público del Estado de destino. Abundando en esta línea argumental, el profesor SCHLOSSER³² realiza una interesante construcción doctrinal basada en la sistemática del Reglamento. En efecto, el autor reconoce que según lo estipulado en el artículo 35.3 *no podrá oponerse la excepción del orden público para comprobar la competencia del juez del Estado de origen*. Aún así, prosigue el autor en su razonamiento, debe matizarse que la operatividad del citado artículo viene referida únicamente a las reglas de competencia que establece el propio Reglamento. En consecuencia, y como en éste no se especifican las reglas que determinan la validez del convenio arbitral, para estos casos sí podría alegarse la excepción de orden público del Estado de destino.

44. Pues bien, a mi juicio, el artículo 35.3 R. 44 (a cuyo tenor, recuérdese, *no podrá oponerse la excepción del orden público para comprobar la competencia del juez del Estado de origen*) es aplicable en este supuesto. Y es que, si se considera la auténtica naturaleza del convenio arbitral (un convenio que aún teniendo origen contractual despliega efectos eminentemente procesales), habremos de convenir que la revisión del pronunciamiento sobre la validez del convenio arbitral equivaldría a una revisión de

³⁰ Es evidente que esta declaración no impide la competencia del Juzgado de Almería. Esa afirmación de la *High Court* es obvia y evidente. Y por tanto innecesaria. Sin embargo, no escapa a nadie que dictando tal declaración el exequátur de la futura sentencia española no prosperará: bastará con alegar el carácter inconciliable de la sentencia española con la sentencia mero declarativa dictada por la *High Court* para trancar definitivamente el exequátur (art. 34 R. 44). Por eso califico de “interesado” el pronunciamiento del tribunal inglés en este punto.

³¹ H. VAN HOUTTE, “May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Award be Enforced under the Brussels and Lugano Conventions?”, *Arbitration International*, Vol. 13/Nº. 1, 1997, p. 88.

³² P. SCHLOSSER, “Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage”, *Revue de l'arbitrage*, 1991, pp. 389-390.

la competencia judicial del juez del Estado de origen. De tal forma, que si el tribunal del Estado de destino en aplicación de la cláusula de orden público decidiera no reconocer la sentencia estaría cuestionando directamente la competencia del juez del Estado de origen; pues para el juez del Estado de destino ésta radicaría en el colegio arbitral. En consecuencia, se estaría vulnerando la prohibición de revisión de la competencia judicial que impone el artículo 35.3; artículo que, en virtud de lo establecido en la sentencia *Krombach*³³, será de aplicación con independencia del título competencial invocado por el juez del Estado de origen para basar su competencia.

45. En cualquier caso, aún reconociendo los inconvenientes que a partir de la decisión del TJUE sobre este punto pueden darse –como el apuntado en los numerales anteriores–, estimo que la solución finalmente dada por el Tribunal de Luxemburgo es la mejor posible. Al menos hasta que no se decida llevar a cabo una modificación del R. 44 en este punto. Y es que, si finalmente se incluyera en el tenor del Reglamento un fuero de competencia judicial *exclusivo* a favor de los tribunales sede del arbitraje para conocer de la validez del convenio arbitral, el problema planteado quedaría solucionado definitivamente (*infra* 56 ss).

2. Las *antisuits* injuncions son incompatibles con el espacio judicial europeo

46. No puede decirse que esta última consecuencia que se deriva de la sentencia *West Tankers* haya causado la menor sorpresa en la doctrina continental. De hecho, una vez salvado el obstáculo que suponía la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001 (art. 1.2 d/), el sentido del fallo era evidente. La reconocida aversión del TJUE hacia ciertos mecanismos procesales anglosajones –extendible también a la figura del *forum non conveniens*³⁴– era y es bien conocida y, en este sentido, alumbraba ya el sentido del fallo. La sentencia *Turner*³⁵ ya fue lo suficientemente tajante por lo que a la compatibilidad de las *antisuits* con el espacio judicial europeo se refiere.

47. Para dar cierta coherencia a su razonamiento, el TJUE se ampara en una construcción propia, cual es la del *efecto útil*. En virtud de esta doctrina –que no es nueva³⁶– la orden conminatoria solicitada ante los tribunales ingleses es contraria al *efecto útil* del reglamento porque impide “*que se cumplan los objetivos inherentes de las normas de conflicto de los órganos jurisdiccionales en materia civil y mercantil y de libre circulación de las resoluciones en esta misma materia*” (numeral 24).

48. Pese a las sólidas críticas que este razonamiento ha suscitado³⁷, me parece, sin embargo, que el argumento del TJUE es lo suficientemente sólido como para ser asumible. A mi juicio, una *antisuit* dirigida contra una parte en un proceso en un Estado miembro tiene un efecto *subjetivo* inmediato. Por más que para desplegar toda su eficacia deba ser –técnicamente– reconocida en el Estado miembro donde pretenda hacerse valer. Y es que, el hecho de ser apercibido incluso con penas de privación de libertad en el supuesto de que la parte contra la que ha sido dictada viaje a Inglaterra, no es cuestión baladí. Máxime si se contempla esta cuestión desde la perspectiva *integrada* (libertad de circulación...) que el espacio judicial europeo supone.

Por otro lado, no es seguro que las *antisuits* ni faciliten ni impidan actitudes fraudulentas de las partes. En el supuesto de hecho que dio origen a la sentencia *West Tankers* –como en la inmensa mayoría de los supuestos en los que estas cuestiones se plantean– no se percibe mala fe procesal. Antes al contrario, se percibe una legítima duda sobre la *extensión de los efectos* del convenio arbitral. Cuestión, esta sí, que exige una armonización legal.

³³ STJCE de 28.3.2000, asunto C-7/98.

³⁴ *Vid.* la STJCE de 1.3.2005, asunto C-281/02, *Owusu*.

³⁵ STJCE de 27.4.2004, asunto C-159/02.

³⁶ Ya en este sentido, STJCE de 15.1.1983, asunto C-288/82, *Goderbauer* y STJCE de 15.1.1990, asunto C-365/88, *Hagen*.

³⁷ *Vid.* R. ARENAS GARCÍA, “La inclusión...”, *cit.*, nota 15, pp. 418-423; M. REQUEJO ISIDRO, “West Tankers: otra vez no...”, *cit.*, nota 15, pp. 434-435.

49. En cualquier caso, el hecho de que las *antisuits injunctions* sean incompatibles con el *espacio judicial europeo* no supone en absoluto que no puedan dictarse contra aquellas personas que, albergando dudas sobre la eficacia del convenio arbitral, planteen demandas ante tribunales de terceros Estados. La jurisprudencia británica ya ha tenido ocasión de manifestarse en este sentido³⁸.

3. El tribunal ante el que se plantea la demanda sobre el fondo tiene *competencia exclusiva* para pronunciarse a título incidental sobre la validez y aplicabilidad del convenio arbitral

50. Escondido en el numeral 27 se encuentra una de las consecuencias importantes de esta sentencia. Según este inciso, el tribunal ante el que se plantea la demanda sobre el fondo tiene *competencia exclusiva* para pronunciarse a título incidental sobre la validez y aplicabilidad del convenio arbitral: “De ello se deduce que la excepción de incompetencia propuesta por *West Tankers* ante el Tribunale di Siracusa, basada en la existencia del un convenio arbitral, incluida la cuestión relativa a la validez de éste, está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 44/2001 y que, por tanto, corresponde exclusivamente a dicho órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la referida excepción y sobre su propia competencia...”

51. La primera cuestión que plantea esta nueva “norma” de competencia judicial es la de determinar el alcance de la competencia exclusiva que proclama. Y es que, si interpretamos este particular fuero a la luz de la jurisprudencia del TJUE, resultaría que cuando la cuestión relativa a los efectos del convenio se plantease a título incidental, el tribunal que en puridad debería tener esa competencia (el tribunal de la sede del arbitraje) no podría entrar a conocer del supuesto. Y aún más, pues en el hipotético supuesto de que ya estuviera conociendo a título principal de la cuestión, resulta que debería *suspender* su procedimiento y remitir a las partes al tribunal que está conociendo de la cuestión de forma incidental. A tan particular interpretación se llega, en efecto, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE sobre el alcance de las competencias *exclusivas*: “la competencia exclusiva que establece dicha disposición [art. 22 R. 44] debe aplicarse con independencia del marco procesal en el que se suscite la cuestión... ya sea por vía de acción o por vía de excepción, en el momento de interponer la demanda o en una fase posterior del proceso”³⁹.

52. La solución así apuntada no me parece satisfactoria, pues –ahora sí- puede llegar a favorecer actuaciones de *forum shopping*⁴⁰. En efecto, aun con un alcance limitado –entre fuero general y fuero especial por razón de la materia-, un estudio prospectivo de la jurisprudencia en la materia dictada por los posibles tribunales competentes puede llevar al demandante a elegir el fuero ante el que “dejar caer” la cuestión incidental.

53. En consecuencia, a partir de la sentencia *West Tankers* queda más patente si cabe la necesidad de modificar el R. 44 en aras de incluir el arbitraje en su ámbito de aplicación material.

V. Propuestas de inclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001 tras la sentencia *West Tankers*

54. Tras la solución jurisprudencial impuesta por la sentencia *West Tankers* a la relación arbitraje-jurisdicción ordinaria, las propuestas legales en torno a la inclusión del arbitraje en el ámbito material del R. 44 se han incrementado notablemente. El debate doctrinal que en un primer momento giró en torno a la procedencia o no de tal inclusión, se ha tornado en un debate de propuestas concretas.

55. Una de las más interesantes es la que han presentado al respecto de forma conjunta el *Club*

³⁸ *Shashou & Ors v. Sharma*, [2009] EWHC 957 Comm.

³⁹ STJCE de 13.7.2006, asunto C-4/03, numeral 25.

⁴⁰ Ya en este sentido, N. BOUZA VIDAL, “Procedimientos...”, *cit.*, nota 15, p. 684.

Español del Arbitraje (CEA)⁴¹ y la sección española de la International Law Association (ILA SE).

La propuesta en cuestión⁴² pasa por completar la exclusión del arbitraje del Reglamento 44/2001 (dejando sin modificar, por tanto, el artículo 1.2.d/ del texto) con una regla del siguiente tenor:

Artículo XX: Respeto de los acuerdos de arbitraje

1. *Cuando las partes hubieran celebrado un escrito sometiendo sus disputas a un arbitraje con sede en un Estado miembro, los tribunales de los demás Estados miembros sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal arbitral hubiere declinado su competencia o haya dictado un laudo sobre el fondo que no sea susceptible de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro a cuyos tribunales judiciales se haya acudido y que serían competentes para conocer sobre el fondo conforme a este Reglamento.*
2. *Esta regla no será de aplicación cuando el acuerdo de arbitraje sea manifiestamente nulo o inaplicable.*

56. La propuesta, además de guardar un importante paralelismo con el artículo II. 3 CNY, es impecable en todos sus términos. No obstante, tiene su talón de Aquiles en la cláusula de escape que incorpora. Como de los supuestos de hecho que dan origen tanto a la sentencia *West Tankers* como a la sentencia *National Navigation*⁴³ se deduce, los tribunales de justicia entran a conocer del fondo del asunto, precisamente, porque estiman que el acuerdo arbitral es nulo. O mejor, porque estiman que los efectos del convenio arbitral no alcanza a alguna de las partes implicadas.

Además, el hecho de que pretenda mantenerse la exclusión (esto es, dejar inalterado el mismo tenor del artículo 1.2 d/ del Reglamento) es insatisfactorio, pues induce a interpretar que el reconocimiento de la sentencia judicial que anula el laudo arbitral (*Putrabali*) queda excluida del ámbito de aplicación material del R. 44.

57. A mi juicio, la única forma de impedir que se menoscabe la eficacia del convenio arbitral pasa por impedir que cualquier otro tribunal de un Estado miembro que no sea el de la sede del arbitraje pueda interpretar el alcance del mismo. O dicho de otro modo, la cláusula de escape que incorpora la propuesta anterior, sobra.

En este sentido, la solución que creo mejor para preservar tanto la eficacia del convenio arbitral como la autonomía de la voluntad de las partes –en cuanto que han elegido libremente la sede del arbitraje– pasa por la inclusión de la cuestión relativa a los efectos del convenio arbitral en un fuero de competencia judicial internacional *exclusivo* a favor de los tribunales de la sede del arbitraje. Esto es, se trataría de ampliar la competencia *exclusiva* de los tribunales del lugar del arbitraje propuesta por el *Heidelberg Report* para los procedimientos de apoyo y control a los procedimientos sobre la validez del convenio arbitral⁴⁴.

La norma así propuesta tiene la virtualidad de vaciar de contenido la propuesta que plantea el *Heidelberg Report* en torno a la adopción de un nuevo artículo 27 A (*supra* 18) que tenga por objeto impedir supuestos de conexidad. Pues, en virtud de aquélla, el tribunal ante el que se plantee a título incidental la cuestión relativa a la validez de un convenio arbitral, deberá –en cumplimiento de lo establecido por el TJUE en su jurisprudencia⁴⁵– suspender el procedimiento sobre el fondo y remitir a las partes al tribunal de la sede del arbitraje para que éste, o bien se pronuncie a título principal sobre la validez del convenio arbitral, o bien –en virtud del efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz*– remita a las partes al arbitraje.

En consecuencia, a mi entender, el artículo 22. 6 R. 44 debería tener el siguiente tenor:

⁴¹ <http://www.clubarbitraje.com/>

⁴² Puede consultarse íntegramente tanto en la pág. Web del CEA (<http://www.clubarbitraje.com/>) como en la pág. Web de la Comisión http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0002_en.htm

⁴³ *Vid. supra* nota 28.

⁴⁴ También a favor de la inclusión de una norma de este tipo –aunque con matices–, B. STEINBRÜCK / M. ILMER, “Brussels I and Arbitration. Declaratory relief as an Antidote to Torpedo Actions under a reformed Brussels I Regulation”, *SchiedsVZ*, 2009, pp. 188-196.

⁴⁵ *Vid. supra* nota 39.

Artículo 22. 6: *The following courts shall have exclusive jurisdiction, regardless of domicile, (...) (6) in proceeding relating the existence and scope of an arbitration agreement and ancillary proceedings concerned with the support of arbitration, the courts of the Member State in which the arbitration takes place.*

No plantea ninguna objeción, por el contrario, la pauta material uniforme para la concreción del lugar del arbitraje en caso de que éste no esté especificado en la cláusula.

VI. Un nuevo reglamento comunitario para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales

58. La propuesta más novedosa y a mi juicio más interesante que plantea el *Heidelberg Report* es la que gira en torno a la creación de un nuevo instrumento comunitario específico para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros –*rectius*, laudos *intra*comunitarios-.

Concebido como una solución encaminada a asimilar los laudos arbitrales con las sentencias judiciales en el espacio judicial europeo, parte de la base de que una extensión del principio de *reconocimiento mutuo* a estos supuestos podría ser deseable. Reconoce, sin embargo, que debido a la heterogeneidad de la regulación del arbitraje en los diferentes Estados miembros, un control judicial residual todavía es necesario.

Escapa al objeto de este trabajo abordar la cuestión relativa al *reconocimiento mutuo* como principio aplicable al ámbito procesal civil internacional⁴⁶. Sin embargo, debe destacarse que su implementación a este ámbito es ya una realidad, pues el *Reglamento por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados* (R. 805) parte de este principio⁴⁷. Además, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1.12.2009) hace del *reconocimiento mutuo* el principio base de referencia. Así, en virtud del artículo 81.1 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*: “La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de *reconocimiento mutuo* de las resoluciones judiciales y extrajudiciales”.

59. La base jurídica para regular desde esta perspectiva la eficacia del laudo *intra*comunitario está en el artículo 81.2 del *Tratado de de Funcionamiento de la Unión Europea* : “A los efectos del apartado 1 y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) *el reconocimiento mutuo* entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y *extrajudiciales*, así como su ejecución...”

60. Según el *Report*, el futuro instrumento debería regular, en primer lugar, un procedimiento *ad hoc* para dar eficacia al laudo arbitral en el espacio judicial europeo y, en este sentido, armonizar los motivos de *denegación del exequátur* o *anulación del laudo*, dependiendo del órgano judicial que asuma el control del mismo.

61. Esta última perspectiva es la más interesante. En efecto, amparados en la experiencia que brindan los Reglamentos comunitarios de “segunda generación” –caracterizados por la supresión *total* del procedimiento de exequátur⁴⁸-, la propuesta esbozada pretende concentrar ante los órganos jurisdiccionales del lugar del arbitraje el control del laudo. Pero en el bien entendido –y es aquí donde radica la novedad de la propuesta- en que el control del laudo sólo podría llevarse a cabo en esa sede. Si el laudo no se somete a control, su eficacia no podrá impugnarse ya en sede de exequátur. Entre otras cosas, porque el procedimiento de exequátur desaparece.

62. El futuro instrumento se inspira, de este modo, en el mismo principio de preclusión que in-

⁴⁶ Sobre esta cuestión, *vid.*, H. P. MANSEL, “Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums”, *RabelsZ*, 2006, pp. 653-730. En la doctrina española, entre otros, M. GUZMÁN ZAPATER, “El principio del reconocimiento mutuo: ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado?”, *RDCE*, 1998, pp. 137-170.

⁴⁷ *Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.*

⁴⁸ *Ad. ex.*, el Reglamento citado en la nota anterior.

forma al R. 805. En su virtud, quien no solicite la nulidad del laudo en el Estado de origen pudiendo hacerlo, no se merece una segunda oportunidad en el Estado donde el laudo desplegará su eficacia.

63. Es posible que una primera lectura de esta propuesta pueda causar cierta perplejidad. Pero bien mirada y puesta en relación con lo que para el ámbito de la *Cooperación judicial en materia civil* supone la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa*, resulta de todo punto coherente.

Para empezar, muestra una notable confianza del legislador comunitario en el arbitraje como método de resolución de controversias en el ámbito *intracomunitario*. El hecho de que él mismo proponga la eliminación de uno de los dos filtros tradicionales por los que puede o debe pasar el laudo internacional –anulación y/o exequátur– da buena prueba de ello.

En segundo lugar, no se vislumbran serios obstáculos o inconvenientes contra su adopción. Antes al contrario, de la promulgación de un reglamento comunitario en este ámbito podrían derivarse consecuencias muy positivas para los Estados miembros de la UE: fijando la sede del arbitraje en un Estado miembro, el operador se estaría asegurando un título ejecutable en todos los demás Estados miembros.

Por fin, tampoco debe plantear problemas ante quienes tradicionalmente se han mostrado hostiles hacia una regulación comunitaria del arbitraje –sobre todo, los defensores de una concepción *transnacional* del mismo–. Y es que, uno de los argumentos tradicionales de este sector a favor del exequátur del laudo anulado en origen ha sido siempre la necesidad de eliminar el doble control del laudo –anulación y exequátur–. Por eso, sólo reconocen el control del laudo que ejercen los tribunales del lugar donde aquél deba desplegar sus efectos⁴⁹. Pues bien, como quedara dicho anteriormente, esa supresión del doble control es, precisamente, lo que persigue la propuesta. Pero cambiando la referencia: en vez de situar dicho control en el país de destino del laudo, lo sitúa en el país de origen del mismo.

Lo cual, a su vez, también es coherente con el arbitraje internacional. En virtud de la autonomía de la voluntad que lo informa, serán las partes las que decidan el nivel de control que quieren para su controversia.

VII. A modo de conclusión

64. No es objeto de esta aportación extraer conclusiones definitivas en torno al marco propuesto tanto por la Comisión como por otras entidades –ya sean públicas o privadas– para regular en perspectiva comunitaria determinadas cuestiones conexas al arbitraje.

65. Una lectura neutra –sin los prejuicios propios de quienes conciben el arbitraje internacional desde una u otra perspectiva– permite afirmar que las propuestas en cuestión buscan ante todo fomentar, apoyar y controlar mínimamente el arbitraje internacional.

En concreto, las propuestas en torno a la ampliación del ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001 se conciben desde el respeto a la cultura arbitral de cada Estado miembro. Y desde esta perspectiva, sólo pretende regular los supuestos más controvertidos. Aportando mayor seguridad jurídica. Desde esta perspectiva, es difícil imaginar algún motivo convincente contra el reconocimiento de la sentencia judicial que anula un laudo arbitral o contra la litispendencia o conexidad de la jurisdicción con el ámbito arbitral.

66. La concepción de un instrumento comunitario *ad hoc* para regular el laudo arbitral como una suerte de *título ejecutivo europeo* es particularmente sugerente. Supondría tanto como instaurar a nivel comunitario un solo control judicial del laudo arbitral, que recaería –exclusivamente– ante los tribunales del Estado sede del arbitraje.

⁴⁹ En este sentido, E. GAILLARD, « L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine », *JDI*, 1988, pp. 645-652.

NOTAS DE URGENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y LA REFORMA DEL ART. 23.4 DE LA LOPJ POR LA LEY ORGÁNICA 1/2009, DE 3 DE NOVIEMBRE

FRANCISCO MARTÍNEZ RIVAS

Abogado

Recibido: 26.01.2010 / Aceptado: 05.02.2010

Resumen: La Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ha limitado el alcance del principio de justicia universal de la jurisdicción penal española. Este trabajo pretende, exclusivamente, poner de relieve la situación legal creada tras dicha reforma en relación con el principio de “justicia universal”.

Palabras clave: Jurisdicción universal, jurisdicción penal, justicia universal, crímenes internacionales.

Abstract: The Spanish (“Ley orgánica”) Act 1/2009, of November 3rd 2009, modifies article 23 of Act 6/1985, of July 1st, in order to reduce the scope of the principle of universal jurisdiction in criminal matters. This paper tries to emphasize, exclusively, the legal situation created after the above mentioned reform.

Key words: Universal jurisdiction, criminal matters, international crimes.

Sumario: I. Introducción. La reforma del art. 22.3 LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre 2009. II. Principio de justicia universal. Concepto, fundamento y calificación provisionalísima. III. Principio de justicia universal. Relación de delitos cubiertos por este principio en el art. 23.4 LOPJ. IV. Principio de justicia universal. Delitos regulados por Convenios internacionales. V. Principio de justicia universal. Las relaciones entre los Convenios internacionales y el art. 23.4 LOPJ. VI. Principio de justicia universal. Vinculación del delito con España. VII. Principio de justicia supletoria.

I. Introducción. La reforma del art. 22.3 LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre 2009.

1. Los párrafos 4 y 5 del art. 22.3 LOPJ han sido modificados por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 266 de 4 noviembre 2009). El objetivo principal de dicha reforma, diga lo que diga el legislador, ha sido “limitar” el alcance del principio de justicia universal de la jurisdicción penal española¹.

¹ El texto vigente del art. 23 LOPJ a fecha 18 enero 2010 es el siguiente.

“1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidas en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

2. Asimismo conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido

Estas notas de urgencia sólo pretenden poner de relieve los aspectos más llamativos de dicha reforma y la situación en la que queda el citado principio de “justicia universal” en la legislación española tras esta intervención del legislador. Esta reforma ya ha llamado la atención de la doctrina, que ha escanciado interesantísimos estudios sobre la misma y a los que se remite desde ahora mismo al lector interesado².

cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

- a) *Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución.*
- b) *Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles.*
- c) *Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.*

3. *Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:*

- a) *De traición y contra la paz o la independencia del Estado.*
- b) *Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.*
- c) *Rebelión y sedición.*
- d) *Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.*
- e) *Falsificación de moneda española y su expedición.*
- f) *Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.*
- g) *Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.*
- h) *Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.*
- i) *Los relativos al control de cambios.*

4. *Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:*

- a) *Genocidio y lesa humanidad.*
- b) *Terrorismo.*
- c) *Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.*
- d) *Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.*
- e) *Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.*
- f) *Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.*
- g) *Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.*
- h) *Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.*

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

5. *Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo”.*

² L. M. BUJOSA VADELL, “Reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, *Diario La Ley*, Nº 7298, Sección Tribuna, 4 Dic. 2009, Año XXX, Ref. D-377 (consultado en su versión on line); J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la «abrogación de facto» a la «derogación de iure»”, *Diario La Ley*, Nº 7211, Sección Doctrina, 6 Jul. 2009, Año XXX, (consultado en su versión on line); J. DEL CARPIO DELGADO, “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *Diario La Ley*, Nº 7307, Sección Doctrina, 21 Dic. 2009, Año XXX, Ref. D-390 (consultado en su versión on line), así como las abundantes y completas referencias bibliográficas contenidas en

Como datos previos resulta importante destacar que esta reforma de la “jurisdicción universal”, es reforma de enorme calado jurídico para el Derecho Internacional Público, para el Derecho Penal Internacional, para el Derecho Procesal y de profundo significado político y diplomático, que, sin embargo, se ha producido gracias a un sospechoso consenso político entre los dos partidos políticos de mayor representación en las Cortes españolas. No ha existido un auténtico debate político sobre la reforma (= las voces discordantes, minoritarias en ambas Cámaras, fueron, simplemente, ignoradas). Por otro lado, las opiniones que expertos internacionalistas, penalistas y procesalistas expresaron en las publicaciones jurídicas y en la prensa general, fueron totalmente desatendidas por el legislador. La controversia social sobre la reforma se ha visto muy reducida debido al antes aludido “sospechoso consenso” entre los dos partidos con mayor representación parlamentaria. En efecto, al margen de ciertas voces discordantes anteriores a la reforma, que esgrimieron sólidos argumentos jurídicos, sociales y políticos contra la misma, la reforma, ocultada bajo el manto de la pretendidamente taumatúrgica “implantación de la Oficina judicial”, ha generado una escasa discusión social que ahora tiende a ya desaparecer.

Es preciso operar de forma extraordinariamente cautelosa cuando se analiza el principio de justicia universal. En efecto, este principio constituye una manera eficaz de luchar, en ciertos supuestos, contra la impunidad de determinados sujetos especialmente relevantes, -políticos, Jefes de Estado, militares de alta graduación-, en casos de extraordinaria gravedad objetiva: genocidios, matanzas diversas, *apartheid*, delitos de guerra, etc. En este sentido la justicia universal protege a toda la Humanidad, no a un Estado o a otro. Protege también a los más necesitados y desvalidos ante los atropellos criminales cometidos por los más poderosos.

El Derecho Internacional no ha salido bien parado tras esta reforma. La existencia de una norma consuetudinaria de Derecho internacional que, al margen de los Convenios internacionales, obligue a los Estados a perseguir determinados delitos de especial trascendencia con arreglo al principio de justi-

estos trabajos. Sobre la jurisdicción universal los estudios doctrinales son numerosos. *Vid.* en especial para obtener una amplia gama de posiciones sobre las distintas perspectivas en torno a tal principio, el documentado estudio de L. HING-IRANI, *Universal Jurisdiction for Humanitarian Crimes*, 2008, así como el de M. OLLE SESE, *Justicia universal para crímenes internacionales*, 2008. *Vid.* también, de forma más particularizada, C. RUIZ MIGUEL / R. BERMEJO GARCÍA, “Una sentencia incongruente, restrictiva e irresponsable (nota a la Sentencia 237/2005 del TC)”, *REDI*, 2005, pp. 911-924; A. PIGRAU SOLÉ, “A propósito de la sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, en el caso Guatemala y de su interpretación por la Audiencia Nacional”, *REDI*, 2005, pp. 893-910. Puede verse también, entre la abundante y profunda bibliografía sobre la jurisdicción universal o principio de justicia universal, sin ánimo exhaustivo, M. ABREGÚ, “Actuación de tribunales nacionales y el problema de la territorialidad”, en AA.VV., *Crímenes contra la Humanidad y Genocidio*, XII Seminario “Duque de Ahumada”, Ministerio Interior, Madrid, 2001; AA.VV., *El principio de Justicia Universal*, Colex, Madrid, 2000; A. GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999; M.D. BOLLO AROCENA, *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Universidad País Vasco, Bilbao, 2004; C. JIMÉNEZ VILLAREJO, “El genocidio maya ante el Tribunal Constitucional”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 56, 2006; J. SANTOS VARA, “La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala”, en *REEI*, núm. 11, 2006; M. CAPELLÁ I ROIG, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz. Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid, 2007; M. HENZELIN, *Le Principe de l’Universalité en Droit Pénal International. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l’universalité*, Helbing & Lichtenhann, 2000; J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Responsabilidad internacional del individuo y responsabilidad internacional del Estado: Encuentros y desencuentros en torno a la figura de los crímenes de derecho internacional”, en GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J. (dir.), *Derechos Humanos, Relaciones Internacionales y Globalización. Studia in honorem Nelson Mandela*, 2.^a ed., Ediciones Jurídicas G. Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 345-371; I. BLANCO CORDERO, “Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo (I)”, en *Diario La Ley*, vol. 2, 2004, p. 1637; I. BANTEKAS / S. NASH, *International Criminal Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 2003, pp. 155-169; A. SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003; J. FERRER LLORET, “Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)”, *ADI*, vol. XVIII, 2002, pp. 320-325; M.C. BASSIOUNI, “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, 2001-1, pp. 80-89.

cia universal, ha quedado en entredicho³. En efecto, el art. 23.4 LOPJ somete este principio de justicia universal a numerosas restricciones, algo que sólo es posible si la aludida norma consuetudinaria de Derecho Internacional no existe.

II. Principio de justicia universal. Concepto, fundamento y calificación provisionalísima.

2. En virtud de este principio (art. 23.4 LOPJ), los tribunales españoles son competentes para conocer del enjuiciamiento de determinados delitos cuya comisión presenta una “repercusión internacional”, cualquiera que sea el lugar de comisión de tales delitos y la nacionalidad y residencia de los responsables penales y/o de las víctimas. Tales normas regulan la competencia internacional de los jueces y tribunales españoles en el orden penal en relación con las materias de carácter penal, y no en relación con las materias civiles de las que puede y/o debe conocer un tribunal penal español. Los tribunales penales españoles sólo pueden conocer de los aspectos civiles derivados de las infracciones penales en la medida en la que así lo establezcan las normas que regulan la competencia en materia civil, como ha señalado A.-L. CALVO CARAVACA (*vid.* por ejemplo, art. 5.4 Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en DOCE L 12 de 16 enero 2001)⁴.

3. El fundamento de este principio de universalidad o justicia universal (art. 23.4 LOPJ) radica en los siguientes argumentos.

4. a) *Bien jurídico universal*. Ciertas conductas de extrema gravedad dañan “bienes universales” (= dañan a la Humanidad misma y la Humanidad se extiende por todo el globo terrestre, por lo que debe contemplarse como un bien jurídico “universal”). Con otras palabras, puede afirmarse también que estos delitos dañan los “intereses comunes de todos los Estados” (M.R. MORENO-TORRES HERRERA, F. BUENO ARÚS)⁵. En consecuencia, la comisión de estos delitos repercute y produce efectos jurídicos en todo el planeta (= perjudican a bienes ubícuos, “*bienes jurídicos de los que es titular la comunidad internacional en su conjunto*” como lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, en BOE núm. 278 de 20 noviembre 2007 y corr. err BOE núm.210 de 27 diciembre 2007), cualquiera que sea el lugar donde se hallan cometido y la nacionalidad y residencia de los responsables penales y/o de las víctimas. Por lo tanto, tales delitos también producen efectos jurídicos “en España”, lo que justifica que los tribunales españoles del orden penal puedan y deban intervenir en el enjuiciamiento de estas gravísimas conductas (ATS Penal 2 julio 2009 [abordaje en aguas internacionales para perseguir el delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas]).

5. b) *Inexistencia de monopolios jurisdiccionales penales estatales en relación con estos delitos*. La persecución y el enjuiciamiento de estos gravísimos delitos beneficia a todos los Estados, razón por la que es aconsejable que dicha persecución y dicho enjuiciamiento sea asumida por todos los Estados (STC 21/1997 y STC 87/2000). Ningún Estado debe asumir un “monopolio” del enjuiciamiento de estas conductas gravísimas, porque todos los Estados están afectados por las mismas. Debe aceptarse que todas las jurisdicciones penales estatales puedan intervenir para juzgar y reprimir estas conductas.

³ Sobre esta cuestión, *vid. inter alia*, E. ORIHUELA CALATAYUD, “La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria/Gasteiz*, Universidad del País Vasco, Bilbao, pp. 195-212; A. REMIRO BROTONS, *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pp. 54-59.

⁴ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: el Reglamento “Roma II”*, Ed. Comares, Granada, 2008, núm. marginal.

⁵ M. R. MORENO-TORRES HERRERA, “La aplicación de la ley penal en el espacio”, en J.M. ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª Ed., Valencia 2004, pp. 331-357; F. BUENO ARÚS, *Manual de Derecho Penal internacional*, Ed. Univ. Comillas, Madrid, 2003, pp. 122-129.

6. c) *Exigencias derivadas de los compromisos internacionales asumidos por España*. El art. 23.4 LOPJ responde, también, al deber de cumplimiento de diversos compromisos internacionales asumidos por España en virtud de instrumentos legales internacionales multilaterales. El art. 23.4 LOPJ, en esta línea, facilita la represión de determinados delitos relevantes para la Comunidad Internacional sobre los que existe un consenso internacional y en relación con los que España se ha obligado, frente y junto a otros Estados, a perseguirlos. Por otra parte, el precepto recoge una cláusula abierta de remisión a las aludidas normas internacionales (art. 23.4, letra “h” LOPJ), de modo que los tribunales españoles disponen de competencia judicial internacional para enjuiciar “*cualquier otro [delito] que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España*”. Varios aspectos deben subrayarse sobre este inciso “h” del art. 23.4 LOPJ.

1º) Esta remisión cubre cualquier delito que según los Tratados o Convenios internacionales, presentes o futuros, deba ser perseguido “en España”.

2º) La precisión relativa a los delitos que deben ser perseguidos en España “*según los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos*”, es completamente inútil (= pues la aplicación de tales Convenios procede *ex ipsa natura sua* y no porque lo diga el art. 23.4.h LOPJ). Se trata de una declaración meramente política, ya que aunque el precepto no dijera nada, como sucedía antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, la persecución de estos delitos recogidos por el Derecho internacional humanitario de protección de los derechos humanos era obligatoria en España. Con este inciso se tratan de acallar las muy numerosas voces críticas que han cuestionado la limitación que ha sufrido el principio de jurisdicción universal en España a partir, precisamente, de la Ley Orgánica 1/2009. Naturalmente, el objetivo no se consigue, porque no engaña a nadie.

3º) El art. 23.4.h LOPJ es redundante, pues si los delitos deben ser perseguidos “en España” a tenor de normas jurídicas internacionales, no hacía ninguna falta que el art. 23.4.h) LOPJ volviera a indicarlo. Por ello, es preciso recordar que estos Tratados y Convenios internacionales contienen varios tipos de obligaciones para los Estados partes en los mismos: 1º) Los Estados partes tienen la obligación de tipificar en su ley penal interna los delitos a que se refiere el Tratado y también deben juzgar dichos delitos bien en todo caso, o bien cuando se aprecie la existencia del “punto de contacto” recogido en el Tratado o Convenio, entre la comisión del delito y el Estado en cuestión, según los casos. Los más frecuentes “puntos de contacto” conexión son la comisión del hecho en su territorio, así como la nacionalidad de la víctima o del acusado; 2º) Los Estados partes se comprometen a incluir en futuros Tratados bilaterales de extradición el delito objeto del Convenio multilateral. De dicho modo, los delitos objeto del Convenio se considerarán incluidos entre los que dan lugar a extradición en todo Tratado de extradición celebrado entre Estados parte del mismo; 3º) Los Estados deben aplicar el principio “*aut dedere aut iudicare*”, a tenor del cual, los tribunales de un Estado deben extender su jurisdicción a los delitos cubiertos por el Convenio en el caso de que el presunto delincuente se halle en el territorio de dicho Estado y no se conceda la extradición del mismo. En consecuencia, un delito cometido “fuera de España” pero contemplado en instrumentos legales internacionales que obligan a España a tipificarlo pero no a perseguirlo en el caso de que hayan sido cometidos “fuera de España”, no puede ser juzgado por los tribunales españoles, pues no concurre ningún foro de competencia judicial internacional de los recogidos en el art. 23 LOPJ (con criterio muy dudoso, SAP Las Palmas 28 octubre 2008 [interceptación en Alta Mar de embarcación sin pabellón]).

7. Para afirmar la jurisdicción de los tribunales españoles en virtud del art. 23.4 LOPJ, debe acreditarse que se trata de delitos concretos de extraordinaria gravedad, es decir, de los concretos tipos delictuales recogidos en el art. 23.4 LOPJ y en ciertos Convenios internacionales (STS Penal 11 diciembre 2006, caso *Couso* [delitos contemplados por los Convenios de Ginebra sobre el Derecho de Guerra de 12 agosto 1949]). Por tanto, antes de afirmar la competencia de la jurisdicción penal española en virtud del art. 23.4 LOPJ y antes de afirmar la aplicación a ciertas conductas de las Leyes penales españolas, es preciso “calificar” los actos como constitutivos de los delitos cuya lista se recoge en el art. 23.4 LOPJ (torturas, genocidio, mutilación genital femenina, etc.). El TS indica que debe, necesariamente, realizarse una calificación “provisionalísima” de estos actos. Sólo ello permitirá abrir el proceso penal en España, de modo que no se dañe la tutela judicial efectiva (STS, Penal, 11 diciembre 2006, *Couso*

[fallecimiento de periodista español en Iraq], que rectifica el Auto AN Penal Sec.2ª, de 10 marzo 2006). Una “falta de calificación” o una calificación excesivamente rigurosa de los hechos a efectos de iniciar actuaciones penales ante los tribunales españoles, dañaría la tutela judicial efectiva. En la fase de instrucción procesal se realizará la calificación jurídica definitiva de tales hechos.

III. Principio de justicia universal. Relación de delitos cubiertos por este principio en el art. 23.4 LOPJ.

8. Los delitos que pueden ser conocidos por los tribunales españoles en virtud del principio de Justicia Universal son aquéllos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos (art. 23.4 LOPJ, en su redacción vigente tras la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, en BOE núm. 163 de 9 julio 2005, por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, en BOE núm. 278 de 20 noviembre 2007, y por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en BOE núm. 266 de 4 noviembre 2009):

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

9. Varios aspectos merecen ser subrayados en relación con la definición legal de los delitos relacionados en el art. 23.4 LOPJ y sujetos al principio de Justicia Universal.

1º) *Principio general*. Los delitos contenidos en el art. 23.4 LOPJ deben, en todo caso, definirse con arreglo a las normas penales españolas (ATS Penal 6 marzo 2009 [delito de inmigración clandestina de trabajadores]). La definición de estos delitos contenida en los Convenios internacionales firmados por España sólo debe ser tenida en cuenta cuando los tribunales españoles sean internacionalmente competentes en virtud de dichos Convenios, pero no es caso contrario. Sin embargo, el Auto AN 5 noviembre 1998 (caso *Pinochet*) realizó una interpretación muy discutible y desmesuradamente amplia del concepto de “genocidio” (= una “*interpretación socialmente entendida sin necesidad de una formulación típica*”), que no se ajustaba ni al concepto de genocidio recogido en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 diciembre 1948, ni al que mantiene el Código Penal español (F. BUENO ARÚS).

2º) *Interpretación de estos delitos en sentido estricto*. Los delitos a los que se refiere el art. 23.4 LOPJ deben ser interpretados en sentido estricto (M.R. MORENO-TORRES HERRERA)⁶. Ello significa que los delitos de opinión, como la “apología del terrorismo”, no deben confundirse con el delito de “terrorismo”, pues la apología del terrorismo no es un delito de terrorismo, que sí está contemplado por el art. 23.4 LOPJ (STS Penal 23 mayo 2000). Si la apología del terrorismo tiene lugar íntegramente en el extranjero, los tribunales españoles no son internacionalmente competentes en virtud del art. 23.4 LOPJ.

⁶ M. R. MORENO-TORRES HERRERA, “La aplicación de la ley penal en el espacio”, en J.M. ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª Ed., Valencia 2004, pp. 331-357.

3º) *Efectos de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009 sobre la lista de delitos relacionados en el art. 23.4 LOPJ.* La Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 266 de 4 noviembre 2009), ha operado varias modificaciones en la lista de delitos contenidos en el art. 23.4 LOPJ.

En primer lugar, ha desaparecido de la lista el delito que antes figuraba en la letra “d)” del precepto, el delito de “falsificación de moneda extranjera”. La Exposición de Motivos de la Ley orgánica 1/2009 no aporta dato alguno del por qué de dicha supresión. No obstante, estos delitos deben ser perseguidos en España con arreglo al Convenio de Ginebra de 20 abril 1929 para la represión de la falsificación de moneda⁷.

En segundo lugar, se ha añadido a la letra “a)”, junto al ya antes existente delito de genocidio, el delito de “*lesa humanidad*”. Este añadido es un acierto, ya que los delitos de lesa humanidad fueron incorporados al texto del vigente Código Penal en el año 2003 y su persecución extraterritorial está también justificada visto el carácter mundial o universal del bien jurídico protegido. El Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 266 de 4 noviembre 2009) indica que en su apartado III que “[e]n cumplimiento del mandato emanado del Congreso de los Diputados, mediante resolución aprobada el día 19 de mayo de 2009 con motivo del Debate del estado de la Nación, se realiza un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse la «jurisdicción universal», a través de la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra”. Como se observa fácilmente, el texto de dicha Ley no ha introducido ninguna previsión relacionada con los crímenes de guerra, así que esta alusión contenida en el Preámbulo sobre los “crímenes de guerra”, resulta extemporánea, falsa, descuidada y reveladora de que hubo una enmienda en tal sentido que fue rápidamente olvidada por acuerdo entre los dos partidos políticos mayoritarios en las Cámaras. Debe también recordarse que, aunque la cuestión es controvertida y existen opiniones divergentes al respecto, parece imponerse la idea de que los Convenios internacionales que regulan los delitos de guerra no obligan a los Estados partes a perseguir tales delitos con arreglo al principio de universalidad o justicia universal⁸.

En tercer lugar, los “*otros delitos contemplados por los tratados o convenios internacionales*”, se siguen contemplando pero con una formulación aparentemente distinta. La dicción hoy vigente indica que se los tribunales españoles son competentes para enjuiciar “*cualquier otro [delito] que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España*”. Se ha añadido el inciso “*en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos*”. Este añadido es una mera concesión política sin relevancia jurídica alguna. Un brindis al sol, pedaleo de gimnasio, toreo de salón. En efecto, tales delitos ya eran, y son, perseguibles en España por mandato de tales Convenios internacionales. Se ha hecho constar expresamente dicha referencia para dar la apariencia de que el legislador español sigue persiguiendo los delitos contra los derechos humanos y los delitos recogidos en el Derecho humanitario, con arreglo al principio de universalidad, aunque ahora, como es sabido, la jurisdicción española, tras la Ley Orgánica 1/2009, sólo puede entrar

⁷ J. DEL CARPIO DELGADO, “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *Diario La Ley*, Nº 7307, Sección Doctrina, 21 Dic. 2009, Año XXX, Ref. D-390 (consultado en su versión on line).

⁸ S.B. BARTRAMS, “The Evolving Concept of Universal Jurisdiction”, *New Englad Law Review*, vol. 35, 2001, p. 392-394; M.C. BASSIOUNI, “The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law”, en MACEDO, S. (ed.), *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, University of Pennsylvania Press, 2004, pp. 50-54; Id., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, 1992, esp. pp. 499-505; A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, NY, 2003, pp. 293-295; B.V.A. RÖLING, “The Law of War and the National Jurisdiction since 1945”, *RCADI*, vol. 100, 1960-II, pp. 360-389; J.M. GÓMEZ BENÍTEZ, “Jurisdicción Universal por Crímenes de Guerra, contra la Humanidad, Genocidio y Tortura”, en AA.VV., *El principio de Justicia Universal*, Colex, Madrid, 2000, pp. 64-65; C. RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y Represión Internacional*, Bosch, Barcelona, 2001.

a conocer de tales delitos cuando el supuesto presente vínculos con España y en concreto, cuando “*sus presuntos responsables se encuentren en España*” o cuando existan “*víctimas de nacionalidad española*”, o cuando se posible constatar “*algún vínculo de conexión relevante con España*” y, sólo si “*en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles*”.

IV. Principio de justicia universal. Delitos regulados por Convenios internacionales.

10. España es parte en numerosos Convenios internacionales relativos a tipos penales recogidos en el art. 23.4 LOPJ. Desde el punto de vista de la competencia internacional de los tribunales españoles en materia penal, estos Convenios internacionales adoptan dos perspectivas diferentes (C. ESPLUGUES MOTA)⁹.

11. a) *Convenios que optan por la territorialidad.* Algunos Convenios internacionales firmados por España indican que los tribunales de los Estados partes son internacionalmente competentes en el caso de que los hechos delictivos se hayan verificado en territorio español (= Convenios que optan por la “territorialidad”) o en el caso de que concurren otros criterios de competencia internacional en materia penal establecidos por la legislación de los Estados partes. En este grupo deben citarse los siguientes Convenios.

1º) Convenio de Ginebra de 20 abril 1929 para la represión de la falsificación de moneda (BOE núm. 98 de 8 abril 1931) (art. 17).

2º) Convenio para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas protocolo y acta final firmados en Ginebra, el 26 junio 1936 (BOE núm. 233, de 29 septiembre 1970) (art. 14).

3º) Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, firmado en Lake Success, Nueva York, el 21 marzo 1950 (BOE núm. 230 de 25 septiembre 1962) (art. 11).

4º) Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 diciembre 1948 (BOE núm. 34 de 8 febrero 1969) (art. 6: “*Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción*”).

5º) Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 17 diciembre 1997 (BOE de 22 febrero 2002) (art. 4.1: “*Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias para afirmar su jurisdicción sobre la corrupción de un agente público extranjero cuando el delito se cometa en todo o en parte en su territorio*”).

6º) Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves hecho en Tokio el 14 septiembre 1963 (BOE núm. 308 de 25 diciembre 1969) (art. 3: “1. *El Estado de matrícula de la aeronave será competente para conocer de las infracciones y actos cometidos a bordo. 2. Cada Estado Contratante deberá tomar las medidas necesarias a fin de establecer su jurisdicción como Estado de matrícula sobre las infracciones cometidas a bordo de las aeronaves matriculadas en tal Estado*”).

7º) Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 diciembre 1970 (BOE núm. 13 de 15 enero 1973). El Convenio sigue el criterio de la territorialidad, al que se añade el criterio del “lugar de aterrizaje de la aeronave secuestrada” (art. 4: “1. *Cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito y sobre cualquier acto de violencia cometido por el presunto delincuente contra los pasajeros o la tripulación, en relación directa con el delito, en los casos siguientes: a) si el delito se comete a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado; b) si la aeronave, a bordo de la cual se comete el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo; c) si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener*

⁹ C. ESPLUGUES MOTA, “Competencia judicial internacional (orden penal) (Derecho internacional privado)”, en VV.AA., *Enciclopedia jurídica básica*, dirigida por A. MONTOYA MELGAR, Ed.Civitas, Madrid, 1995, pp. 1193-1196.

tal oficina, su residencia permanente”

8º) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 septiembre 1971 (BOE núm. 9 de 10 enero 1971). El Convenio sigue el criterio de la territorialidad, al que se añade el criterio del “lugar de aterrizaje de la aeronave secuestrada” (art. 5: “*I. Cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos en los casos siguientes: a) si el delito se comete en el territorio de tal Estado; b) si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado; c) si la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo; d) si el delito se comete contra o a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente”*).

12. b) Convenios que optan por la universalidad. Otros Convenios obligan a España a perseguir los delitos que regulan y a procesar a los acusados con independencia del lugar de comisión de los hechos (= Convenios que optan por la “universalidad”). En este grupo debe incluirse el Convenio europeo para la represión del terrorismo número 90 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 enero 1977 (BOE núm. 242 de 8 octubre 1980) (arts. 6 y 7).

13. c) Convenios que utilizan criterios mixtos. Otros Convenios utilizan criterios mixtos, de manera que establecen diferentes foros de competencia obligatorios para los Estados partes, que, en el caso de concurrir, obligan a los tribunales de tales Estados a conocer de los delitos contemplados por estos instrumentos legales internacionales. Entre otros, pueden citarse los que siguen.

1º) Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas, el 26 mayo 1997 (BOE 28 marzo 2006). Según su art. 7, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia cuando: a) la infracción se cometa, total o parcialmente, en su territorio; b) el autor de la infracción sea uno de sus nacionales o uno de sus funcionarios; c) la infracción se cometa contra una de las personas mencionadas en el art. 1 de este Convenio o contra un miembro de las instituciones de la Comunidad Europea mencionadas en el apartado 1 del art. 4 que sea al mismo tiempo nacional de ese Estado; d) el autor de la infracción sea un funcionario comunitario al servicio de una institución de la Comunidad Europea o de un organismo creado de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, que tenga su sede en el Estado miembro de que se trate.

2º) Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 9 diciembre 1999 (BOE de 23 mayo 2002). Su art. 7 recoge los criterios de jurisdicción y establece que cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos cubiertos por el Convenio cuando éstos sean cometidos: a) en el territorio de ese Estado; b) a bordo de un buque que enarbole el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito; c) por un nacional de ese Estado.

3º) Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 julio 1995 (BOE núm. 74 de 28 marzo 2006). Su art. 4 indica que cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para establecer su competencia sobre las infracciones que haya tipificado de conformidad con el artículo 1 y con el apartado 1 del artículo 2, cuando: a) el fraude, la participación en un fraude o la tentativa de fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas hayan sido cometidos, total o parcialmente, en su territorio, incluido el caso de fraude cuyo beneficio se hubiera obtenido en dicho territorio; b) una persona participe o induzca desde su territorio, con conocimiento de causa, en la realización de un fraude de esta índole en el territorio de otro Estado miembro; c) el autor de la infracción sea un nacional del Estado miembro interesado, entendiéndose que el Estado miembro podrá exigir que el comportamiento sea punible en el país donde se perpetró.

4º) Convención de Viena de 20 diciembre 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (BOE núm. 270 de 10 noviembre 1990). Se regula en su art. 4, que distingue distintos tipos de delitos y asigna a ellos diferentes foros de competencia internacional en materia penal. En general, se atribuye competencia a los tribunales de los Estados partes cuando el delito se cometa en su territorio, cuando el delito se cometa a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada

con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito y en ciertos casos, cuando el delito sea cometido por un nacional suyo o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio. Resulta muy relevante el art. 17.3 de este Convenio, que establece que “3. *Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otra Parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave. 4. De conformidad con el párrafo 3 o con los tratados vigentes entre las Partes, o con cualquier otro acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas, el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a: a) Abordar la nave; b) inspeccionar la nave; c) si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo*” (ATS Penal 30 octubre 2008 [delito contra la salud pública y abordaje sin permiso del Estado extranjero que es legal], STS Penal 16 junio 2009 [delito de tráfico de drogas]).

Pero debe recordarse que el incumplimiento de la obtención de la autorización del Estado del pabellón para abordar una nave que enarbola dicho pabellón, “*no determina la vulneración de un derecho de los acusados ni constituye un motivo que pueda invalidar el proceso, ni condiciona la jurisdicción del Estado que ejerza su jurisdicción de acuerdo con su propio derecho penal internacional*”. En dicho caso, “*al tratarse de una norma que afecta las relaciones entre los Estados partes del Convenio de Viena, generaría, en todo caso, una cuestión entre dichos Estados*”, pero claramente ajena, por lo tanto, al proceso penal, que puede continuar, “*ya que puede constituir una irregularidad que no invalida el abordaje ni extiende sus consecuencias a la valoración de la prueba obtenida*” (ATS Penal 11 diciembre 2008 [interceptación de buque de pabellón británico], STS Penal 17 septiembre 2009, STS Penal 25 noviembre 2004, STS Penal 9 marzo 2007, STS Penal 24 septiembre 2008, STS Penal 20 mayo 2008).

5º) Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 15 diciembre 1997 (BOE de 12 junio 2001). Su art. 6 dispone que “*cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2 cuando éstos sean cometidos: a) En el territorio de ese Estado, o b) A bordo de un buque que enarbole el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito, o c) Por un nacional de ese Estado. Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos cuando: a) Sea cometido contra un nacional de ese Estado, o b) Sea cometido en o contra una instalación gubernamental en el extranjero, inclusive una embajada u otro local diplomático o consular de ese Estado, o c) Sea cometido por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado, o d) Sea cometido con el propósito de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto, o e) Sea cometido a bordo de una aeronave que sea explotada por el gobierno de ese Estado. Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2, en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Parte que hayan establecido su jurisdicción*”. El Convenio no excluye el ejercicio de la jurisdicción penal establecida por un Estado Parte de conformidad con su legislación interna.

6º) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 10 marzo 1988 (BOE núm. 99 de 24 abril 1992) (art. 6: “1. *Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 3 cuando el delito sea cometido: a) Contra un buque o a bordo de un buque que en el momento en que se cometa el delito enarbole el pabellón de ese Estado; o b) En el territorio de ese Estado, incluido su mar territorial; o c) Por un nacional de dicho Estado. 2. Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos cuando: a) Sea cometido por una persona apátrida cuya residencia habitual se halle en ese Estado; o b) Un nacional de ese Estado resulte aprehendido, amenazado, lesionado o muerto durante la comisión del delito; o c) Sea cometido en un intento de obligar a ese Estado a hacer o no hacer alguna cosa*”.

7º) Convención de la ONU hecha en Nueva York sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 14 diciembre 1973 (BOE núm. 33 de 7 febrero 1986). El convenio combina la territorialidad con la nacionalidad del infractor (art.

3: “1. Cada Estado parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos previstos en el párrafo 1 del artículo 2 en los siguientes casos: a) Cuando el delito se haya cometido en el territorio de ese Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado; b) Cuando el presunto culpable sea nacional de ese Estado; c) Cuando el delito se haya cometido contra una persona internacionalmente protegida, según se define en el artículo 1, que disfrute de esa condición en virtud de las funciones que ejerza en nombre de dicho Estado”.

8º) Convención internacional contra la toma de rehenes, hecha en Nueva York el 17 diciembre 1979 (BOE núm. 162 de 7 julio 1984). El Convenio combina la territorialidad con la nacionalidad del infractor (art. 5: “1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el artículo 1 que se cometan: a) En su territorio o a bordo de un barco o de una aeronave matriculados en ese Estado. b) Por sus nacionales, o por personas apátridas que residan habitualmente en su territorio, si en este último caso ese Estado lo considera apropiado”).

V. Principio de justicia universal. Las relaciones entre los Convenios internacionales y el art. 23.4 LOPJ.

14. Las relaciones normativas entre los Convenios internacionales y el art. 23.4 LOPJ son extraordinariamente complejas. Ello obliga a distinguir varios aspectos.

1º) Cuando resulte aplicable uno de los Convenios internacionales que obligan a los tribunales españoles a enjuiciar los delitos a los que se refieren con independencia del lugar de comisión de los mismos, los tribunales penales españoles serán competentes *ex* Convenio internacional, de modo directo (= y sin necesidad alguna de recurrir al art. 23.4 LOPJ y aunque el delito del que se trate no esté contemplado en el art. 23.4 LOPJ).

2º) Cuando resulta aplicable uno de los Convenios internacionales firmados por España que contienen tipos penales pero que sólo obligan a los tribunales españoles a enjuiciar los delitos a los que se refieren si éstos se han verificado en España, o si concurre cualquier otro foro de competencia o “punto de contacto” con España, los tribunales españoles no podrán declararse internacionalmente competentes mediante la aplicación de dicho Convenio si el delito se ha cometido fuera de España o si dicho “punto de contacto” con España no se verifica. Ahora bien, si el delito en cuestión constituye uno de los tipos penales recogidos en el art. 23.4 LOPJ, los tribunales españoles se declararán internacionalmente competentes en virtud de dicho precepto, y el Convenio no será aplicable (= en estos casos, el art. 23.4 LOPJ opera de modo “subsidiario” a los Convenios internacionales referidos). Ejemplo: en el supuesto de un delito de genocidio cometido en Marruecos, los tribunales españoles son internacionalmente competentes *ex* art. 23.4.a LOPJ, y no en virtud del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 diciembre 1948, que no es aplicable a este caso (= puesto que este Convenio opta por el criterio de la territorialidad y el delito no se ha cometido en España). Por tanto, puede afirmarse que el legislador español, al redactar el art. 23.4 LOPJ, llevó a cabo una proyección del principio de universalidad en relación con ciertos delitos muy graves y al margen de lo que establecieran los Convenios internacionales que regulan estos tipos penales.

3º) En consecuencia, la aplicación del art. 23.4 LOPJ no está subordinada, en ningún caso, a que se verifiquen las “condiciones espaciales” que, a tenor de ciertos Convenios internacionales, se exigen para que los tribunales españoles sean competentes en lo que se refiere a los delitos recogidos en el art. 23.4 LOPJ. La aplicación de este precepto tampoco depende de que el tipo penal en cuestión esté recogido y contemplado por algún Convenio internacional firmado por España.

VI. Principio de justicia universal. Vinculación del delito con España.

15. El art. 23.4 LOPJ contempla varios tipos delictivos especialmente graves y atribuye la competencia para juzgarlos a los tribunales españoles, precisamente, por la gravedad de la conducta y la “repercusión internacional” de estas conductas delictivas. La letra del precepto redactado en 1985 nada más exigía para poder juzgar tales delitos en España y por parte de los tribunales españoles. Ello hizo que el TS y el TC se enzarzaran en una lucha más por definir el ámbito y el alcance del art. 23.4 LOPJ, batalla a la que la AN también se unió con su propia perspectiva con el objetivo, conseguido, de complicar las

cosas todavía más, lo que no era nada sencillo.

16. a) Tesis del TC: el “*principio absoluto de jurisdicción universal*”. El TC insistía que estos delitos gravísimos podían y debían ser perseguidos en España con arreglo a las Leyes españolas aunque los hechos no presentasen “vinculación alguna” con España (STC 237/2005 de 26 septiembre 2005 [*caso Guatemala*] y de modo mucho más contundente, STC 227/2007, de 22 octubre 2007). El TC fundamentaba su postura en varios argumentos.

1º) Indicaba el TC que el art. 23.3 y 4 LOPJ no exigían ninguna “vinculación espacial” del caso con España para que los tribunales españoles puedan enjuiciar tales delitos. Su extrema gravedad era suficiente para ello y el único límite que encontraba la jurisdicción española para conocer de estos delitos era la “cosa juzgada” (= que el hecho haya sido ya juzgado y castigado por tribunales extranjeros). Decía el TC que la LOPJ “*instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios correctivos de corrección o procedibilidad... [pues] el principio de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución*”. Exigir requisitos adicionales a los previstos por la letra del art. 23.4 LOPJ para el enjuiciamiento en España de tales delitos vulneraba, según el TC, la tutela judicial efectiva, era una exigencia *contra legem* y vulneraba también la voluntad del legislador, que quiso abrir las puertas de la jurisdicción española para juzgar estos delitos sólo por la extrema gravedad de los mismos, sin exigir ninguna otra “conexión de vinculación espacial” de los hechos con España (STC 227/2007 de 22 octubre 2007 [presuntos delitos de genocidio y torturas cometidos en China contra personas del grupo Falun Gong]). Ejemplo: con arreglo a la interpretación sostenida por el TC, los tribunales españoles podrían enjuiciar y castigar con arreglo a la Ley española un delito de genocidio cometido en el extranjero contra extranjeros por sujeto extranjero que se encuentra fuera de España.

2º) Subrayaba el TC, además, que cuando el legislador ha querido exigir una específica vinculación entre un delito y España (= “punto de conexión legitimante”) de modo que dicha vinculación justifique la competencia internacional de los tribunales penales españoles, lo ha dicho de modo expreso. Y es cierto, porque la Ley orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina (BOE núm. 163 de 9 julio 2005) otorgó a los tribunales penales españoles la competencia para enjuiciar dichos delitos de mutilación genital femenina, pero dejó muy claro que para que dicha competencia subsista es preciso “*que los responsables se encuentren en España*”. En consecuencia, cuando el legislador no exige modo expreso la concurrencia de tal “punto de conexión legitimante”, el tribunal penal no puede exigirlo (= como sucede en los tipos penales recogidos en el art. 23.4 LOPJ, letras “a”-“g”). Si así lo hiciera, vulneraría el “principio de legalidad”, lo que es rechazable.

17. b) Tesis del TS: exigencia del “*punto de conexión legitimante*”. El TS, por el contrario, llevó a cabo una “reducción teleológica” del art. 23.3 y 4 LOPJ. Indica el TS que el caso debía presentar “alguna conexión espacial” con España (= “punto de conexión legitimante”), aunque el art. 23.4 LOPJ nada expresaba ni exigía al respecto. Varios aspectos deben ser subrayados sobre este particular.

1º) El argumento empleado por el TS era un argumento de “carácter finalista”. Con su interpretación, el TS evitaba que la jurisdicción penal española operase de modo “exorbitante”, “agresivo” e “imperialista”, lo que perturbaría el orden internacional entre los Estados. En efecto, subrayaba el TS que ello impediría que los tribunales españoles operasen como “jueces imperialistas”, dispuestos a conocer de casos y hechos ocurridos en cualquier parte del planeta, lo que supondría una especie de “Justicia Mundial a la española” que se impondría a todos los demás Estados del globo (AAN 10 enero 2006 [genocidio en Guatemala años 80], AAN 16 febrero 2006 [genocidio], STS Penal 18 marzo 2005 [genocidio y torturas en China], STS Penal 20 mayo 2003 [genocidio en Perú], STS 15 noviembre 2004 [terrorismo, tortura y genocidio en Argentina], STS Penal 25 febrero 2003 [genocidio en Guatemala]; STS Penal 20 junio 2006 [presuntos delitos de genocidio y tortura verificados en China]).

2º) La tesis del TS era una tesis *contra legem* (= el art. 23.4 LOPJ, en su redacción vigente antes de la Ley Orgánica 1/2009, exigía que los tribunales españoles juzguen estos delitos en España sin necesidad de que se acredite ningún “punto de conexión legitimante” o “vinculación espacial” con España), era una tesis *supra legem* (= porque el TS, por su posición en la jerarquía de los tribunales, puede “fabri-

car soluciones jurídicas” sin ser corregido por otros tribunales superiores a él, de modo que al interpretar la Ley de forma contraria a la misma, se sitúa por encima de la Ley y del legislador, aunque es verdad que el TS no contaba con el TC), y era una tesis *extra legem* (= porque el TS, aunque no es “legislador”, sino un “aplicador de la Ley”, elabora Derecho al margen de la Ley). Esta tesis del TS convertía al art. 23.4 LOPJ es una “inoperante declaración de principios” (M.R. MORENO-TORRES HERRERA)¹⁰, ya que producía una mutilación injustificada del principio de Justicia universal que, de modo clarísimo, se encontraba formulado en la dicción original del art. 23.4 LOPJ.

3º) En cuanto a la justificación jurídica de su interpretación, el TS subrayaba que dicho “punto de conexión legitimante” venía impuesto a la legislación española porque así lo establece la “costumbre internacional” (= normas de Derecho Internacional Público, cuya aplicación incondicionada y preferente sobre la normativa de producción interna se impone en virtud del art. 96.I CE 1978). Esta afirmación constituye un error de “confusión de fuentes”. La Ley española (= el art. 23.4 LOPJ) regula una cuestión de Derecho Público internacional o Derecho Penal internacional y no de Derecho Internacional Público, por lo que una costumbre internacional no es aplicable a los casos de Derecho Penal Internacional. Y además, aunque se pudiera, que no se puede, argumentar lo contrario, el TS nunca ha logrado demostrar que tal “costumbre internacional” exista. Se limitaba a hacer afirmaciones muy vagas al respecto, pues indicaba que tal restricción a la actuación de la jurisdicción española viene exigida por “una parte importante de la doctrina y algunos Tribunales nacionales”. Finalmente, un argumento demoledor está constituido por la misma existencia de la Ley Orgánica 1/2009. El legislador español de 2009 tuvo que introducir este “punto de conexión legitimante” en la letra del art. 23.4 LOPJ porque tal punto de conexión legitimante no podía hacerse valer en España a través de la “costumbre internacional”. Si dicha “costumbre internacional” hubiera existido y hubiera sido aplicable a los casos de Derecho Penal internacional, la reforma operada en este sentido por la Ley Orgánica 1/2009 hubiera sido completamente innecesaria.

4º) El TS indicaba que, entre otros, ese “punto de conexión legitimante” podía ser: (a) El hecho de que el presunto delincuente se encontrara en España (STS 15 noviembre 2004 [terrorismo, tortura y genocidio en Argentina]); (b) La nacionalidad española de la víctima (STS Penal 11 diciembre 2006, caso *Couso* [fallecimiento en Iraq de periodista español]).

18. c) Tesis de la AN: la “preferencia” de la jurisdicción extranjera o internacional y la “razonabilidad” de la conexión con España. De mala gana, y de modo absolutamente contrario a la doctrina del TC, la AN afirmaba haber asumido la doctrina del TC (Acuerdo Pleno AN para unificar criterios en materia de jurisdicción extraterritorial, texto en *REDI*, 2006, p. 918). Indicaba la AN que no basta la mera noticia de la existencia de hechos penalmente relevantes y relativos a los tipos penales del art. 23.4 LOPJ, para abrir diligencias penales en España. Ello sólo procedía, señalaba la AN, si se verificaban tres circunstancias: 1º) Que los “Tribunales Internacionales” no hayan intervenido en el cuestión (= lo que deberá ser determinado con arreglo a las normas que regulan los tribunales penales internacionales, para ver si establecen una jurisdicción “excluyente” o no, que con frecuencia será que “no”). Por otro lado, esta exigencia no se contemplaba en el art. 23.4 LOPJ, por lo que resultaba *contra legem*, a menos que la exigencia estuviera contemplada por un Convenio internacional en vigor para España; 2º) Que no estén conociendo del caso los tribunales extranjeros correspondientes al lugar de comisión del delito (= principio de “prioridad de la jurisdicción del lugar de comisión del delito”). Este segundo requisito-criterio constituye una “invención” de la AN, puesto que no se encuentra regulado en ningún instrumento legal internacional ni se encontraba recogida en el art. 23 LOPJ; 3º) Se aceptará la jurisdicción española pero siempre que respete un “criterio de razonabilidad”: según la AN los tribunales españoles del orden penal rechazarán el ejercicio la jurisdicción española si se aprecia un exceso o abuso de derecho “*por la absoluta ajeneidad del asunto*” al tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados de España y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos. La posición de la AN era, claramente, una posición *contra legem* (= no respetaba el alcance y sentido del art. 23.4 LOPJ y del principio de universalidad), y vulneraba los criterios enunciados por el TC, mucho más correctos.

¹⁰ M. R. MORENO-TORRES HERRERA, “La aplicación de la ley penal en el espacio”, en J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª Ed., Valencia 2004, pp. 331-357.

19. d) *La cuestión en Derecho Penal internacional comparado.* No hay una tendencia unívoca sobre la cuestión en los demás países del Globo. Dos grandes líneas se aprecian: 1º) En ciertos Estados, se sigue una concepción similar a la española, muy amplia, del principio de Justicia universal. Es el caso de Bélgica. En dicho país, se interpuso una querrela en 2001 contra el entonces primer ministro israelí ARIEL SHARON por su responsabilidad en las muertes ocurridas en los campos de Sabra y Chatila (Líbano); 2º) En otros países, la legislación impone, de modo expreso, un auténtico “punto de conexión legitimante” que debe concurrir para garantizar una conexión del caso con el Estado cuyos tribunales operan sobre el principio de Justicia universal y evitar, de ese modo, que los tribunales de un país intenten proyectar “su Justicia” en relación con casos que nada tiene que ver con dicho Estado. Así, por ejemplo, el Código Penal israelí permite enjuiciar a sujetos extranjeros por crímenes cometidos fuera de Israel pero sólo si tales delitos han sido perpetrados “*contra el Estado de Israel o contra el pueblo judío*” (= “punto de conexión legitimante” con Israel).

20. e) *Conclusión del debate antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009.* Salvo disposición contraria recogida en un Convenio o norma internacional en vigor para España, debe afirmarse que el TC tenía razón. Estos delitos recogidos en el art. 23.4 LOPJ podían y debían ser perseguidos en España con arreglo a las Leyes españolas aunque los hechos no presentasen “vinculación alguna” con España. El art. 23.4 LOPJ no exigía, antes de 2009, ninguna “vinculación espacial” del caso con España para que los tribunales españoles pudieran enjuiciar tales delitos. Ahora bien, de los delitos contemplados en el art. 23.4 LOPJ, sólo los relativos a la mutilación genital femenina (= letra “h” del art. 23.4 LOPJ), exigían, para que los tribunales penales españoles pudieran proceder contra los responsables, una especial vinculación del supuesto concreto con España. En concreto, el precepto exige “*que los responsables se encuentren en España*”. Debe recordarse que la ablación de los órganos genitales femeninos se practica con elevadísima frecuencia en numerosos países, como por ejemplo, Gambia, pero por parte de sujetos cuya residencia habitual se encuentra en España (= práctica muy extendida entre los integrantes de la tribu mandinga, sean musulmanes o cristianos) (*Diario La Vanguardia*, 1 julio 2008). La OMS estima que en el mundo hay 130 millones de mujeres víctimas de mutilaciones genitales practicadas en nombre de culturas y tradiciones religiosas. Ahora bien, la interpretación de la expresión “*que los responsables se encuentren en España*” no es pacífica. Dos tesis se enfrentan.

Primera. La Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina (BOE núm. 163 de 9 julio 2005) posibilita “la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país”. Este precepto trata de evitar que los responsables de estas prácticas mutiladoras se desplacen desde España hasta sus países de origen para poder practicarlas allí con impunidad y regresar después a España (= el precepto trata de evitar el “*Forum Shopping* penal”). Por ello, la expresión recogida en el art. 23.4 LOPJ (= “*que los responsables se encuentren en España*”), debe entenderse como exigencia de que los responsables residan habitualmente en España. Con esta limitación espacial, no se podrá procesar ante los tribunales penales españoles a los sujetos responsables de estas actuaciones que no residan en España. Tampoco se podrán librar órdenes de detención internacionales contra los mismos.

Segunda. Una interpretación literal de la expresión conduce a otorgar competencia internacional a los tribunales penales españoles en todos los casos en los que los responsables de estas gravísimas conductas se hallen físicamente en España. Es decir, resultaría indiferente el país de residencia habitual de tales responsables y el solo hecho de que dichos responsables se encuentren físicamente en España es suficiente para que los tribunales españoles puedan conocer del enjuiciamiento de estos crímenes. Esta tesis presenta la ventaja de convertir a España en un país que en ningún caso, puede utilizarse como “refugio” por sujetos que han cometido tales prácticas en el extranjero. Pero suscita el inconveniente de desbordar el propósito inicial del legislador (= que se dirigía a castigar a los sujetos que residen habitualmente en España y se desplazan a sus países de origen para realizar prácticas ablativas).

21. f) *Jurisdicción universal en el art. 23.4 LOPJ tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009.* La victoria del TS y de la tesis del “punto de conexión legitimante”. El legislador ha mediado

en la polémica entre el TS, la AN y el TC y ha reformado el art. 23.4 LOPJ para adaptar dicho precepto a la posición *contra legem* que mantenían el TS y la AN. El TC ha salido totalmente derrotado y el TS y la AN han ganado esta batalla judicial gracias al apoyo del Parlamento. Obsérvese que el apartado III del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 266 de 4 noviembre 2009), indica que “...[d]e otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Esta afirmación es, clara, simple y llanamente, falsa. Esta “batalla entre tribunales” la ha ganado el TS porque ha jugado con los dados marcados por las Cortes Generales, que han defendido las tesis del TS en contra de las tesis del TC. La reforma ha dado la razón a la tesis del TS y el TC no ha quedado, precisamente, muy bien parado. En efecto, el art. 23.4 LOPJ acoge, en la actualidad, la doctrina del TS y de la AN, lo que pone de relieve que en esta ocasión, como en tantas otras, son los tribunales los que fabrican las Leyes. En fin, el texto actualmente vigente del art. 23.4 LOPJ indica: “*Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles*”. Varias observaciones resultan pertinentes sobre la redacción vigente del art. 23.4 LOPJ.

1º) *Vínculos objetivos del supuesto con España*. Los tribunales españoles del orden jurisdiccional penal sólo podrán conocer de los delitos relacionados en el art. 23.4 LOPJ cuando el supuesto criminal presenta “vínculos objetivos” con España que justifican la intervención de la jurisdicción penal española. El legislador ha concretado tales “vínculos objetivos con España” y exige que concurra alguno de estos puntos de contacto del supuesto con España: a) Que los “*presuntos responsables se encuentren en España*” (= para reforzar la defensa de los derechos humanos, debe entenderse que basta una presencia física del presunto responsable en España, es decir, que no se exige que el sujeto tenga en España su “residencia habitual”); b) Que existan “*víctimas de nacionalidad española*” (= nacionalidad española que debe ser concretada en el momento de comisión de los hechos); c) Que sea posible constatar “*algún vínculo de conexión relevante con España*” (= vínculos que no se precisan y cuya determinación corresponde a los tribunales).

2º) *Explicación de la reforma restrictiva del art. 23.4 LOPJ*. Con esta reforma, el legislador ha querido evitar los problemas políticos y diplomáticos que la redacción original del art. 23.4 LOPJ había planteado al Gobierno de España. En efecto, ciertos políticos se quejaban de que la apertura de procesos penales por jueces españoles contra presuntos responsables penales de otros países, que en frecuentes ocasiones eran dirigentes de Estados extranjeros, Jefes de gobierno extranjeros, autoridad militares de otros países, etc., provocaba un enturbiamiento de las relaciones internacionales de España con dichos países. Ejemplo: se inició el procesamiento en la AN española, de ciertos sujetos del Gobierno israelí a los que se considera responsables de matanzas en Gaza en 2002. A finales de enero 2009, el Centro Palestino para los Derechos Humanos, presentó una querrela criminal ante el juez de la Audiencia Nacional de España F. ANDREU contra el ex-ministro israelí de Defensa BENJAMIN BEN-ELIEZER y otros responsables israelíes: Dan Halutz, comandante de las fuerzas aéreas israelíes, Doron Almog, general del mando sur de las fuerzas de defensa israelíes, Giora Eiland, presidente del Consejo Nacional de Seguridad israelí y asesor nacional de seguridad, Michael Herzog, secretario militar del ministro de Defensa, Moshe Ya'alon, jefe del Estado Mayor, y Abraham Dichter, director del servicio general de seguridad de Israel. Los cargos: la matanza de 14 civiles que ocurrió cuando las Fuerzas Armadas israelíes perpetraron un ataque para eliminar a un líder de Hamás Shehadeh en Gaza el 22 julio 2002 (*Diario El País* 31 enero 2009 y 3 febrero 2009). Un caza F-16 del Ejército israelí lanzó una bomba de una tonelada sobre la vivienda de dicho dirigente de Hamás en la ciudad de Gaza, situada en una zona residencial muy poblada de la ciudad. La bomba causó 15 muertos y 150 heridos, muchos de ellos víctimas civiles. Al parecer, el ataque en cuestión fue llevado a término con pleno conocimiento de las consecuencias que tal acción podría conllevar. Ello supondría un ataque contra la población civil con métodos terroristas. Los tribunales españoles enviaron en agosto 2008 una comisión rogatoria dirigida a Israel para que se informara

sobre la cuestión de si estos hechos habían sido ya juzgados en Israel (art. 23.2 c LOPJ al que remite el art. 23.5 LOPJ). Al parecer, el Ministerio de Asuntos Exteriores israelí comunicó a los jueces españoles que la Corte Suprema de Justicia de Israel, en fecha 24 diciembre 2008, rechazó la demanda de la organización israelí *Yesh Gvul* (“Hay Límites”), para que se abriera una investigación sobre los hechos ocurridos en Gaza y que fueron objeto de investigación por el juez español F. ANDREU en la AN. Resulta muy llamativo, de todos modos, que las protestas políticas contra estos procesos en la AN española no se hayan hecho sentir en relación con los procesos llevados a cabo contra el General Pinochet y ciertos militares que operaron en Argentina durante la Dictadura del General Videla. Llamativo es, también, que las querellas criminales hayan proliferado en España sólo contra determinados presuntos criminales y no contra otros. En la AN española se han abierto procesos criminales contra distintos sujetos por delitos cubiertos por el principio de Justicia universal. Entre otros, tales procesos se han iniciado por crímenes ocurridos en el Tíbet (= genocidio tibetano: en mayo de 2009, el juez de la AN PEDRAZ solicitó permiso para interrogar a tres ministros del Gobierno de dicho país en relación con un “ataque generalizado y sistemático contra la población civil tibetana” [*diario El País* 6 mayo 2009]), en Ruanda (= matanza de los hutus), contra un ex-presidente salvadoreño (= muerte de seis jesuitas en 1989), contra el ex Jefe de gobierno de Guatemala EFRAÍN RÍOS MONTT (= caso del “Genocidio maya”), contra el General A. PINOCHET (= represión con tácticas terroristas en Chile), contra ciertos militares argentinos por sucesos durante la Dictadura del General VIDELA (= caso “Scilingo”), contra ciertos militares norteamericanos por hecho ocurridos durante la Guerra de Iraq (= caso Couse), contra los juristas que idearon la prisión de Guantánamo en Cuba, y entre ellos, el Fiscal General norteamericano A.R. González [*diario El País* 6 mayo 2009]). Pues bien, de todos era sabido, y existen, incluso muy conocidos *films* sobre el asunto (= *The Killing Fields*), que entre 1976 y 1979 se llevó a cabo uno de los mayores y más crueles genocidios de la historia de la Humanidad en Camboya por parte de los dirigentes del Gobierno Comunista de los Jemeres Rojos. Sin embargo, y pese a saberse igualmente que los principales responsables de dichos delitos seguían con vida, nunca se presentó una querrela contra los mismos ante la AN española y ha habido que esperar hasta febrero de 2009 para ver sentados en el banquillo de los acusados, en Camboya, a los responsables de dichas matanzas que todavía conservaban la vida. Otros han eludido para siempre la Justicia terrenal. En suma, la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009 ha sido una reforma motivada por razones diplomáticas y políticas que dejará tranquilos a los políticos nacionales y extranjeros.

3º) *Universalidad subsidiaria*. Además de concurrir alguno de los puntos de conexión legitimantes antes relacionados, la jurisdicción penal española sólo será competente para enjuiciar los delitos recogidos en el art. 23.4 LOPJ si y sólo si “*en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles*”. Es decir, que la jurisdicción universal española sólo puede intervenir: (a) Si se acredita que un Tribunal internacional competente para conocer de los hechos no ha iniciado una investigación o persecución, aunque no es necesario que haya procesado a los presuntos responsables; (b) Si se acredita que en otro país competente, que no se precisa cuál debe ser, tampoco se ha iniciado dicha investigación o persecución efectiva de los hechos. Se puede presumir que se tratará del país en cuyo territorio se haya cometido el delito y del país de la nacionalidad del presunto autor. Con esta exigencia, resultará muy sencillo “desactivar” la jurisdicción universal española *ex art. 23.4 LOPJ*.

4º) *Sobreseimiento provisional de la causa en España*. Indica también el art. 23.4 LOPJ que “*el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior*”. Ello significa que si el proceso penal se ha iniciado en España por no haberse abierto ante un Tribunal internacional o en otro país competente, dicho proceso “español” quedará sobreseído provisionalmente si se acredita que, en tal país o por tal Tribunal internacional, ha comenzado otro proceso sobre los hechos denunciado. El proceso en el extranjero no tiene por qué revestir “carácter penal”. Esta previsión debe afectar a los procesos abiertos en España bajo la vigencia de la redacción anterior del art. 23.4 LOPJ pero todavía pendientes cuando entró en vigor la Ley Orgánica 1/2009.

5º) *Cosa juzgada penal internacional*. El apartado 5 del art. 23 LOPJ indica que “*si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo*”. Ello significa que los

tribunales españoles del orden penal carecen de competencia internacional en el caso de que el delincuente haya sido “*absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, haya cumplido la condena*”. Es decir, que en dichos supuestos, el legislador estima que la conducta ya ha sido castigada en el extranjero y no debe ser castigada nuevamente en España (= *non bis in idem*).

VII. Principio de justicia supletoria.

22. La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 266 de 4 noviembre 2009) no se ha referido al llamado “principio de justicia supletoria”¹¹. En efecto, afirma el TS que la jurisdicción de los tribunales penales españoles y la consiguiente aplicación de las leyes penales sustantivas españolas también debe afirmarse en relación con delitos tipificados en las normas españolas y cometidos fuera de territorio español, en virtud del principio de “justicia supletoria”. Un principio que no se recoge en el art. 23 LOPJ y que el TS ha “descubierto” o, mejor dicho, un principio que el TS se ha “inventado”. Para ello deben concurrir, según el TS, estas circunstancias (STS Penal 21 junio 2007, STS Penal 5 julio 2007): 1º) Debe tratarse de un hecho delictivo generalmente tipificado como delito por la mayor parte de los Estados, como la trata de personas o la inmigración ilegal; 2º) Que tales hechos quedaran impunes si no conocieran de los mismos los tribunales españoles; 3º) Que tales hechos presenten un “alto nivel de conexión con España”. Ejemplo: transporte ilegal de trabajadores extranjeros desde el extranjero con destino a España en cayuco interceptado en aguas internacionales, visto que el destino del cayuco era España, el cayuco carecía de nacionalidad, ningún Estado reclama la competencia para juzgar los hechos, y los algunos de los presuntos responsables se encuentran en el territorio español.

Esta tesis del TS debe ser rechazada por varios motivos: 1º) El obligado respeto al principio de legalidad penal impide aceptar esta tesis del TS (= los casos en los que los tribunales penales deben y/o pueden enjuiciar conductas criminales deben venir fijados en la Ley, y no pueden establecerse por los tribunales, por muy razonables que sean); 2º) El rechazo de esta tesis y de este principio de “justicia supletoria” viene corroborado por el hecho de que el legislador español ha reformado el art. 23.4 LOPJ para evitar que los tribunales “se inventen” casos en los que los tribunales penales españoles pueden ejercitar su jurisdicción incluso si ello no está así previsto en las Leyes españolas (*vid.* Ley orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, en BOE núm. 278 de 20 noviembre 2007 y corr. err BOE núm.210 de 27 diciembre 2007).

¹¹ *Vid.* al respecto, E. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, Akal, Madrid, 1997, pp. 119-120; J. J. Díez SÁNCHEZ, *El derecho Penal internacional. Ámbito espacial de la ley penal*, Colex, Madrid, 1990, esp. pp. 202-210; M. A. VIEIRA, *El Delito en el espacio. Derecho penal internacional y Derecho internacional penal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1969, pp. 145-147.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO Y TRATADO DE LISBOA: HACIA UN NUEVO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL

*Licenciada en Derecho
Universidad de Murcia*

Recibido: 04.01.2010 / Aceptado: 20.01.2010

Resumen: Los objetivos prioritarios de la UE consisten en la creación de un auténtico espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y el establecimiento de un verdadero mercado interior. La instauración de un espacio judicial europeo exige la eliminación de barreras jurídico-públicas y barreras jurídico-privadas que dificultan la creación de un “espacio sin fronteras interiores” en el que el ciudadano pueda ejercitar sus derechos fundamentales y sus libertades comunitarias. En definitiva, tales barreras obstaculizan el correcto funcionamiento del mercado interior. Por tal razón y para lograr dichos objetivos, las instituciones comunitarias resultan competentes para adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza fundada en dos herramientas: El mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales y extrajudiciales y la “aproximación” de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Ahora bien, para formar un único “Estado” resulta imprescindible que los países de la UE compartan valores sociales, morales y jurídicos similares. En consecuencia, la creación de un auténtico espacio judicial europeo únicamente tiene sentido si actúa como “herramienta” para alcanzar el “correcto funcionamiento” del mercado interior.

Palabras clave: Espacio judicial europeo, “comunitarización” del DIPr., barreras jurídico-públicas, barreras jurídico-privadas, comercio internacional, principio de mutuo reconocimiento, unificación de las normas de conflicto de leyes.

Abstract: One of the main aims of the EU consists in the creation of an real European area of freedom, security and justice and a real internal one single market. An area of justice in the EU requires the elimination of all the obstacles to the free movement of european citizens from one member State to another. Such obstacles prevent the correct functioning of the internal market. Since the Treaty of Amsterdam (1997) the UE institutions have competence to adopt measures of judicial cooperation in civil matters with cross-border implications. Among these measures, the principle of mutual recognition of judicial and extrajudicial decisions and the creation of uniform conflict rules and uniform jurisdiction rules are of the essence. An unique Community private international law system makes sense as a legal tool to promote the internal market int the UE as well as to create a Justice Area in the UE as it has been conceived in the Lisbon Treaty (September 13, 2007).

Key words: Comunitarization of the PIL, freedom, security and Justice area, international trade, principle of mutual recognition, unification of conflict of laws rules.

Sumario: I. Antecedentes: construcción legal del concepto de espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. II. El artículo 81 TFUE y la “comunitarización” del Derecho Internacional Privado. III. Definición de espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. 1. La división del mundo en Estados soberanos. 2. El espacio judicial europeo y el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. 3. Herramientas necesarias para la creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. A) Supresión de barreras jurídico-públicas. B) Supresión de barreras jurídico-privadas. C) Tercer tipo de barrera que impide la creación de un auténtico espacio de libertad, seguridad y

justicia. 4. El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y el derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio de la UE. 5. La relación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y el DIPr.: El espacio judicial europeo y el intercambio internacional. IV. Técnicas para el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia. 1. El principio de mutuo reconocimiento. 2. La unificación de las normas de conflicto de leyes.

I. Antecedentes: construcción legal del concepto espacio europeo de libertad, seguridad y justicia

1. La Comunidad Europea, precursora de la UE, surgió de lo que en principio eran tres organizaciones independientes: la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), creada en 1951, la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), ambas fundadas en 1957. Diez años después, en 1967, tiene lugar la fusión de los organismos ejecutivos de las tres instituciones. A partir de ese momento, surge la Comunidad Europea, con sede en Bruselas.

2. Los primeros atisbos de creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia emergen con la firma del Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957. El Tratado de Roma estableció la Comunidad Económica Europea (CEE), también conocida como Mercado Común, que favorecía la unión económica de los países europeos occidentales firmantes. Los primeros en participar fueron Francia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Italia y la República Federal de Alemania, más conocidos como “los seis”.

3. Los objetivos del Tratado de Roma se concretan en los siguientes: 1º) La supresión de las barreras comerciales entre los países miembros; 2º) El establecimiento de una política comercial común con respecto a terceros países, no pertenecientes a la CE; 3º) La coordinación de las políticas agrícolas, económicas y de transportes; 4º) La eliminación de aquellas medidas, públicas o privadas, que restringieran la libre competencia, y el aseguramiento de la libertad de movimiento de capitales, trabajo y mano de obra entre los países firmantes.

4. Curiosamente, la CE queda “petrificada” hasta la dimisión de CH. DE GAULLE como presidente de Francia en mayo de 1969. La única excepción tiene lugar con el Consejo de Nápoles de 1967, que materializa la cooperación europea en asuntos de justicia e interior a través del mecanismo de la asistencia mutua entre las autoridades aduaneras¹. El siguiente presidente francés, G. POMPIDOU, más abierto a nuevas iniciativas en el seno de la CE, propuso la celebración en diciembre de 1969 de una reunión de los líderes de los Estados miembros en La Haya (Países Bajos). Esta cumbre preparó el terreno para la creación de una forma de financiación permanente de la CE, el desarrollo de un marco de cooperación en política exterior y la apertura de negociaciones para el ingreso de Reino Unido, Irlanda, Dinamarca y Noruega. En este sentido, la Cumbre de La Haya de fecha 1 y 2 de diciembre de 1969, potenció la cooperación política en los aspectos de política interior de los Estados miembros y fijó el alcance en materia de ayuda y acción policial, condiciones de la extradición, trato de refugiados y concesión de asilo².

¹ A. CALONGE VELÁZQUEZ, “Sistema competencial y de fuentes en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Nº 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia), pp. 95-112; M. BACIGALUPO SAGGSE, “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas (el espacio de libertad, seguridad y justicia)” en *Políticas Comunitarias*, E. LINDE PANIAGUA (coordinador), Colex, Madrid, 2001, p. 184; J. A. FUENTETAJA PASTOR, “La cooperación policial y judicial en materia penal” en *Políticas de la Unión Europea*, 2º ed., Colex, Madrid, 2005, p. 261; C. F. MOLINA DEL POZO, “Manual de Derecho de la Comunidad Europea”, 4 ed., Dijusa, Madrid, 2002, p. 680.

² A. CALONGE VELÁZQUEZ, “Sistema competencial y de fuentes en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Nº 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia), pp. 95-112; E. VILARIÑO PINTOS, “La cooperación en los ámbitos de justicia e interior en el Tratado de la Unión Europea. Los aspectos básicos para su realización”, *RIE*, vol. 21, n.º 1, 1994, p. 64.

5. Con fecha 1977, V. GISCARD D'ESTAIN, el entonces presidente francés, lanzó la idea de crear un espacio judicial europeo³. Ahora bien, el avance más significativo en la CE tuvo lugar durante la década de 1980. Así con fecha 19 de junio de 1983 se presenta la Declaración de Stuttgart⁴. La Declaración de Stuttgart consiste en un texto que tiene por base el plan elaborado por H. DIETRICH GENSCHER, Ministro de Asuntos Exteriores alemán y por su homólogo italiano E. COLOMBO. Los Jefes de Estado y de Gobierno se comprometen a reexaminar los progresos realizados en el ámbito de las relaciones interinstitucionales, la competencia comunitaria y la cooperación política y a decidir si procede incorporarlos a un Tratado de la Unión Europea. En sentido estricto, los objetivos se concretan en los siguientes: 1º) Promover la “aproximación” de algunas áreas de la legislación de los Estados miembros con el fin de facilitar las relaciones mutuas entre sus ciudadanos; y 2º) Realizar un análisis común y acciones concertadas para hacer frente a los problemas internacionales de orden público, a las manifestaciones de violencia grave y a la criminalidad organizada.

6. En sintonía con ello, la década de 1980 tuvo por objeto la marcha hacia la puesta en práctica de un Mercado Único Europeo. La campaña para lograr este objetivo fue promovida por J. DELORS, antiguo ministro de Economía y Finanzas francés, que se convirtió en presidente de la Comisión Europea en 1985. Con ocasión de la celebración de la Cumbre de Milán en 1985 (Italia), la Comisión propuso un plazo de siete años para eliminar prácticamente todas las barreras comerciales que aún existían entre los Estados miembros. Con posterioridad, entra en vigor el Acta Única Europea (firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros y el 28 de febrero de 1986 por Dinamarca, Italia y Grecia) con objeto de promover la primera modificación de gran alcance del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE). El Acta Única Europea⁵ revisa los Tratados de Roma para reactivar la integración europea y procurar la realización del mercado interior. A tal efecto, modifica las normas de funcionamiento de las instituciones europeas y amplía las competencias comunitarias, en particular, en el ámbito de la investigación y el desarrollo, el medio ambiente y la política exterior común.

7. En definitiva, el Consejo Europeo aprobó el propósito de alcanzar el Mercado Único Europeo el 1 de enero de 1993, aceleró las reformas en la CE e incrementó la cooperación y la integración entre los Estados miembros. Finalmente, todo ello culminó con la formación de la UE.

8. La UE, como organización supranacional del ámbito europeo, aspiraba a potenciar la integración económica y política y reforzar la cooperación entre sus Estados miembros.

9. Con objeto de conseguir dicho fin, se firma el Tratado de la Unión Europea en Maastricht con fecha 1 de noviembre de 1993. La firma del Tratado de Maastricht constituye un hito en el proceso de creación de la UE, y establece normas para su futura moneda única y su política exterior y de seguridad común, así como para el refuerzo de la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior. La UE sustituye oficialmente a la CE. El Tratado de Maastricht fue muy claro en sus intenciones, que pueden concretarse en las siguientes:

1º) Crea un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia que iba más allá de la mera integración económica. La cooperación judicial en materia civil, inicialmente regulada por Convenios internacionales, se inscribe en el Tratado de Maastricht como una cuestión de interés común.

2º) Incorpora una serie de normas que permiten cierta cooperación intergubernamental entre los

³ R. CATALÁ POLO, “La cooperación en asuntos de justicia e interior en el proceso de construcción europea” en *La Unión Europea: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el 2004*, coord. V. GARRIDO REBOLLEDO, prólogo de A. ACEBES PANIAGUA, Madrid, Universidad Francisco de Vitoria, D. L.2004, pp.25-43, esp. p.25

⁴ A. CALONGE VELÁZQUEZ, “Sistema competencial y de fuentes en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N° 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia), pp. 95-112.

⁵ D. ORDOÑEZ SOLÍS, “El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, *Revista de estudios políticos*, N° 119, 2003, pp. 447-484; J. M. MURIEL PALOMINO, “El espacio de libertad, seguridad y justicia en los Tratados de Ámsterdam y Niza: La libre circulación de personas y la integración de los Acuerdos de Schengen en el marco de la Unión Europea”, *Anuario de derecho europeo*, N° 1, 2001, pp. 189-220.

Estados miembros de la UE. Éstos, quedan facultados para celebrar Convenios internacionales en materia de cooperación judicial civil (art. K.3)⁶.

10. Ahora bien, la novedosa aportación del Tratado de Maastricht sólo se concretó en la firma de dos Convenios internacionales que ni siquiera llegaron a entrar en vigor⁷. Si bien, el contenido material de dichos Convenios fue “trasvasado” con posterioridad a ciertos Reglamentos⁸ actualmente vigentes⁹.

11. En un momento ulterior, se produce la firma del Tratado de Ámsterdam con fecha 2 de octubre de 1997. Su objetivo principal se sustenta en la creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Un espacio de libertad, seguridad y justicia que prescinde de los mecanismos de cooperación intergubernamental en los asuntos de justicia e interior¹⁰. El Tratado de Ámsterdam concreta los fines siguientes¹¹: 1º) Mejor acceso a la justicia en Europa; 2º) Mutuo reconocimiento de decisiones judiciales y 3º) Convergencia en el ámbito de Derecho Civil.

12. Aun cuando el objetivo que persigue es idéntico al establecido en el Tratado de Maastricht, el Tratado de Ámsterdam va más allá. Procede a una plena “comunitarización” de la cooperación judicial civil, asociándola a la libre circulación de personas¹². La plena “comunitarización”, se traduce en un “*incremento de la virtualidad del Derecho a la tutela judicial efectiva en el seno de la Unión, junto al pleno desarrollo del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil*” (J. J. ÁLVAREZ RUBIO¹³). E incluso más, el Tratado de Ámsterdam manifiesta de forma clara¹⁴: *Con objeto de promover la libre circulación de perso-*

⁶ R. A. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, “La cooperación judicial en la Unión Europea” en *La Unión Europea: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el 2004*, coord. V. GARRIDO REBOLLEDO, prólogo de A. ACEBES PANIAGUA, Madrid, Universidad Francisco de Vitoria, D. L.2004, pp.157-177; A. BORRÁS, “La cooperación judicial civil” en *El tercer pilar de la Unión Europea*, Madrid, 1997, pp. 231 y ss.

⁷ Convenio sobre notificación o traslado en los Estados miembros de la UE de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil de 26 de mayo de 1997 y Convenio sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes de 28 de mayo de 1998.

⁸ Reglamento 1348/2000- Primer informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil [COM (2004) 603 final- No publicado en el Diario Oficial]- y Reglamento 2201/2003 [Diario Oficial L 338 de 23.12.2003] respectivamente.

⁹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Espacio europeo de justicia: Evolución y perspectivas en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, pp. 441-466, esp. pp. 442-444.

¹⁰ J. MAYOR OREJA, “El nuevo espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Boletín Asturiano sobre la Unión Europea*, N.º 80, 1999, pp. 4-9.

¹¹ M. OREJA ARBURÚA, “Evolución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” en *La Unión Europea: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el 2004*, coord. V. GARRIDO REBOLLEDO, prólogo de A. ACEBES PANIAGUA, Madrid, Universidad Francisco de Vitoria, D. L.2004, pp. 222-236, esp. p. 224.

¹² P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La evolución del Derecho Internacional Privado comunitario en el Tratado de Ámsterdam”, *REDI*, vol. L, núm. 1, 1998, pp. 373-376; E. JAYME / CH. KOHLER, “L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *RCDIP*, 1995, pp. 1-40, esp. p.5.

¹³ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2008, p.8.

¹⁴ La mayor parte de la doctrina valoró el Tratado de Ámsterdam como un texto que ha supuesto un cambio radical en el DIPr. de los Estados miembros, pues ha llevado a la “comunitarización” del mismo. En este sentido, *vid. inter alia*, F. J. MILLÁN MON, “Cooperación en los ámbitos de justicia e interior”, en *España y el Tratado de la Unión Europea, Una aproximación al Tratado elaborada por el equipo negociador español en las Conferencias Intergubernamentales sobre la Unión Política y la Unión Económica y Monetaria*, Colex, Madrid, 1993, pp. 421-449; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, “La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam”, *Revista General de Derecho*, n.º 644, 1998, pp. 5857-5862; J. BASEDOW, “The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam”, *CMLR*, n.º 37, 2000, pp. 687-708; P. MELLADO PRADO,

nas, los Estados miembros cooperarán, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, en particular en lo que respecta a la entrada, circulación y residencia de los nacionales de terceros países. Asimismo cooperarán en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, la droga y el tráfico de obras de arte y de antigüedades. En definitiva, la “cooperación entre los Estados miembros en asuntos de justicia e interior” se convierte en la principal aportación del Tratado de Ámsterdam¹⁵.

13. En consecuencia, el Derecho comunitario amplió su objetivo después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. El Derecho comunitario “inicial” tenía por único fin el ámbito de Derecho patrimonial (= “Comunidad de Comerciantes”). El Derecho comunitario “actual” también alcanza el objetivo de crear una “Comunidad del Ciudadano”. Ninguna norma de DIPr. de los Estados miembros puede obstaculizar el ejercicio de los Derechos fundamentales y las libertades comunitarias recogidas en la Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante Versión consolidada TUE-TFUE), al ciudadano comunitario en el territorio de los Estados miembros¹⁶.

II. El artículo 81 TFUE y la “comunitarización” del Derecho Internacional Privado.

14. El “espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas” constituye un objetivo, en sí mismo, de la UE (art. 3.2 TUE¹⁷). Las instituciones comunitarias realizan la “comunitarización” del DIPr. Las instituciones comunitarias resultan competentes para adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil que permita la creación y el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia. En este sentido, las instituciones comunitarias resultan competentes para elaborar normas de DIPr. La competencia les viene atribuida debido a que la “cooperación judicial en materia civil” es una materia que fue transferida, por el Tratado de Ámsterdam, desde el “Tercer Pilar” al “Primer Pilar”¹⁸. En consecuencia, las instituciones comunitarias son competentes para “comunitarizar” cualquier sector de DIPr. (= competencia judicial internacional, Ley aplicable y eficacia extraterritorial de decisiones) que dificulte y obstaculice el establecimiento de un auténtico mercado interior¹⁹.

“El funcionamiento de las instituciones en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Nº 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia), pp. 35-49; C. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit International privé européen après le traité d’Amsterdam”, *RCDIP*, janvier-mars 1999, pp. 3-30; T. BALLARINO / L. MARI, “Uniformità e Riconoscimento. Vecchi problema e nuove tendenze della Cooperazione Giudiziaria nella Comunità Europea”, *Revista de Diritto Internazionale*, 2006, pp. 7- 46; A. BORRÁS, “Derecho Internacional Privado y Tratado de Ámsterdam”, *REDI*, vol. 51, Nº 2, 1999, pp. 383-426. En contra, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “La evolución del Derecho Internacional Privado Comunitario en el Tratado de Ámsterdam”, *REDI*, 1998, núm. 1, pp. 373-376, autor para el que: “*En definitiva, la mención expresa en el Tratado de Ámsterdam, por primera vez entre las normas atributivas de competencia a las instituciones comunitarias, de “reglas sobre conflictos de leyes y de jurisdicción”, no representa en los términos en los que aparece en el nuevo art. 65 TCE un cambio radical de las perspectivas de europeización de DIPr.*”

¹⁵ R. CATALÁ POLO, “La cooperación en asuntos de justicia e interior en el proceso de construcción europea” en *La Unión Europea: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el 2004*, coord. V. GARRIDO REBOLLEDO, prólogo de A. ACEBES PANIAGUA, Madrid, Universidad Francisco de Vitoria, D. L.2004, pp. 25-43, esp. p.34.

¹⁶ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C 115, 51º año, 9 mayo 2008 [2008/C115/01].

¹⁷ El art. 3.2 TUE indica: “La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”.

¹⁸ A.-L. CALVO-CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009-2010, pp. 35-67.

¹⁹ El art. 26 TFUE define el mercado interior como *un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados*. Un análisis del mercado interior resulta realizado por R. MUÑOZ, “Le marché intérieur: comment rendre effectifs les droits des intéressés?”, *Revue Marché Common*, nº 458, mai 2002, pp. 337-341; A. ALEMANNI,

15. La constitución de un verdadero mercado interior requiere la adopción, por parte de las instituciones comunitarias, de las medidas siguientes: 1º) En el ámbito de la libre circulación de mercancías, prohibir entre los Estados miembros, la imposición de derechos de aduana de importación y exportación (incluidos los derechos de aduana de carácter fiscal) y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente. E incluso más, rechazar la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países²⁰. 2º) En el sector de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de trabajadores, suprimir los procedimientos administrativos y los plazos de acceso a los empleos disponibles, particulares de cada legislación nacional o de acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, cuyo mantenimiento suponga un obstáculo respecto a la liberalización de los movimientos de los trabajadores (por ejemplo, el establecimiento de condiciones distintas de las impuestas a los trabajadores nacionales para la libre elección de un empleo)²¹. 3º) En el marco de la libre circulación de servicios, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, decidirán la liberalización de un servicio (actividad de carácter industrial, mercantil, artesanal y propia de la profesión liberal) a través de la elaboración de directivas²². 4º) En el ámbito de la libre circulación de capitales, prohibir entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países, las restricciones a los movimientos de capitales²³.

16. El art. 81 TFUE manifiesta: “La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. Las autoridades comunitarias desarrollarán una cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza fundada en dos herramientas (art. 81.1 TFUE): 1º) El mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. 2º) La “aproximación” de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

17. La elaboración de normas de DIPr. uniformes y válidas en todos los Estados miembros y la colaboración entre los tribunales de los distintos Estados miembros posibilitarán el establecimiento de un auténtico mercado interior. En este sentido, la elaboración de “normas de DIPr. comunitario” propiciará la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia²⁴.

18. El espacio de libertad, seguridad y justicia constituye un objetivo, en sí mismo, de la UE (art. 3.2 TUE). Un objetivo que debe lograrse con independencia de que dicho espacio judicial europeo potencie el correcto funcionamiento del mercado interior. Esta nueva perspectiva aparece confirmada por el art. 81.2 TFUE, que indica que las medidas de cooperación judicial civil en asuntos civiles con repercusión transfronteriza deben adoptarse “*en particular*”, cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior. En sintonía con ello, estas medidas pueden ser adoptadas, también, cuando sean precisas para construir el espacio judicial europeo y aunque no resulten necesarias para que el mercado interior funcione correctamente²⁵.

19. En este sentido, el art. 81.2 TFUE concreta las medidas de cooperación judicial civil en asuntos civiles con repercusión transfronteriza que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán con objeto

“Le principe de précaution en droit communautaire: stratégie de gestion des risques ou risque d’atteinte au marché intérieur?”, *Revue du droit de l’Union européenne*, 2001, 4, pp. 953-971; G. PALAO MORENO, *Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo*, Tirant lo Blanch, Universitat de València, 2008, 401pp.

²⁰ Título II TFUE: Libre circulación de mercancías. Arts. 28-37.

²¹ Título IV TFUE: Libre circulación de personas, servicios y capitales. Arts. 45-66. esp. 45-48.

²² Título IV TFUE: Libre circulación de personas, servicios y capitales. Arts. 45-66. esp. 56-62.

²³ Título IV TFUE: Libre circulación de personas, servicios y capitales. Arts. 45-66. esp. 63-66.

²⁴ A.-L. CALVO-CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009-2010, pp. 35-67, esp. pp. 49-57.

²⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 2010-2011, (en prensa), a cuyo contenido se ha tenido acceso por gentileza de los autores.

de crear un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Dichas medidas pueden clasificarse en los siguientes grupos:

20. 1º) Mejora y simplificación de medidas intermedias que generan una duración desmesurada del proceso. El precepto hace referencia al sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales; a la cooperación en la obtención de pruebas y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales. *“Las normas uniformes relativas a estos actos de comunicación procesal permiten que los procedimientos judiciales “internacionales” no resulten más complicados que los procedimientos judiciales nacionales, lo que incentiva las relaciones privadas internacionales en la UE”* (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ²⁶).

21. 2º) Promoción de la “compatibilidad de las normas aplicables” en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y jurisdicción. La “compatibilidad” de las normas aplicables en los Estados miembros debe entenderse en el sentido aproximación de los “sistemas de DIPr. nacionales” de los distintos Estados miembros. Su intención es evitar “situaciones jurídicas claudicantes”. Estas situaciones suponen un obstáculo a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Dicha “aproximación de legislaciones nacionales” se logra a través de la unificación de las normas nacionales de conflicto de leyes. La ley aplicable a una situación jurídica privada internacional será la misma, con independencia del país cuyos tribunales conozcan del asunto.

22. 3º) Erradicación de obstáculos que impidan el buen funcionamiento de los procesos civiles. El precepto hace referencia al desarrollo de métodos alternativos de la resolución de litigios; a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia y a la eliminación de ciertas discriminaciones características de las normas de extranjería procesal (caución de arraigo en juicio y embargo preventivo)²⁷. En consecuencia, la unificación de normas de procedimientos judiciales facilitan el acceso a los tribunales de todos los Estados miembros.

23. 4º) Medidas destinadas a garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva. El ciudadano ostenta el derecho de acceder al sistema judicial de cualquier Estado miembro y obtener de sus Tribunales una resolución judicial motivada.

24. En conclusión, *“la UE opera, desde el punto de vista judicial, de un modo similar a como opera un solo Estado. El espacio judicial europeo queda integrado y unificado”* (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ²⁸).

25. Posteriormente, con fecha 15 y 16 de octubre de 1999, se reúne el Consejo Europeo en Tampere (Finlandia). Su prioridad, nuevamente, se centra en la creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. El Consejo Europeo utiliza un mecanismo destinado a vigilar los avances programados y a precisar todas las acciones necesarias para la consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia en un marco de transparencia. El “scoreboard” incorpora una lista de acciones que determina los órganos competentes para adoptar las iniciativas y el plazo para ejecutarlas²⁹. El desafío particular por el que apuesta el Consejo en Tampere consiste en garantizar que el compromiso de libertad que posibilita a todo ciudadano un fácil acceso a los Tribunales, y que incluye el derecho a circular libremente en toda la UE, pueda disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesible a todos.

²⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 2010-2011, (en prensa), a cuyo contenido se ha tenido acceso por gentileza de los autores.

²⁷ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La evolución del Derecho Internacional Privado comunitario en el Tratado de Amsterdam”, *REDI*, vol. L, n° 1, 1998, pp. 373-376.

²⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 2010-2011, (en prensa), a cuyo contenido se ha tenido acceso por gentileza de los autores.

²⁹ A. VITORINO, “La constitución del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia” en *El futuro de la Unión Europea: Unión política y coordinación económica*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 133-144.

26. En otras palabras, todo ciudadano debe disponer de un fácil acceso a la Justicia³⁰. Para ello, se requiere un auténtico espacio judicial europeo en el que las personas puedan recurrir a los Tribunales y a las autoridades en cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio. Las sentencias y resoluciones deben respetarse y ejecutarse en toda la UE. Resulta exigible al mismo tiempo, la protección de la seguridad jurídica básica de las personas y los agentes económicos. En definitiva, es imprescindible lograr un incremento de la compatibilidad y la convergencia de los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

27. La “integración europea” ha estado fuertemente enraizada a un compromiso compartido de libertad, basado en los Derechos Humanos, las Instituciones Democráticas y el Imperio de la Ley (= valores comunes para garantizar la paz y el desarrollo de la prosperidad en la UE). Por tal razón, la UE ya ha puesto a disposición de los ciudadanos europeos algunos de los componentes de un espacio compartido de paz y prosperidad: mercado único, unión económica y monetaria, retos políticos y económicos de carácter internacional.

28. La UE promueve una libertad que debe posibilitar que todo ciudadano pueda acudir a las autoridades y tribunales de cualquier Estado miembro tan fácilmente como acude a las autoridades y tribunales de su Estado miembro. En otras palabras, la UE pretende el establecimiento de un espacio judicial europeo en el que se aborde el “desafío transfronterizo” (= los sujetos radicados en los distintos Estados miembros se hallan “desincentivados” en el ejercicio de sus derechos fundamentales debido a la incompatibilidad de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros) con alto grado de seguridad jurídica internacional y un mantenimiento íntegro de las libertades comunitarias de los ciudadanos.

29. La necesidad de afianzar el objetivo propuesto por el Consejo Europeo reunido en Tampere (Finlandia), exigió una nueva reunión del Consejo Europeo en Laeken (Bruselas) los días 14 y 15 de Diciembre de 2001³¹. El Consejo Europeo reunido en Laeken, conforme a lo dispuesto en las conclusiones de la presidencia, reafirma su compromiso con respeto a las orientaciones políticas y los objetivos definidos en Tampere y observa que resultan inaplazables nuevos impulsos y orientaciones con el objeto de recuperar el retraso acontecido en algunos ámbitos. La celebración de sesiones del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior a intervalos más reducidos contribuirá a acelerar los trabajos. Resulta importante, asimismo, que las decisiones adoptadas por la UE sean rápidamente transpuestas a los Derechos nacionales y que los Convenios celebrados desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht se ratifiquen sin dilación.

30. El programa de La Haya resultó la respuesta a la necesidad de la UE³². Sus objetivos, entre otros, se concretan en los siguientes: 1º) La mejora de la capacidad común de la UE y de sus Estados miembros para garantizar los Derechos fundamentales, las garantías procesales mínimas y el acceso a la justicia; 2º) Proseguir con el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y certificados tanto en materia civil como penal; y 3º) Eliminar obstáculos legales y judiciales en los litigios en asuntos civiles y familiares con repercusiones transfronterizas.

31. E incluso más. Con el fin de renovar las normas de la “vida en común” de los Estados miembros establecidas en los Tratados de Derecho Originario, se firma el Tratado de Lisboa con fecha 13 de

³⁰ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo reunido en Tampere (Finlandia) de fecha 15 y 16 de octubre 1999; J. M. ARIAS RODRÍGUEZ, “El programa de La Haya: un nuevo programa en el área de libertad, seguridad y justicia”, *Diario La Ley*, N° 6641, Sección Unión Europea, 31 Ene. 2007, (versión on line).

³¹ M. P. CANEDO ARRILLAGA / J. R. CANEDO ARRILLAGA / J. R. CANEDO GIL, “Un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, *Estudios jurídicos en memoria de J. M. LIDÓN*, coord. Por J. I. ECHANO BASALDÚA, 2002, pp. 753-790.

³² Programa de La Haya sobre el reforzamiento de la libertad, seguridad y justicia en la UE [DOUE C 53 de fecha 03.03.2005]. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir. Bruselas 28.06.2006 [COM (2006) 331 final]; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité de las Regiones. Justicia, Libertad y Seguridad en Europa desde 2005. Una evaluación del Programa de la Haya y del Plan de acción. Bruselas, 10.06.2009 [COM (2009) 263 final].

diciembre de 2007³³. El Tratado de Lisboa permite adaptar las instituciones europeas y sus métodos de trabajo y consolidar la legitimidad democrática de la UE y la base de los valores fundamentales. Las innovaciones generales a destacar en el Tratado de Lisboa son, sumariamente descritas, las siguientes³⁴: 1º) La desaparición de los pilares comunitarios; 2º) Nuevos mecanismos relativos a los procedimientos de decisión; 3º) Un papel reforzado del Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales; 4º) La ampliación de la competencia del TJCE; 5º) La atribución de personalidad jurídica a la UE y la posibilidad de crear una Fiscalía Europea y un Comité Permanente en materia de seguridad interior.

32. En conclusión, después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009) por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el objetivo prioritario de la UE consiste en la creación y el establecimiento progresivo de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia. Un nuevo reto de integración y armonización europea. Las instituciones de la UE y cada uno de los Estados miembros, deben asumir unas funciones bien delimitadas, lo cual no es fácil en el ámbito del Derecho Internacional Privado. Los Estados miembros ceden competencias y deben controlar a quién y cómo deben otorgarlas³⁵. Una amplia institucionalización de la UE comporta un límite a la soberanía nacional de los Estados miembros. La institucionalización de la UE garantiza el correcto funcionamiento de las reglas de mercado (J. C. FERNÁNDEZ ROZAS)³⁶. En consecuencia, a través de la consolidación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, los Estados miembros que integran la UE aspiran a la realización de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos comunitarios³⁷.

III. Definición de espacio europeo de libertad, seguridad y justicia

1. La división del mundo en Estados soberanos

33. El mundo se halla dividido en Estados soberanos. La división del mundo en Estados soberanos constituye un fenómeno necesario e inevitable³⁸. El ente estatal concebido como “entidad supraindividual” garantiza seguridad a los colectivos humanos, proporciona cierto nivel de solidaridad social, asume una función de redistribución de la riqueza y de prestación de servicios públicos esenciales y mantiene un elevado nivel de bienestar social³⁹. Es importante destacar, entre otras, dos consecuencias de dicha división:

34. 1º) Cada Estado miembro posee sus normas de DIPr. elaboradas por el mismo y aplicadas, en virtud del principio de territorialidad formal de la ley⁴⁰. Los tribunales españoles aplican, para determinar la Ley sustantiva reguladora de los asuntos que deben juzgar, el derecho español, y exclusivamente, el derecho español (= DIPr. español). Ahora bien, ello no significa necesariamente

³³ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, DOUE C 306/01, 17 diciembre 2007.

³⁴ S. CARRERA / F. GEYER, “El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y Fragmentación en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 29, Madrid, Enero-Abril 2008, pp. 133-162; A. SAENZ DE SANTAMARÍA, “El Tratado de Lisboa: comienza una etapa para Europa”, *Diario La Ley*, n.º 6851, Año XXVIII, 2007.

³⁵ A. BORRÁS, “La comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro” en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2001, 2002*, pp. 285-318.

³⁶ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales” en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2002*, coord. por F. J. QUEL LÓPEZ / I. AGUIRRE ZABALA / J. J. ÁLVAREZ RUBIO, 2002, pp. 81-216.

³⁷ M. RAJOY BREY, “El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Veintiuno: revista de pensamiento y cultura*, n.º 52, 2001, pp. 10-14.

³⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho internacional privado*, Ed.LiberLibro.com, Albacete, 2002, p. 35.

³⁹ H. GAUDEMET-TALLON, “Le pluralisme en droit international privé: Richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)”, t. 312, 2005, pp. 9-488, esp. pp. 13-15.

⁴⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Penal Internacional*, Enero 2009, pp. 1-379, esp. pp. 17-22.

que el Tribunal español deba aplicar el derecho sustantivo español al supuesto que juzga. Aplicará el derecho sustantivo estatal al que le conduzcan las normas de conflicto españolas (= *lex formalis fori*). Este principio ha sido recogido en el art. 12.6 CC (= “principio de exclusividad”). El “principio de exclusividad” posibilita, a las autoridades y Tribunales españoles la aplicación, exclusiva, de las normas de DIPr. español. En otras palabras, las normas de DIPr. español señalan a las autoridades y Tribunales españoles el “Derecho aplicable” (= “Derecho español” o “Derecho extranjero”) a la situación jurídica privada internacional controvertida⁴¹.

35. 2º) Cada Estado miembro dispone de su Poder Judicial (= cuya función es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado). Por tanto, las decisiones adoptadas por el Juez de un Estado miembro producirán efecto de cosa juzgada, como regla general, en el Estado miembro cuya autoridad la dictó. “*La potestad jurisdiccional es una manifestación de la Soberanía del Estado*” (A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González⁴²). En este sentido, las decisiones y las resoluciones dictadas por las autoridades y Tribunales de un Estado miembro poseen “eficacia limitada” únicamente en el territorio de dicho Estado miembro. El Juez de un Estado miembro competente para la resolución de la controversia suscitada respecto a una situación jurídica privada internacional, aplica las normas contenidas en su DIPr. y dota a la situación jurídica de los efectos propios que deriven de la misma.

36. La UE respeta y acepta que cada Estado miembro es un ente soberano. Ahora bien, la UE pretende dar un paso más. A partir de dicha realidad (= que no se pretende alterar) la UE tiene por objeto la creación de un auténtico espacio europeo de libertad seguridad y justicia que potencie el ejercicio de las libertades comunitarias y un efectivo comercio internacional entre los Estados miembros.

2. El espacio judicial europeo y el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia

37. “*La UE constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros*” (art. 67 TFUE).

38. El espacio de libertad, seguridad y justicia consiste en un área que garantiza a los ciudadanos: en primer lugar, un “espacio de libertad y seguridad”, que consolida, con carácter general, el desarrollo de sus derechos fundamentales (= Derecho público); y, con carácter particular, el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros. Una garantía inquebrantable, erigida sobre el pilar de la seguridad jurídica y la certeza en la previsibilidad de la ley aplicable.

39. En sintonía con ello, la creación de un “espacio de libertad y seguridad” exige la adopción de las siguientes medidas de Derecho Público: la UE debe garantizar la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollar una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores basada en la solidaridad entre Estados miembros y equitativa respecto de los nacionales de terceros países (art. 67.2 TFUE). E incluso más, la UE se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales⁴³ y otras autoridades competentes, así como mediante el

⁴¹ A.-L. CALVO-CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009-2010, pp. 1-34, esp. pp. 7-8.

⁴² A.-L. CALVO-CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009-2010, pp. 373-390, esp. pp. 373-377.

⁴³ F. J. QUEL LÓPEZ, “Análisis de las reformas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Niza”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año n° 5, n° 9, 2001 (ejemplar dedicado a: Especial Tratado de Niza), pp. 117-144; La acción común para el establecimiento de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros en el *D.O. L 105 de 27 de abril de 1996*,

reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales (art. 67.3 TFUE).

40. En segundo lugar, el espacio de libertad, seguridad y justicia garantiza al ciudadano un “espacio de justicia” (= Derecho privado). El establecimiento de un “espacio de justicia” precisa la adopción de las siguientes medidas de Derecho privado⁴⁴:

41. 1º) En el sector de la competencia judicial internacional, permitir el acceso, por parte de los individuos, a los Tribunales y autoridades de todos los Estados miembros, de modo que no resulte más gravoso acudir a los Tribunales de otro Estado miembro que a los del propio Estado miembro, con independencia de las diferencias entre los distintos Derechos estatales de los Estados miembros.

42. 2º) En el ámbito de la Ley aplicable, que los ciudadanos no se encuentren “desincentivados” en el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades comunitarias recogidas en el TUE y en el TFUE. La incompatibilidad de los distintos sistemas jurídicos de cada uno de los Estados miembros que integran la UE puede “desincentivar” al ciudadano comunitario a circular en la UE.

43. 3º) En el marco de la validez extraterritorial de decisiones, permitir que las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de un Estado miembro y los actos conocidos por autoridad pública de un Estado miembro sean respetados (= reconocidos y ejecutados) en el territorio de la UE.

44. En consecuencia, el espacio judicial europeo respeta y arranca de la idea básica a tenor de la cual los Estados miembros son Estados soberanos. El hecho de que la UE integre Estados soberanos y Tribunales distintos en cada uno de los Estados miembros no debe generar, necesariamente, un obstáculo a la creación del espacio judicial europeo. En otras palabras, “*el objetivo del espacio judicial europeo es construir un área en el que los Tribunales de los Estados miembros actúen como si fueran los Tribunales de un solo Estado, lo que, sin duda, potencia el “correcto funcionamiento del mercado interior”*”. (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁴⁵).

45. La UE pretende “construir la Europa de los ciudadanos”⁴⁶. En este sentido, cuatro medidas resultan fundamentales:

1º) Primera medida: Promover los derechos de los ciudadanos – una Europa de los derechos. El espacio de libertad, seguridad y justicia constituye un espacio único de protección de los derechos fundamentales y de las libertades comunitarias, en el que el respeto de la persona y de la dignidad humana, así como de los demás derechos consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales, constituye un valor esencial.

2º) Segunda medida: Facilitar la vida a los ciudadanos – una Europa de la justicia. El espacio judicial europeo debe procurar mecanismos destinados a facilitar el acceso de las personas a la Justicia de modo que puedan hacer valer sus derechos en toda la UE.

3º) Tercera medida: Proteger a los ciudadanos – una Europa que protege. La UE refuerza la cooperación en materia policial y justicia penal. En consecuencia, incrementa las medidas de seguridad que protegen el acceso al territorio europeo.

4º) Cuarta medida: Promover una sociedad más integrada para el ciudadano – una Europa solidaria. La UE insiste en consolidar y aplicar una auténtica política de inmigración y asilo que garantice la

pp. 1-2; A. VALLE, “La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998-3, pp. 41-78.

⁴⁴ Conclusiones del Consejo Europeo en Tampere de fecha 15 y 16 octubre 1999.

⁴⁵ A.-L. CALVO-CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009-2010, pp. 50-56.

⁴⁶ COM (2009) 262 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, Bruselas, 10.06.2009; Programa plurianual para un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, Programa de Estocolmo (2010-2014) de fecha 16 de octubre de 2009.

solidaridad entre los Estados miembros y la asociación con terceros países.

46. E incluso más, la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia necesita una fuerte dimensión externa, coherente con la política exterior de la UE. Resultará improbable alcanzar dicho objetivo perseguido por la UE si no se aplican eficazmente los instrumentos adecuados de política exterior.

3. Herramientas necesarias para la creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia

47. La creación y el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia requiere la adopción, por parte de las instituciones comunitarias, de medidas de cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza para el correcto funcionamiento del mercado interior. Tales medidas sólo pueden ser adoptadas tras una “comunitarización del DIPr.” (Art. 67 y 81 TFUE)⁴⁷. En este sentido, las instituciones comunitarias resultan competentes para la adopción de las siguientes medidas⁴⁸:

1º) Medidas de cooperación judicial en asuntos civiles “...con repercusión transfronteriza”: las medidas se adoptarán respecto de los casos “internacionales”. Una situación es “internacional” cuando produce “efectos” conectados con otros países (= tesis del “efecto internacional”⁴⁹).

2º) Medidas de cooperación judicial en asuntos civiles “...necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior”: el correcto funcionamiento del mercado interior exige la erradicación de obstáculos que dificultan e impiden la libre circulación de las personas, los bienes, los servicios y las mercancías con la misma libertad que dicha circulación tiene lugar en el interior de un país. Según A. DEL VALLE, “el “mercado interior” no agota la dimensión jurídica de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”⁵⁰. En este sentido, el ejercicio efectivo de las libertades comunitarias recogidas en el TUE y en el TFUE, (= libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales) garantiza el correcto funcionamiento del mercado interior⁵¹. En otras palabras, garantiza un “espacio sin fronteras interiores”, en el que el ciudadano pueda ejercitar sus derechos

⁴⁷ A.-L. CALVO-CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009-2010, pp. 42-56; C. VATTIER FUENZALIDA, “Para la Unificación Internacional del Derecho de Obligaciones en la Comunidad Europea”, *RDP*, n° 78, 1994, pp. 223-230; O. REMIEN, “European Private International law, the European Community and its emerging area of freedom, security and justice”, *Common Market Law Review*, vol. 38, 1, febrero 2001; A. BOIZAREU CARRERA, “Un espacio de libertad, seguridad y justicia” en *La Unión Europea tras la reforma*, editor Manuel Díez de Velasco Vallejo, Universidad de Cantabria, 2000, pp. 67-86; M. A. ASÍN CABRERA, “La communautarisation du droit international privé de la famille: euro-chauvinisme ou intégration européenne?”, en *Impérialisme et chauvinisme juridiques. Imperialism and Chauvinism in the Law*, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 3-4 octobre 2002, Schulthess 2004; A. V. M. STRUYCKEN, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le droit international privé”, *Recueil des Cours Acad. La Haya*, t. 232, 1992; E. PÉREZ VERA, “Derecho Internacional Privado y la Unión Europea”, *XIX Jornadas de la AEPDIRI*, pp. 173-188; F. POCAR, “La comunitarizzazione del DIPrivo: una european conflict of laws revolution”, *RDIPP*, 2000, pp. 873-884.

⁴⁸ M. GARDEÑES SANTIAGO, “El desarrollo del Derecho Internacional Privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Enero/Abril, 2002, pp. 231-245. Un estudio en profundidad del art. 65 TCE resulta ofrecido por S. LEIBLE / A. STAUDINGER, “El artículo 65 TVE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho Internacional Privado y Procesal?”, *AEDIPr*, t. 1, 2001, pp. 89-115; C. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam”, *RCDIP*, janvier- mars 1999, pp. 3-30; M. GÓMEZ JENÉ, “La cooperación judicial en materia civil”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, N° 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia), pp. 139-154.

⁴⁹ A.-L. CALVO-CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009-2010, pp. 12-22.

⁵⁰ A. DEL VALLE GÁLVEZ, “El sistema institucional de la Constitución Europea: Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado Constitucional”, *Noticias de la UE*, n° 250, 2005, pp. 111-122.

⁵¹ M. FALLON, «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté Européenne», *Recueil des Cours de La Academia de La Haya*, t. 253, 1995, p. 9-282.

fundamentales y libertades comunitarias (art. 26 TFUE).

A) Supresión de barreras jurídico-públicas

48. La creación de un auténtico espacio europeo de libertad, seguridad y justicia exige, en primer lugar, la supresión de las barreras jurídico-públicas (= por ejemplo, aranceles aduaneros, permisos de residencia y de trabajo, etc.). La eliminación de barreras jurídico-públicas resulta necesaria para un idóneo funcionamiento del comercio internacional.

49. El Tratado Constitutivo de la CEE (Roma 1957) erradicó las barreras jurídico-públicas a los intercambios de mercancías y capitales y al libre establecimiento de empresas y libre prestación de servicios entre los Estados Miembros⁵². La eliminación de las barreras jurídico-públicas permite y facilita los intercambios internacionales. Por el contrario, cual fue la sorpresa en los Estados miembros de la UE al observar que, a pesar de la supresión de obstáculos de Derecho Público que impedían el efectivo comercio internacional, el intercambio entre los sujetos radicados en los distintos Estados miembros no se realizaba con la intensidad y frecuencia esperada por la UE.

50. ¿Por qué, a pesar de la supresión de las barreras jurídico-públicas, no tenía lugar un efectivo intercambio internacional entre los sujetos radicados en los Estados miembros de la UE?

La respuesta a este interrogante, parte de la premisa siguiente: la erradicación de las barreras jurídico-públicas, constituye una medida por sí sola, insuficiente. La UE debe contemplar la subsistencia de barreras jurídico-privadas y perseguir su eliminación.

B) Supresión de barreras jurídico-privadas

51. Para concretar las herramientas necesarias para erradicar las barreras jurídico-privadas (= también denominadas “barreras invisibles”) que existen entre los Estados miembros, es preciso distinguir dos tipos de situaciones jurídicas:

52. 1º) Situaciones privadas internacionales “ya creadas”: la situación jurídica privada controvertida de carácter internacional “fue creada” en un Estado miembro y en ese país se le otorgó una Ley aplicable (= de conformidad con “sus normas de DIPr.”) por parte de la autoridad de dicho Estado miembro. El Estado miembro distinguirá entre la “creación” y la “eficacia” respecto a una situación jurídica privada internacional. La norma de conflicto de leyes del foro se limita a la “creación” de la situación jurídica privada internacional en el Estado del foro y, respecto a las situaciones “ya creadas” en otro Estado miembro (= Estado miembro de origen), su reconocimiento se efectuará por el Estado miembro requerido sin “controlar” la norma de conflicto de leyes del Estado en el que dicha situación jurídica fue creada (P. LAGARDE⁵³). En definitiva, la situación jurídica controvertida fue “conocida y resuelta” por la autoridad de un Estado miembro.

53. La supresión de las barreras jurídico-privadas pretende proporcionar continuidad jurídica a las situaciones privadas internacionales “ya creadas”. Para ello, una situación jurídica legalmente creada, válida y existente en un Estado miembro debe ser considerada válida y existente en los demás Estados miembros, con independencia de la “Ley estatal” aplicada por la autoridad del Estado miembro que conoce del asunto. Por tanto, la herramienta para eliminar las barreras jurídico-privadas (respecto de las situaciones jurídicas “creadas”) es la aplicación del “principio de mutuo reconocimiento”. (STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*; STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*; STJCE 30 marzo 1993, *Konstatini-*

⁵² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, 2009-2010, pp. 95-178; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho internacional privado”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 22, 2004, pp. 17- 58.

⁵³ P. LAGARDE, “Du 14 octobre 2008 – Cour de justice des communautés européennes (Grande Chambre), aff. C-353/06”, *RCDIP*, janvier-mars 2009, pp. 86-93.

dis; STJCE 9 marzo 1999, *Centros*; STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*; STJCE 2 diciembre 1997, *Dafeki*).

54. 2º) Situaciones privadas internacionales “no creadas todavía”: la situación jurídica privada de carácter internacional no ha sido “conocida” por la autoridad de un Estado miembro. Consecuentemente, los obstáculos que surgen en las situaciones privadas internacionales “no creadas” no pueden superarse con el principio de mutuo reconocimiento. No puede “reconocerse” una situación jurídica que en ningún momento, ha sido previamente “conocida”.

55. ¿Cómo eliminar las barreras jurídico-privadas en las situaciones privadas internacionales “no creadas todavía”?

El surgimiento de obstáculos en las situaciones privadas internacionales “no creadas todavía”, “no es una cuestión provocada por el hecho de que los Derechos sustantivos de los Estados miembros sean diferentes los unos de los otros” (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁵⁴). En efecto, el obstáculo en las situaciones privadas internacionales no creadas se produce porque las normas de DIPr. son diferentes en cada Estado miembro.

56. La solución de futuro posible puede ser ésta: la elaboración, por parte de las autoridades comunitarias, de “normas de conflicto uniformes”, únicas en todos los Estados miembros. La unificación futura de todas las normas de conflicto de leyes es inevitable si se quiere construir realmente un auténtico espacio judicial europeo. Consecuentemente, la Ley aplicable a una concreta situación jurídica privada de carácter internacional será la misma, con independencia del tribunal estatal que conozca del asunto. Como ha sido indicado, “las libertades comunitarias no pueden verse perjudicadas por ninguna norma de DIPr. de los Estados miembros”⁵⁵.

57. En definitiva, la supresión de barreras jurídico-públicas y barreras jurídico-privadas, facilitará el logro de los objetivos de la UE: la creación de un auténtico espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y de un verdadero mercado interior. La creación de un auténtico espacio judicial europeo tiene sentido como “apoyo” a un “correcto funcionamiento” del mercado interior. No era necesario convertir el espacio judicial europeo en un “objetivo político”. La UE, como unidad política en formación (*statu nascendi*) exige un auténtico espacio judicial europeo. No obstante, parece más un cambio estético realizado para “desvincular” el espacio judicial europeo de los objetivos económicos. En sintonía con ello, ese cambio puramente estético externo formal no cambia la naturaleza de las cosas. Y eso es así porque, se quiera o no se quiera, para formar un solo “Estado” resulta necesario que los países que forman parte de la UE compartan determinados valores sociales, morales y jurídicos que los Estados Miembros de la UE, a día de hoy, no comparten. En consecuencia, el espacio judicial europeo sigue actuando como “herramienta” para construir el mercado interior.

C) Tercer tipo de barrera que impide la creación de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia

58. Además de la supresión de barreras jurídico-públicas y barreras jurídico-privadas, el espacio judicial europeo debe combatir simultáneamente en tres frentes:

59. 1º) En el sector de la competencia judicial internacional, deben unificarse los criterios que determinen la competencia judicial internacional. Así las cosas, en caso de controversia respecto a una situación jurídica privada de carácter internacional, las partes intervinientes conocerán ante qué Tribunal de qué Estado miembro deben interponer la demanda (= sabrán qué Tribunal es competente para resolver

⁵⁴ A.-L. CALVO-CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009-2010, pp. 44-49.

⁵⁵ A.-L. CALVO-CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009-2010, pp. 42-48.

una controversia jurídica). En otras palabras, “*el espacio judicial europeo hace que la UE se comporte, desde el punto de vista judicial, como si fuera un solo Estado*” (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁵⁶). La inexistencia de criterios uniformes que determinen la competencia judicial, comporta inseguridad jurídica al ciudadano. Éste ignora qué Tribunal de qué Estado miembro es competente para conocer la controversia. La inseguridad jurídica actúa como obstáculo al ejercicio efectivo del comercio internacional.

60. 2º) El ámbito de Ley aplicable, debe perseguir la unificación de las normas de conflicto.

Si el ciudadano observa que la Ley aplicable a una situación jurídica privada internacional todavía “no creada” por parte de los Tribunales de un Estado miembro es menos favorable (= más rígida) a su pretensión que la Ley que aplicarían los Tribunales del Estado miembro donde se encuentra, estimará la posibilidad de no “cruzar la frontera” aun cuando ello le suponga un perjuicio en otros aspectos de su vida. En este sentido, la UE dispone de normas armonizadas en materia de la Ley aplicable a la responsabilidad civil y a los contratos⁵⁷.

Por ejemplo, dos irlandeses con residencia habitual en España quieren divorciarse. Al marido le ofrecen un trabajo muy bien remunerado en Irlanda. Si la Ley irlandesa es más rígida a su pretensión (= la obtención de divorcio) que la Ley española, el ciudadano irlandés rechazará el empleo. El marido prefiere la aplicación de la Ley española al divorcio (= le es más favorable). Consecuentemente, el ciudadano irlandés optará por no “cruzar la frontera” (= España-Irlanda) para la obtención del trabajo, puesto que el “cambio de Ley aplicable” le supone un perjuicio en materia de divorcio. Sacrificará la oferta de empleo y no viajará a Irlanda.

61. 3º) El sector de la validez extraterritorial de decisiones debe unificar, por imperativo del principio de mutuo reconocimiento, los criterios de validez extraterritorial de decisiones.

Una situación jurídica “creada” o una resolución judicial dictada en un Estado miembro debe poder circular libremente por el territorio de los Estados miembros que integran la UE. Si una autoridad pública o un Juez de cualquier Estado miembro adopta una decisión, ésta debe considerarse válida y eficaz, no sólo en el territorio en el que la situación jurídica fue “conocida” o la resolución judicial fue “dictada”, sino también, en el territorio de los demás Estados miembros. *A sensu contrario*, el ciudadano se sentiría desincentivado a circular en la UE. Se vulneraría el derecho fundamental al ejercicio de sus libertades comunitarias.

En este sentido, si el Encargado del Registro Civil de un Estado miembro (= Estado miembro de origen), inscribe el apellido de un sujeto y éste, tiempo después “cruza la frontera”, la certificación en la que consta el apellido inscrito, resultará válida en el Estado miembro de destino. ¿Qué importa qué Ley aplicó el Encargado del Registro Civil? La decisión que la autoridad pública de un Estado miembro adopte debe poder circular libremente en el territorio de la UE.

62. En todo caso, las diferencias de los sistemas judiciales de los Estados miembros no deben obstaculizar el ejercicio de la función judicial. Por ejemplo, la revisión de las normas sobre el traslado y la notificación de los actos ha permitido mejorar la cooperación judicial⁵⁸. Para evitar que los distintos sistemas judiciales de los Estados miembros que integran la UE dificulten la actuación judicial, la UE debe adoptar medidas destinadas a garantizar unas mínimas actuaciones procesales. Por ejemplo, un sistema completo de obtención de pruebas, fijación de plazos de ejecución, limitación de los motivos de denegación en los asuntos transnacionales⁵⁹. A este respecto, resultará imprescindible, el estudio sobre la prueba electrónica, las oportunidades que ofrece la videoconferencia y la fácil admisión de las pruebas

⁵⁶ A.-L. CALVO-CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009-2010, pp. 49-57.

⁵⁷ Reglamento CE N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 Junio 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), OJ L 177, 4.7.2008, p. 6.

⁵⁸ Reglamento CE N° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 13 Noviembre 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento CE N° 1348/2000 del Consejo, OJ L 324, 10.12.2007, p. 79.

⁵⁹ M. P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la UE*, Aranzadi, 2003.

entre Estados miembros, incluidas las pruebas científicas⁶⁰.

4. El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y el derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio de la UE (art. 21 TFUE)

63. La libre circulación de factores productivos en el territorio de los Estados miembros (= libre circulación de mercancías, de trabajadores, de capital, de prestación de servicios y el establecimiento de personas jurídicas) asegura el efectivo ejercicio de las libertades comunitarias recogidas en el TUE y en el TFUE. E incluso más, el Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, garantiza el derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario en el territorio de los Estados miembros (art. 21 TFUE)⁶¹. Ninguna norma de conflicto de leyes de DIPr. contenida en los sistemas jurídicos de cada Estado miembro debe generar un obstáculo al ejercicio de dicha libertad y de las demás libertades fundamentales.

64. La relación entre el espacio de libertad, seguridad y justicia y el derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario en el territorio de los Estados miembros se justifica en el siguiente sentido: 1º) De un lado, el art. 21 TFUE le concede al ciudadano comunitario (= no al ciudadano nacional de un tercer Estado) el derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El “ciudadano comunitario” es el titular del derecho contemplado. 2º) De otro lado, la creación y el establecimiento progresivo del espacio de libertad, seguridad y justicia, tiene como beneficiario a cualquier persona, independientemente de que sea o no ciudadano comunitario.

65. En cualquier caso, en la *praxis*, cualquier ciudadano (sea o no nacional de un Estado miembro) que se halle en el territorio de la UE, tiene derecho a circular y residir libremente, con independencia de la literalidad del art. 21 TFUE.

5. La relación entre el espacio de libertad, seguridad y justicia y el DIPr. El espacio judicial europeo y el intercambio internacional

66. La creación del espacio judicial europeo, parte de la premisa siguiente: los seres humanos necesitan intercambiar entre ellos todo tipo de bienes, servicios y recursos, para poder mejorar su bienestar. El efectivo intercambio entre los seres humanos no se limita a los que viven en un mismo país, sino todo lo contrario, el intercambio transnacional favorece el incremento del bienestar de aquellos que intervienen en el tráfico internacional.

67. ¿Por qué no tiene lugar un auténtico intercambio internacional? El ciudadano comunitario está “preocupado”, el riesgo y la incertidumbre propios del comercio internacional le acechan. Prefiere sacrificar su bienestar a intercambiar porque intercambiar resulta muy arriesgado.

68. En virtud del análisis efectuado, además de la supresión de las barreras jurídico-públicas y barreras jurídico-privadas, el efectivo comercio internacional, precisa la erradicación de un “tercer grupo de obstáculos” (= riesgo, incertidumbre, desconfianza, preocupación, inseguridad en el ámbito del intercambio internacional).

⁶⁰ COM (2009) 262 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, Bruselas, 10.06.2009.

⁶¹ Art. 21 Versión Consolidada: *Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.* E incluso más, *el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de dicho derecho.*

69. La eliminación del “tercer grupo de obstáculos” requiere la elaboración de un solo instrumento jurídico de DIPr. que proporcione un régimen jurídico, cierto y previsible en los tres sectores que integran el DIPr. (= el sector de la competencia judicial internacional, el ámbito de Ley aplicable y el sector de la validez extraterritorial de decisiones). Con ello, se evita la generación de situaciones jurídicas claudicantes (= se pretende alcanzar la libre circulación de situaciones jurídicas y resoluciones judiciales “ya creadas”) y se proporciona seguridad jurídica al tráfico internacional.

70. En un principio, si dos sujetos deseaban intercambiar, y con ello, eran conscientes de que iban a mejorar su bienestar, aunque parezca extraño, no lo efectuarían. La consecuencia es incuestionable: en una “sociedad sin Derecho” todos los ciudadanos pierden (= porque el intercambio no se produce).

71. La elaboración de un solo instrumento jurídico de DIPr. dota de seguridad jurídica a la situación privada internacional. Los dos sujetos intercambiarán, puesto que, algo o alguien externo a tales sujetos (= el régimen jurídico de DIPr. aplicable a las situaciones jurídicas privadas de carácter internacional) les asegura que (= certeza y previsibilidad para las partes intervinientes), en el caso de que uno de los sujetos no cumpla aquello a lo que se comprometió, se le obligará coactivamente a ello. En consecuencia, el ciudadano se libera de toda preocupación e inicia, sin duda y sin demora, intercambios internacionales con los ciudadanos de los distintos Estados miembros. Todos los individuos aumentan su bienestar.

72. En definitiva, la UE tiene por objeto la creación de un espacio judicial europeo que asegure un correcto funcionamiento del mercado interior en el que se garantice el efectivo ejercicio de las libertades comunitarias recogidas en la Versión consolidada TUE-TFUE (= libre circulación de personas y factores productivos).

73. Para la creación de un espacio judicial europeo es precisa la eliminación de los obstáculos de Derecho privado (= a las situaciones privadas internacionales “ya creadas” se les aplicará el principio de mutuo reconocimiento, y a las situaciones privadas internacionales “no creadas todavía” se les aplicará una solución de futuro, la unificación de las normas de conflicto) y la supresión de los obstáculos que forman parte del “tercer grupo de obstáculos” (= riesgo, incertidumbre, desconfianza, preocupación, inseguridad en el ámbito del intercambio internacional) en virtud de la elaboración de un instrumento jurídico de DIPr. que proporcione un régimen jurídico, cierto y previsible en los tres sectores que integran el DIPr. (= el sector de la competencia judicial internacional, el ámbito de Ley aplicable y el sector de la validez extraterritorial de decisiones).

74. Con todo ello, la UE logrará garantizar las condiciones para que se produzca un efectivo comercio internacional entre los sujetos radicados en los Estados miembros.

IV. Técnicas para la creación y el establecimiento progresivo de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia

75. La UE, para la creación y el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia, deberá adoptar *medidas en materia de cooperación judicial civil con repercusión transfronteriza* (arts. 67 y 81 TFUE).

1º) “*La cooperación judicial en materia civil...*” tiene por objeto establecer una estrecha colaboración (= “confianza comunitaria”) entre las autoridades de los distintos Estados miembros que componen el territorio de la UE. En consecuencia, las medidas de cooperación judicial en materia civil que puede adoptar la UE se concretan en las siguientes⁶²: a) Unificación de las normas de competencia judicial internacional de los Estados miembros en materias de Derecho Privado; b) Unificación de las

⁶² A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 2010-2011 (en prensa) a cuyo contenido se ha tenido acceso por gentileza de los autores.

normas de conflicto de los Estados miembros en materias de Derecho Privado; c) Unificación de los criterios de validez extraterritorial de decisiones; d) Unificación de los procedimientos de notificación de documentos judiciales y extrajudiciales y de obtención de pruebas entre los Estados miembros; e) Normas de procedimiento civil.

2º) “...con repercusión transfronteriza”: las instituciones comunitarias adoptarán medidas en materia de cooperación judicial civil si la relación jurídica privada ostenta un carácter “internacional”. La situación jurídica se considerará “internacional” si se halla “conectada” con una pluralidad de países. En otras palabras, si la situación jurídica produce “efectos conectados” con otros países (= tesis del efecto internacional⁶³). En conclusión, una situación jurídica será considerada “internacional”, de conformidad con la tesis del efecto internacional, si se halla conectada con el contexto internacional, con independencia de que contenga o no elementos extranjeros.

76. La creación de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia es una ardua tarea. La puesta en funcionamiento de las técnicas siguientes constituye “la llave” para su instauración.

1. El principio de mutuo reconocimiento

77. El principio de mutuo reconocimiento constituye una herramienta jurídica que consiste en que toda situación jurídica legalmente creada, válida y existente en un Estado miembro debe ser considerada válida y existente en todos los demás Estados miembros, con independencia de la “Ley estatal” que la autoridad del Estado miembro de origen aplicó para crear la situación jurídica⁶⁴.

78. La entrada del principio de mutuo reconocimiento en el Derecho Comunitario derivado permite distinguir tres fases⁶⁵: 1º) Primera fase: El principio de mutuo reconocimiento surge en la jurisprudencia del TJCE. El asunto *Cassis de Dijon*⁶⁶ supera la idea inicial de los Tratados, construidos en relación a la supresión de obstáculos a los intercambios de bienes, personas y servicios (= integración

⁶³ A.-L. CALVO-CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009-2010, pp. 12-22.

⁶⁴ Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 15 de enero de 2.001; Un análisis del Proyecto de fecha 15 de enero de 2001 resulta realizado por C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *REDI*, vol. 52, n.º 2, 2000, pp. 662-669.

⁶⁵ M. GUZMÁN ZAPATER, “El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho Internacional Privado Comunitario? (A propósito de la comunicación de la comisión: libre prestación de servicios e interés general en la segunda directiva bancaria)”, *Derecho Comunitario Europeo*, 1997-2004, pp. 1-34 (versión on line); M. GUZMÁN ZAPATER, “Un elemento federalizador para Europa: El reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *Derecho Comunitario Europeo*, 1997-2004, pp. 405-438.

⁶⁶ STJCE 20 febrero 1979, *Cassis de Dijon*, (Asunto 120/78). El Derecho comunitario no regula la materia “producción y comercialización de bebidas alcohólicas”. Por tanto, serán los Estados miembros los que deban regular las cuestiones relativas a la producción y comercialización de las bebidas alcohólicas en su territorio. La disparidad de legislaciones nacionales respecto a la comercialización de un producto puede generar obstáculos a la libre circulación de mercancías en el territorio de los Estados miembros. En el asunto concreto, Francia tiene la intención de importar un lote de licor de frutas “Cassis de Dijon” a la República Federal de Alemania. La República Federal de Alemania obstaculiza la importación. La Ley alemana (art. 100 *Branntweinmonopolgesetz*) dispone la cantidad mínima de alcohol que deben contener los licores y aguardientes. El licor de frutas “Cassis de Dijon” no alcanza el mínimo contenido de alcohol exigido por la Ley alemana (= 25% para licores de frutas). Por tanto, “Cassis de Dijon” no cumple los requisitos exigidos por la legislación nacional alemana para su comercialización en dicho territorio. Ahora bien, en este asunto, la Ley estatal alemana que fija un determinado contenido de alcohol respecto de una bebida concreta (= “Cassis de Dijon”) incluye tácitamente una Ley que prohíbe la importación de las bebidas alcohólicas que han sido legalmente producidas y comercializadas en otro Estado miembro (= Francia). El TJCE se posiciona en la afirmación siguiente: las bebidas alcohólicas legalmente producidas y comercializadas en uno de los Estados miembros deben ser introducidas en cualquier otro Estado miembro. La venta de estos productos no podrá ser objeto de una prohibición legal sobre la comercialización de bebidas con un contenido de alcohol inferior al límite establecido por las normas nacionales.

negativa); y en torno a la armonización de legislaciones (= integración positiva). 2º) Segunda fase: El principio de mutuo reconocimiento se manifiesta en el Libro Blanco⁶⁷ para la ejecución del Mercado interior; y 3º) Tercera fase: Incoada por la matización del alcance del principio del reconocimiento mutuo a partir de las cláusulas de “interés general”⁶⁸. Las cláusulas de “interés general” pueden restringir la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios únicamente si el Derecho comunitario admite dichas restricciones. El Derecho comunitario precisa cuatro condiciones para la admisión de medidas restrictivas⁶⁹: 1º) Debe perjudicar el libre acceso al ejercicio de la actividad económica; 2º) Ausencia de normas comunitarias que regulen el acceso a una determinada profesión; 3º) La restricción impuesta no puede ser discriminatoria. La medida restrictiva se aplicará a todo sujeto que ejerza la actividad en el territorio del Estado; 4º) Debe ser una medida objetivamente necesaria. La restricción se fundamenta en “razones imperiosas” ligadas al interés general que justifican estas medidas restrictivas.

79. El principio de mutuo reconocimiento debe actuar como “piedra angular” de la tutela judicial efectiva en la UE⁷⁰. El principio del mutuo reconocimiento es una herramienta de DIPr. que garantiza al ciudadano comunitario el ejercicio de sus derechos fundamentales y de las libertades comunitarias recogidas en la Versión consolidada TUE-TFUE. “La UE facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de la resoluciones judiciales y extra-judiciales en materia civil” (art. 67.4 TFUE). En este sentido, el principio de mutuo reconocimiento actúa como mecanismo de integración estatal o/y supraestatal de mercados nacionales⁷¹. Esta regla permite que la existencia de distintos Derechos sustantivos en cada Estado miembro y de sistemas de

⁶⁷ Libro Blanco sobre el mercado interior, punto 137 (memorándum de la Comisión al Parlamento, al Consejo y a los interlocutores sociales) Mercado interior y cooperación industrial - Estatuto de la sociedad europea – COM (88) 320, junio de 1988.

⁶⁸ A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Granada, Comares, 10ª ed., 2009-2010, pp. 215-257; E. ZABALO ESCUDERO / M. P. DIAGO DIAGO, “Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista”, en CGPJ, *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 130, 2008, pp. 245-309; V. HEUZÉ, “De la compétence du principe d’origine en matière contractuelle ou l’anti droit européen”, en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 393-416.

⁶⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, COLEX, 2003, pp. 25-242, esp. pp. 166-174.

⁷⁰ COM (2009) 262 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, Bruselas, 10.06.2009; M. DE HOYOS SANCHO, “La “piedra angular” de la cooperación judicial en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: el reconocimiento mutuo de resoluciones” en *El Tratado de Roma en su Cincuenta Aniversario (1957-2007)*, Granada, 2007, pp. 285-307; G. P. ROMANO, “La bilatéralité éclipse par l’autorité”, *RCDIP*, 95, juillet-sept 2006; M. GUZMÁN ZAPATER, “Un elemento federalizador para Europa: El reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *Derecho Comunitario Europeo*, 1997-2004, pp. 405-438 expresa “En este Proyecto el legislador se ha decantado por el principio de reconocimiento mutuo llamado a ser “la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal de la Unión”

⁷¹ M. GUZMÁN ZAPATER, “Un elemento federalizador para Europa: El reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *Derecho Comunitario Europeo*, 1997-2004; M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla del reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, ed. Eurolex, Madrid, 1999; L. GONZÁLEZ VAQUÉ / S. ROMERO MELCHOR, “Las cláusulas de reconocimiento mutuo en el ámbito del mercado único”, *D. Negocios*, n.º 77, feb. 1977, pp. 10 y ss; M. LÓPEZ ESCUDERO, “La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario”, *GacetaJ. Serie D-19*, 1993, pp. 119 y ss; M. LÓPEZ ESCUDERO / J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, (coord.) et al., en *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, pp. 34-37; J. BASEDOW, “Le Marché unique, programme de déréglementation”, *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1993, n.º 3, pp. 619 y ss; M. AYRAL, “Le Marché Interieur a 700 jours de l’écheance du 31 décembre 1992: bilan et perspectives”, *RMUE* 1991, n.º 2, pp. 105 y ss.; A. MATTERA, *El mercado único europeo. Sus reglas. Su funcionamiento*, Madrid, 1990, pp. 309 y ss.; Id., “Les principes de la proportionnalité et de la reconnaissance mutuelle dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services: de l’arrêt Thieffry aux arrêts Vlasspoulou, Mediawet et Dennemeyer”, *RMUE*, 1991, n.º 4, pp. 193 y ss.; Id., “Le principe de la reconnaissance mutuelle: instrument de preservation des traditions et des diversités nationales, regionales et locales”, *RMUE*, 1998, 2, pp. 5 y ss.

DIPr. diferentes en cada Estado miembro, no opere como obstáculo a la libre circulación de factores productivos en la UE (E. JAYME / CH. KÖHLER⁷²).

80. El principio de mutuo reconocimiento presenta, entre otras, las ventajas siguientes⁷³: 1º) La existencia de un “factor político” que implica una exigencia de coherencia internacional (= continuidad en el espacio, seguridad jurídica, proximidad de la “Ley aplicable-situación jurídica”, previsibilidad a las partes...) respecto a las situaciones jurídicas privadas internacionales; 2º) Un “factor técnico” fundado en la inadecuación de la norma de conflicto clásica para regular los efectos jurídicos de un Estado miembro de las situaciones privadas internacionales efectivamente creadas en otro Estado miembro.

81. El principio de mutuo reconocimiento opera como la estrategia más acertada y efectiva respecto a la resolución de concretas situaciones jurídicas privadas internacionales controvertidas (= situaciones jurídicas “creadas”).

82. La autoridad competente en cada Estado miembro determinará la norma de conflicto de leyes aplicable a una situación privada internacional. En consecuencia, también fijará, como punto de conexión, la Ley nacional, la Ley de la residencia habitual o cualquier otra que estime adecuada, respecto a una situación jurídica privada internacional. Sin embargo, no debe rechazar el reconocimiento de una situación jurídica legalmente creada, válida y existente en otro Estado miembro. El Estado miembro de destino no debe controlar la norma de conflicto de leyes que aplicó el Estado miembro de origen⁷⁴. Ni aplicar “su” norma de conflicto a dicha situación.

83. Ahora bien, la determinación de la Ley aplicable resulta necesaria para fijar la existencia y validez de una situación jurídica privada internacional. La “creación” de una situación jurídica privada internacional requiere: 1º) Una autoridad pública o Tribunal competente que conozca de la controversia. 2º) Que dicha autoridad pública o Tribunal aplique una Ley a la controversia de conformidad con lo establecido en sus normas de DIPr. 3º) Que la misma autoridad pública o Tribunal conceda a la situación jurídica privada internacional los efectos que deriven de la misma. En consecuencia, la elección del método de reconocimiento no elimina el conflicto de leyes (G. CUNIBERTI⁷⁵). “*La norma de reconocimiento es una regla de conflicto de sistemas*” (P. LAGARDE, G. P. ROMANO⁷⁶). La situación jurídica privada internacional se rige por el DIPr. del Estado miembro cuya autoridad pública o Tribunal intervino para crear dicha situación jurídica.

84. No obstante, si toda situación jurídica legalmente creada, válida y existente en un Estado miembro (incluidas las “situaciones puramente privadas”) es considerada, en todo caso y sin excepción, válida y existente, en los demás Estados miembros (= mutuo reconocimiento “total”) se plantea el inconveniente siguiente: Una “situación jurídica puramente privada” es aquella que no ha sido “conocida” por ninguna autoridad pública. En este sentido, una situación jurídica “no conocida” nunca podrá ser “re-conocida”.

⁷² E. JAYME / CH. KÖHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPrax*, 2001, pp. 501-512; E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 360.

⁷³ CH. PAMBOUKIS, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *RCDIP*, 2008, pp. 513 y 518.

⁷⁴ D. CARREAU / P. LAGARDE / H. SYNDET, “La reconnaissance des noms patronymiques”, *Répertoire de Droit International*, janvier 2009, pp. 13-15. *A sensu contrario*, M. GARDENES SANTIAGO, “Reconocimiento mutuo y principio del Estado de origen: su incidencia en el ámbito del Derecho aplicable” en *Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 521-537; M. GARDENES SANTIAGO, “Reconocimiento mutuo y discriminación a la inversa”, *XIX Jornadas de la AEPDIRI*, pp. 223-229.

⁷⁵ G. CUNIBERTI, “Commentaires, Conflits de Jurisdictions”, *FDI*, 2008, pp. 145-153.

⁷⁶ P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”. *RebelsZ Bd.* 68, 2004, p. 229 y 233; G. P. ROMANO, “La bilatéralité éclipsée par l’autorité”, *RCDIP*, 95, juillet-sept 2006, pp. 457-519.

85. Ahora bien, el principio de mutuo reconocimiento facilita el correcto funcionamiento del mercado interior. El ciudadano comunitario ejercerá sus derechos fundamentales y libertades comunitarias recogidas en la Versión consolidada TUE-TFUE si el ámbito en el que se desarrolla evidencia “seguridad jurídica internacional” y “confianza comunitaria” entre los Estados miembros.

Respecto a la “seguridad jurídica internacional” los sujetos radicados en los distintos Estados miembros conocerán qué autoridad pública o Tribunal resulta competente para conocer la situación jurídica privada internacional y qué Ley resultará aplicable a la cuestión controvertida.

En relación con la “confianza comunitaria” la autoridad pública del “Estado miembro de destino” debe considerar que la situación jurídica legalmente creada, válida y existente en el “Estado miembro de origen” resulta válida y existente en dicho “Estado miembro de destino” y en los demás Estados miembros (= las resoluciones judiciales y las decisiones dictadas por una autoridad pública deben circular en el territorio de la UE), con independencia de la “Ley estatal” que la autoridad pública o Tribunal del “Estado miembro de origen” aplicó para crear la situación jurídica. En definitiva, se propugna la formación de una “cultura judicial europea” (= los Tribunales de cada Estado miembro deben actuar “juntos” de conformidad con sus “tradiciones jurídicas nacionales”). En consecuencia, la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos de cada uno de los Estados miembros no debe impedir o disuadir a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos fundamentales y de las libertades comunitarias recogidas en la Versión consolidada TUE-TFUE.

86. No obstante, el TJCE otorga a un Estado miembro (= “Estado miembro de destino”) la opción de no reconocer una resolución judicial y demás situaciones jurídicas legalmente creadas, válidas y existentes en el “Estado miembro de origen” si resultan contrarias al orden público internacional del “Estado miembro de destino”⁷⁷. Ahora bien, “resultar contrario al orden público internacional” no es el único límite impuesto al reconocimiento de situaciones adquiridas. “*No puede reconocerse cualquier situación creada en cualquier lugar. Independientemente de la condición de conformidad con orden público, el reconocimiento puede estar subordinado, no a la aplicación de una Ley cierta, pero sí a la existencia de ciertos lazos de la situación con su Estado de origen*” (P. GOTHOT / P. LAGARDE⁷⁸). También debe poder denegarse el reconocimiento de una situación jurídica privada internacional si el contacto del supuesto con el Estado miembro en el que la situación ha sido creada es un contacto falso, inexistente y artificial (*Bad Forum Shopping*⁷⁹). Ahora bien, el “control de la Ley aplicada” y el “abuso de Derecho” no procederán como excepciones a la validez en un Estado miembro (= “Estado miembro de destino”) de las situaciones jurídicas legalmente creadas en otro Estado miembro (= “Estado miembro de origen”)⁸⁰.

87. En consecuencia, el TJCE opta por un sistema en el que las resoluciones judiciales y demás situaciones legalmente creadas, válidas y existentes en un Estado miembro se reconozcan de modo automático -sin perjuicio de la posible emisión de una certificación por el “Estado miembro de origen” que acredite su autenticidad o veracidad-, en todo el territorio de la UE sin que se interpongan procedimientos intermedios o motivos que denieguen la ejecución, generando una duración desmesurada del proceso, incremento de la incertidumbre, disminución de la previsibilidad o expectativas favorables dentro del tráfico internacional, etc⁸¹.

⁷⁷ STJCE 14 octubre 2008 *Grunkin-Paul* (Asunto C.353-06). El “mutuo reconocimiento” se rechazará si concurren “consideraciones objetivas que resulten proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido”.

⁷⁸ P. GOTHOT / P. LAGARDE., “Conflits de lois, principes généraux”, *Rép. International Dalloz*, janvier 2006, p.30.

⁷⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 2010-2011 (en prensa) a cuyo contenido se ha tenido acceso por gentileza de los autores.

⁸⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Comares, 10ª ed., 2009-2010, pp. 44-48, esp. p. 48.

⁸¹ L. N. GONZÁLEZ ALONSO, “La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, 1998, 4, pp. 514-527; M. URREA CORRES, “El espacio de libertad, seguridad y justicia y la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: hacia una jurisdicción flexible” (Segundo Premio), *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n° 23, 2003, pp. 65-102.

88. Según CH. PAMBOUKIS “*las normas de conflicto tradicionales, cuyo alcance es incierto, no se adaptan al reconocimiento de las relaciones jurídicas que ya existen*”⁸². La afirmación de CH. PAMBOUKIS tiene su razón de ser en el control de “Ley aplicada” que realiza Francia (= en calidad de “Estado miembro de destino”) respecto al reconocimiento de una situación jurídica legalmente creada, válida y existente en el “Estado miembro de origen”. Ahora bien, el “Estado miembro de destino” no debe controlar la norma de conflicto de leyes que aplicó el “Estado miembro de origen”. La situación jurídica privada internacional fue “creada” en el “Estado miembro de origen”. La autoridad pública o Tribunal del “Estado miembro de origen” le otorgó una Ley de conformidad con sus normas de DIPr. y la dotó de los efectos jurídicos que derivan de la misma. En consecuencia, el “Estado miembro de destino” debe limitarse a “re-conocer” tal cual dicha situación jurídica privada internacional “ya creada”. Por tal razón, el principio de mutuo reconocimiento resulta aplicable a resoluciones judiciales⁸³ y a situaciones jurídicas en las que ha intervenido una autoridad pública⁸⁴ de un Estado miembro.

89. El principio de mutuo reconocimiento resulta aplicable a:

90. 1º) Nivel uno: Resoluciones judiciales. Una decisión judicial adoptada por la autoridad del “Estado miembro de origen” debe ser considerada válida y existente en los demás Estados miembros. El Juez del “Estado miembro de origen” es competente para conocer de la situación jurídica controvertida, aplicará la normativa pertinente y dotará a la situación jurídica de los efectos propios que deriven de la misma (por ejemplo, el efecto de cosa juzgada). Por tanto, la autoridad del “Estado miembro de destino”, no deberá controlar la norma de conflicto de leyes que aplicó la autoridad del “Estado miembro de origen” ni deberá otorgarle efectos distintos de los que la situación jurídica controvertida adquirió en dicho momento.

91. Existen instrumentos jurídicos internacionales que aseguran la libre circulación de resoluciones judiciales en virtud de la aplicación del principio del mutuo reconocimiento. Por ejemplo: Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

2º) Nivel dos: actos públicos o intervenidos por autoridad pública. Los actos intervenidos por autoridad pública (por ejemplo, la inscripción en un Registro, firma de escritura pública ante notario, documentos públicos con fuerza ejecutiva...), al igual que sucede en las resoluciones judiciales dictadas por la autoridad de un Estado miembro, deben gozar del beneficio de la aplicación del principio de mutuo reconocimiento. En este sentido, el reconocimiento mutuo podría extenderse a materias aún no cubiertas por el Derecho Comunitario, como las sucesiones y los testamentos, los regímenes matrimoniales y las consecuencias patrimoniales de la separación⁸⁵.

La autoridad pública del “Estado miembro de origen” conocerá la situación jurídica privada y,

⁸² CH. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 513.

⁸³ M. GUZMÁN ZAPATER, “Un elemento federalizador para Europa: El reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *Derecho Comunitario Europeo*, 1997-2004, pp. 405-438; M. DE HOYOS SANCHO, “La “piedra angular” de la cooperación judicial en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: el reconocimiento mutuo de resoluciones” en *El Tratado de Roma en su Cincuenta Aniversario (1957-2007)*, Granada, 2007, pp. 285-307; P. MAYER, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *Mélanges P. Lagarde*, París 2005, p. 547-573; H. MUIR-WATT, “Le rencontre dans l’espace de figures hybrides”, *Revue Générale de Procédures*, 1998, p. 711 y 1999, pp. 711-725;

⁸⁴ CH. PAMBOUKIS, “Note ss Paris, 2 avril 1998: Cour d’appel de Paris – Mme Collomp, près., M. Lautru, av. Gén. – Mmes Derlorme et Markon, av.», *RCDIP*, janvier-mars 1999, p. 102-108; P. MAYER, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *Mélanges P. Lagarde*, París 2005, p. 547-573; H. MUIR-WATT, “Le rencontre dans l’espace de figures hybrides”, *Revue Générale de Procédures*, 1998, p. 711 y 1999, pp. 711-725

⁸⁵ COM (2009) 262 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, Bruselas, 10.06.2009.

de conformidad con su normativa, la dotará de los efectos pertinentes que deriven de la misma (por ejemplo, efecto declarativo o efecto constitutivo). Consecuentemente, la autoridad pública del “Estado miembro de destino” deberá considerar válida y existente la situación jurídica privada creada en el “Estado miembro de origen” sin necesidad de controlar la norma de conflicto de leyes aplicada ni le concederá efectos distintos de aquéllos que adquirió.

Por tanto, una escritura pública otorgada ante notario de un Estado miembro (= Nivel dos) no adquirirá efecto de cosa juzgada (= Nivel uno) en el “Estado miembro de destino”. La situación jurídica privada legalmente creada en el “Estado miembro de origen” se exporta tal cual, al “Estado miembro de destino” para que proceda su reconocimiento y ejecución (= sólo así, los efectos jurídicos en el “Estado miembro de origen” coinciden con los efectos jurídicos en el “Estado miembro de destino”).

92. No obstante, determinadas situaciones privadas internacionales se hallan desprotegidas, ¿qué sucede con las resoluciones públicas no judiciales sin fuerza ejecutiva?⁸⁶. Nada indican los instrumentos legales internacionales acerca del reconocimiento en los Estados miembros de los actos contenidos en las resoluciones dictadas por autoridades de los Estados miembros de la UE que no son resoluciones judiciales.

93. La cuestión plantea un difícil problema. Cada Estado miembro dispone de normativa propia que determina en qué casos y circunstancias deben considerarse admitidos los efectos constitutivos de tales resoluciones públicas no judiciales. Por ejemplo, España utiliza el mecanismo de control de la Ley aplicada por la autoridad extranjera. “*Para hacer Justicia en los casos internacionales, es necesario que la solución que ofrezca no sólo sea “segura” e “intrínsecamente justa” sino que presente “continuidad en el espacio”*” (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁸⁷).

94. CH. PAMBOUKIS va más allá⁸⁸. Extiende la aplicación del principio de mutuo reconocimiento a las situaciones puramente privadas: “*No sólo los actos semi-public estarían sometidos a los procedimientos de reconocimiento, sino que relaciones privadas ya constituidas, también estarían sometidas a los procedimientos de reconocimiento.*”

95. El principio de mutuo reconocimiento no se aplicará a los “actos puramente privados” (= Nivel tres). La situación jurídica “puramente privada” presenta los caracteres siguientes: 1º) Surge de la Ley (= *ope legis*). Por ejemplo, la adquisición de la mayoría de edad de un sujeto es una situación jurídica “puramente privada”. En España, cuando el sujeto cumple dieciocho años adquiere automáticamente, por ministerio de la Ley, la mayor edad. Ninguna autoridad pública o Tribunal español debe intervenir para acreditar o declarar la adquisición de la mayor edad por parte del sujeto; y 2º) Se exporta “vía norma de conflicto”. Por ejemplo, un sujeto alemán que reside en España adquiere la mayor edad con arreglo a la Ley alemana porque el art. 9.1 CC indica que el estado civil y la capacidad se rigen por la Ley nacional del sujeto. El sujeto alemán (= mayor de edad según lo previsto en la Ley sustantiva alemana) se considerará también mayor de edad en España porque la “norma de conflicto de leyes española” (art. 9.1 CC) así lo establece. La norma de conflicto “importa”, con dirección a España, la solución jurídica recogida en la Ley alemana (= Ley de origen del sujeto). La situación jurídica originada en Alemania con arreglo a la Ley de dicho país “se importa” y “se traslada” hacia España.

96. La creación de un espacio judicial único en la UE requiere la supresión de todo control (= respecto a la determinación de la competencia judicial internacional, la Ley aplicada por la autoridad pública o Tribunal del Estado miembro y los efectos jurídicos que dicha autoridad pública o Tribunal le otorgó) en el Estado requerido.

⁸⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Comares, 10ª ed., 2009-2010, pp. 386-390.

⁸⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Edit. Comares, Granada, 2004, pp.1-81, esp. p. 6.

⁸⁸ CH. PAMBOUKIS, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *RCDIP*, 2008, p. 515.

2. La unificación de las normas de conflicto de leyes

97. El planteamiento del problema es claro. Si un ciudadano comunitario “cruza la frontera” desde su país de origen (= “Estado de origen”) hacia otro Estado miembro de la UE (= “Estado de destino”), con carácter general (= no siempre), se producirá un “cambio de Ley aplicable”. El “cambio de Ley aplicable” tiene lugar porque “*las normas de DIPr. del “Estado de origen” del ciudadano comunitario son diferentes de las normas de DIPr. del “Estado de destino” de dicho ciudadano comunitario*” (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁸⁹).

98. En consecuencia, la situación jurídica privada internacional controvertida se halla “conectada” con, no sólo uno, sino dos o más sistemas jurídicos aplicables a dicha situación jurídica. La cuestión se erige sobre un “conflicto de leyes”⁹⁰. La pregunta surge rápidamente: ¿Cuál de los sistemas jurídicos aplicables resulta preferible?

99. El conflicto de leyes provoca un problema “*de opción*”⁹¹. La solución ante un conflicto de leyes comporta optar por una sola y “única” Ley aplicable.

100. Si las Leyes en conflicto forman parte del ordenamiento jurídico de un único Estado miembro, la autoridad de dicho Estado miembro elegirá, de entre todas las aplicables, aquella que fuere preferible (= “situación jurídica interna”). No obstante, si las Leyes en conflicto se encuentran en ordenamientos jurídicos de Estados miembros diferentes, las autoridades del Estado miembro que conozcan del asunto decidirán (= “situación jurídica internacional”): bien aplicar su propia normativa en virtud del principio de territorialidad de la ley; o bien aplicar las normas de DIPr. del país más conectado con el supuesto concreto (= excepción al principio de exclusividad de DIPr. Son “normas extranjeras” de DIPr.).

101. En consecuencia, si un Tribunal de un Estado miembro aplica una norma de conflicto de leyes unificada, la Ley aplicable a la situación jurídica privada internacional es la misma con independencia del lugar donde litigue. La norma de conflicto de leyes es imperativa (= art. 12.6 CC “Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español”). La “localización” del ordenamiento jurídico aplicable que efectúa la norma de conflicto de leyes concede seguridad jurídica y mayor previsibilidad en la Ley aplicable. El Derecho aplicable siempre es el mismo en asuntos similares, con independencia del interés de las partes. Los particulares no elegirán litigar ante los Tribunales de un Estado miembro con el único fin de que las normas de conflicto de leyes conduzcan a la aplicación de la Ley material más favorable. En otras palabras, los particulares no especularán sobre la Ley aplicable. Ésta será la misma con independencia de los Tribunales que conozcan del asunto.

102. La norma de conflicto de leyes puede ser unilateral o bilateral⁹². El uso de una u otra depen-

⁸⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp. 44-46.

⁹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp. 259-372; P. COURBE, *Droit international privé*, 2ª ed., París, Dalloz, Armamand Colin, 2003; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, *Droit international privé*, 4ª ed., Dalloz, 1993; P. MAYER/ V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 7ª ed., París, Montchrestien, 2001; W. WENGLER, “General Principles of Private International Law”, *Rec. Cours*, 1961-III, t. 104, p.280 y ss; Y. LOUSSOUARN, *Cours général de droit international privé, Recueil des Cours*, t. 139, 1973-II, pp. 275-385; P. MALAURIE, «Loi uniforme et conflits de lois», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé (1964-1966)*, Librairie Dalloz, París, CNRS, pp. 83-109; L. L. G. RADICATI DI BROZOLO, “L’influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation”, *RCDIP*, juillet-septembre 1993, pp. 401-410, spec. pp. 401-410; J. M. JACQUET, “Fonction supranationale de la règle de conflit de lois”, *RCADI*, vol. 292, 2001, pp. 151-248.

⁹¹ Y. LOUSSOUARN, *Cours général de droit international privé, Recueil des Cours*, t. 139, 1973-II, pp. 275-385.

⁹² G. P. ROMANO, “La bilatéralité éclipse par l’autorité”, *RCDIP*, 95, juillet-sept 2006; G. P. ROMANO, “La

derá de la composición del ordenamiento jurídico de cada Estado miembro. Debido a la complejidad metodológica que caracteriza a las normas de conflicto de leyes unilaterales, los sistemas jurídicos de DIPr. se hallan integrados, en su mayoría, por normas de conflicto de leyes bilaterales.

103. Si la norma de conflicto de leyes es unilateral (= método del unilateralismo introverso⁹³) cada Estado miembro tiene por función delimitar el ámbito de aplicación espacial de sus normas sustantivas. En consecuencia, el Juez de dicho Estado miembro deberá conocer la totalidad de las normas de conflicto de leyes que se encuentren conectadas con el supuesto.

Por ejemplo, un nacional francés con residencia habitual en Italia quiere divorciarse de su cónyuge, sujeto nacional español con residencia habitual en España. Si la norma de conflicto de leyes que regula el divorcio es unilateral, el Juez que conozca del asunto deberá manejar el contenido de la norma de conflicto francesa, italiana y española. El conocimiento de tales leyes fijará, cuál de ellas, debe regular el divorcio.

104. *A sensu contrario*, si la norma de conflicto de leyes es bilateral, se estará a lo dispuesto en el punto de conexión de la norma de conflicto de la *Lex Fori*. El Juez aplicará: 1º) bien la *Lex fori*, 2º) o bien un Derecho extranjero de conformidad con lo que indique el punto de conexión.

Siguiendo un ejemplo similar: en materia de separación y divorcio, el art. 107.2 CC (norma de conflicto bilateral) expresa “*La separación y el divorcio se regirán por la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la Ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la Ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.*”

Si los cónyuges que pretenden obtener el divorcio ostentan la única nacionalidad francesa, la autoridad del Estado miembro aplicará la Ley francesa a los cónyuges con independencia del Estado miembro donde tenga lugar el litigio.

No obstante, si el Tribunal de un Estado miembro aplica la *Lex fori*, la Ley aplicable a la situación jurídica privada internacional será la Ley del lugar donde se litigue. Siguiendo el mismo ejemplo, si los nacionales franceses pretenden divorciarse en Italia, la autoridad del Estado Italiano aplicará la Ley italiana, si pretenden obtener el divorcio en España, la autoridad del Estado español, aplicará la Ley española.

105. La disparidad de las legislaciones nacionales, consecuencia también del principio de territorialidad formal de la ley, supone que la norma que rige en el Estado miembro de origen del ciudadano difiera de la norma aplicable en el Estado miembro de destino respecto a una misma situación jurídica privada internacional. “*Este “cambio de Ley aplicable” puede comportar (= no siempre) un obstáculo a la libre circulación intracomunitaria del ciudadano comunitario*” (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁹⁴).

106. La solución definitiva a la cuestión planteada es la unificación de las normas de conflicto. Las autoridades comunitarias pueden elaborar “normas de conflicto uniformes” válidas en todos los Estados miembros que señalen la Ley aplicable a una situación jurídica. Para ello, la tarea de unificación de las normas de conflicto de leyes, distingue dos niveles⁹⁵:

bilatéralité éclipsee par l’autorité”, *RCDIP*, 95, juillet-sept 2006, 457-519; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios Homenaje A.Menéndez*, Madrid, 1996, pp.5239-5270; P. COURBE, *Droit international privé*, 2ª ed., París, Dalloz, Armamand Colin, 2003; B. AUDIT, *Le caractere fonctionnel de la règle de conflit*, Recueil des Cours, t. 186 (1984 III), pp 229; F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans les règlement des rapports internationaux*, Librairie Dalloz, vol. XVI, París, 1973; J. M. JACQUET, “Fonction supranationale de la règle de conflit de lois”, *RCADI*, 2001, vol. 292, pp. 151-248; P. GOTHOT, “Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé”, *RCDIP*, 1971, pp. 417-450.

⁹³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp. 218-220.

⁹⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp. 49-57.

⁹⁵ K.D. KERAMEUS, «Procedural Harmonization in Europe», *AJCL*, 1995, pp. 401-416; La importancia de la unificación de las normas de conflicto de leyes resulta profundamente estudiada por H. GAUDEMET-TALLON, “De l’utilité d’une unification du Droit International Privé de la Famille dans l’Union Européenne?”, *Estudos em Home-*

1º) *Ideal level*: la tarea de unificación de las normas de conflicto de leyes tiene por objeto realizar un estudio orientado a proporcionar una norma de conflicto de leyes de elevada calidad. Ahora bien, la norma de conflicto de leyes es “relativista”⁹⁶. Confluyen diversas soluciones y el legislador optará por aquélla que considere idónea.

2º) *Practical level*: la tarea de unificación de las normas de conflicto de leyes abandona el aspecto de “calidad” y fija por finalidad la erradicación de los antagonismos protagonistas de los distintos sistemas estatales de cada Estado miembro.

107. Consecuencia de ello, es que el “cruce de frontera” no comportará un “cambio de Ley aplicable”. La unificación de las normas de conflicto se halla actualmente limitada a ciertos países y determinados sectores materiales. Las normas de conflicto uniformes evitarán el fenómeno del *Forum Shopping*⁹⁷. La Ley aplicable a la situación jurídica será la misma, cualquiera que sea el Estado miembro en el que se constituya la situación jurídica controvertida.

108. El efecto positivo de un DIPr. uniforme parte de la afirmación siguiente: A un mercado único le corresponde un solo Derecho⁹⁸. Un único DIPr. incrementa la “seguridad jurídica internacional” (= intensifica la “previsibilidad” para las partes) y reduce los costes de transacción conflictuales y el grado de incertidumbre en las situaciones jurídicas privadas internacionales. En definitiva, un DIPr. uniforme favorece el buen funcionamiento del mercado interior⁹⁹.

Por esta razón, las instituciones europeas apuestan por una armonización global del Derecho privado en el ámbito de la UE. Por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo 1989, relativa al esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros¹⁰⁰; la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo 1994, relativa a la armonización de determinados sectores de Derecho privado de los Estados miembros¹⁰¹; la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 noviembre 2001¹⁰²; la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de septiembre 2003¹⁰³; el Informe elaborado por el Parlamento Europeo de fecha 6 noviembre 2001 sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros¹⁰⁴.

109. No obstante, algunos autores contemplan el efecto negativo que el Derecho uniforme hace recaer sobre el Derecho Internacional Privado¹⁰⁵. Manifiestan, en este sentido, que la generalización de

nagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, 2002, pp. 159-185.

⁹⁶ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios Homenaje A. Menéndez*, Madrid, 1996, pp. 5239-5270.

⁹⁷ P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RechtsZ Bd.* 68, 2004, p. 230.

⁹⁸ G. PALAO MORENO, *Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo*, Tirant lo Blanch, Universitat de València, 2008, 401 pp; L. Díez PICAZO, “Un Codice Civile europeo”, en G. ALPA / BUCCICO (Coords), *La riforma dei Codici in Europa e il progresso di Codice civile europeo*, pp. 59-70; N. LIPARI, *Trattato di diritto privato europeo*, Turín, Cedam, 2003, 2ª ed., vol. I, p.71; S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milán, Giuffrè, 2004, p. 15.

⁹⁹ S. CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace”, *Derecho privado europeo* (S. Cámara Lapuente, ed.), Madrid, Colex, 2003; G. PALAO MORENO, *Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo*, Tirant lo Blanch, Universitat de València, 2008, 401 pp.

¹⁰⁰ En DOCE núm. C158, de 26 junio 1989.

¹⁰¹ En DOCE núm. C205, de 25 de julio 1994.

¹⁰² En DOCE núm. C140 E, de 13 junio 2002.

¹⁰³ En DOCE núm. C76 E, de 25 abril 2004.

¹⁰⁴ En COM (2001) 398 Comisión de Asuntos jurídicos y Mercado interior.

¹⁰⁵ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Los procesos de unificación internacional de Derecho Privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados” en *La unificación jurídica europea*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 17-44; G. PALAO MORENO, “Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo”, Tirant lo Blanch, Universitat de València, 2008, 401 pp, esp. p. 34; S. CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace”, *Derecho privado europeo* (S. Cámara Lapuente, ed.), Madrid, Colex, 2003.

un Derecho uniforme resulta “incompatible” e “incompleta” respecto al carácter del Derecho Internacional Privado. El Derecho Internacional Privado respeta el pluralismo jurídico y cultural. Su misión consiste en localizar y, posteriormente, hacer aplicable la Ley estatal designada conforme a lo dispuesto en la norma de conflicto de leyes.

110. Los últimos años muestran el reflejo de un retraimiento del proceso de armonización jurídica emprendido. El abandono de armonización normativa es fruto de dos circunstancias¹⁰⁶: 1º) La consolidación del principio del mutuo reconocimiento y del consiguiente ajuste del programa de armonización. 2º) La toma de conciencia de lo perturbador que resulta hallarse con una multiplicidad de reglas aisladas, faltas de coordinación existentes y la proyección en este ámbito de los principios de subsidiariedad y sobre todo de proporcionalidad.

111. En conclusión, la armonización de las normas de conflicto facilita el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, potenciando la seguridad jurídica y la previsibilidad de la Ley aplicable. Por tanto, si la norma aplicable a una situación jurídica privada internacional concreta es siempre la misma, con independencia de la autoridad estatal que conozca del asunto, la probabilidad de que los demás Estados miembros reconozcan como válida y existente dicha situación jurídica privada internacional es muy elevada. Los Tribunales del Estado miembro de destino aplicarán la misma Ley que los Tribunales del Estado miembro de origen emplearon para la resolución de la situación privada internacional. En consecuencia, la unificación de las normas de conflicto de leyes garantizan¹⁰⁷: 1º) Seguridad jurídica respecto a la Ley aplicable; 2º) Previsibilidad en el resultado de los litigios; 3º) Libre circulación de resoluciones dictadas por las autoridades de los Estados miembros.

¹⁰⁶ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Integración Europea y Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1997, núm. 2, pp. 413-445.

¹⁰⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp. 49-56, esp. p. 50.

FORUM NECESSITATIS E FLESSIBILITÀ DEI CRITERI DI GIURISDIZIONE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO NAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA

GIULIA ROSSOLILLO

*Professore associato di diritto dell'Unione europea
Università degli Studi di Pavia*

Recibido: 25.01.2010 / Aceptado: 09.02.2010

Riassunto: In molti ordinamenti europei ed extraeuropei è ammessa la possibilità di attribuire giurisdizione alle autorità del foro a titolo eccezionale nelle ipotesi in cui, in relazione a una determinata pretesa, si riveli impossibile o irragionevole adire i giudici di altri ordinamenti e vi sia dunque il rischio di dar luogo a un diniego di giustizia. Una simile possibilità da un lato presuppone una certa flessibilità delle norme relative alla competenza giurisdizionale, dall'altro è la conseguenza del carattere unilaterale delle norme nazionali in materia di giurisdizione. Queste due caratteristiche non sussistono nell'ambito dello spazio giudiziario europeo. Le istituzioni dell'Unione europea hanno infatti stabilito, attraverso regolamenti, criteri di giurisdizione uniformi relativi ad alcune materie ed applicabili in tutti gli Stati membri. E d'altro lato la Corte di giustizia ha escluso, al fine di salvaguardare il principio della certezza del diritto, che tali criteri potessero essere applicati in modo flessibile. Nei rapporti tra gli Stati membri il *forum necessitatis* è dunque utilizzabile entro limiti molto ristretti. Esso assume invece maggiore importanza nei rapporti tra Stati membri e Stati terzi, come emerge dal Libro verde sulla revisione del Regolamento 44/2001 e dall'articolo 7 del Regolamento 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari.

Parole chiave: Giurisdizione, diniego di giustizia, Regolamento 44/2001, Regolamento 2201/2003, Regolamento 4/2009, fiducia reciproca.

Abstract: In many European and non-European legal systems it is possible for the internal courts to assume jurisdiction when, with regard to a specific claim, it would be impossible or unreasonable to resort to a court of another State, and a denial of justice would be likely to occur. Such a possibility on the one hand requires the rules of jurisdiction to be to a certain extent flexible, on the other hand is the consequence of the unilateral character of that rules. These are not two typical features of the European judicial area. The European institutions have set, in fact, through regulations, uniform rules of jurisdiction regarding certain fields, applicable in every Member State. And the European Court of justice, to the purpose of protecting the legal certainty principle, has precluded a flexible application of these rules. As far as the relations between member States are concerned, the *forum necessitatis* has, thus, a very narrow leeway. On the contrary, it takes much more importance in range of the relations between Member States and third States, as it comes out from the Green Paper on review of Regulation 44/2001 and from article 7 of the Regulation 4/2009 on maintenance obligations.

Key words: Jurisdiction, denial of justice, Regulation 44/2001, Regulation 2201/2003, Regulation 4/2009, mutual trust.

Sommario: I. Caratteri generali del *forum necessitatis*. 1. Il *forum necessitatis* negli ordinamenti europei. 2. Il *forum necessitatis* come strumento di tutela di interessi processuali. 3. Il *forum necessitatis* come strumento di tutela di interessi sostanziali. 4. Il legame con l'ordinamento del foro. II. Esigenze di tutela del singolo ed interpretazione estensiva dei criteri di giurisdizione del foro. III. *Forum necessitatis* e regolamenti in materia di diritto processuale civile internazionale. 1. Il *forum necessitatis* nei rapporti tra Stati membri e Stati terzi. 2. Il *forum necessitatis* nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea.

I. Caratteri generali del *forum necessitatis*.

1. Il *forum necessitatis* negli ordinamenti europei

1. La comparsa di disposizioni sul *forum necessitatis* in alcune codificazioni recenti di diritto internazionale privato, quale quella belga¹, nonché nel regolamento 4/2009² sulle obbligazioni alimentari, nel Libro verde sulla revisione del regolamento 44/2001³, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, e nella Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di modifica del regolamento 2201/2003⁴, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, rende di estrema attualità l'esame di una figura sulla cui definizione e sui cui caratteri la dottrina non ha ancora trovato un perfetto punto di accordo.

Con l'espressione *forum necessitatis* si intende indicare un criterio di giurisdizione di carattere eccezionale volto a garantire al singolo il diritto di accesso alla giustizia nell'ipotesi in cui, in relazione a una determinata controversia, sia impossibile identificare un giudice competente. Si tratta dunque di una figura che da un lato trova la propria origine in esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, dall'altro rappresenta la conseguenza del carattere unilaterale delle norme nazionali in materia di competenza giurisdizionale⁵. Dal momento che, infatti, ogni Stato decide autonomamente l'ampiezza della giurisdizione dei propri giudici, è possibile che si vengano a creare conflitti negativi, ossia che in relazione a una determinata fattispecie non sussista la competenza dei tribunali di alcun Paese.

2. Proprio per evitare tale conseguenza, che si tradurrebbe in un diniego di giustizia, alcuni legislatori nazionali hanno previsto espressamente che in ipotesi di questo genere i tribunali del foro, privi di competenza secondo gli ordinari criteri di giurisdizione, possano intervenire in via sussidiaria ed eccezionale. Così, all'art. 3 della legge svizzera di diritto internazionale privato⁶ si legge che "se la presente legge non prevede alcun foro in Svizzera e un procedimento all'estero non è possibile o non può essere ragionevolmente preteso, sono competenti i tribunali o le autorità svizzeri del luogo con cui la fattispecie denota sufficiente connessione". La recente codificazione belga⁷ contiene una disposizione al contenuto molto simile: "nonobstant les autres dispositions de la présente loi, les juridictions belges sont exceptionnellement compétentes lorsque la cause présente des liens étroits avec la Belgique et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger". E ancora, disposizioni sul *forum necessitatis* si rinvencono nella legge rumena di diritto internazionale privato⁸, nell'articolo 9 lett. b e c del codice di procedura civile

¹ Loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé, *Moniteur belge*, 27.7.2004.

² Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, G.U.U.E L 7 del 10.1.2009, p. 1.

³ Libro verde sulla revisione del Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, del 21.4.2009, COM(2009) 175 def.

⁴ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale, COM(2006)0399, G.U.U.E. C 15/E, del 21.10.2008, p. 128.

⁵ Come nota L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, Aix-en-Provence/Marseille, 2004, p. 189, "les règles de compétence juridictionnelle internationale n'ont pas de fonction réparatrice: elles se contentent d'indiquer si l'ordre juridique dont elles émanent est compétent ou non. Aussi en découlent les problèmes de coordination propres à tout système unilatéraliste".

⁶ Legge Federale del 18 dicembre 1987 su diritto internazionale privato (LDIP). Sul punto v. per tutti OTHENIN-GIRARD, "Quelques observations sur le for de nécessité en droit international privé suisse (art. 3 LDIP)", *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht*, 1999, pp. 251-286.

⁷ Art. 11 del code belge de droit international privé del 16 luglio 2004.

⁸ Art. 153 della legge rumena di diritto internazionale privato del 1992 (Legea nr. 105 din 22 septembrie 1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat).

olandese, nei codici di procedura civile austriaco⁹ e portoghese¹⁰, così come nelle legislazioni di alcuni Stati extraeuropei¹¹.

Sul piano giurisprudenziale, poi, la possibilità di fondare la giurisdizione dei giudici del foro sull'assenza di altri tribunali competenti a conoscere della fattispecie è largamente ammessa nell'ordinamento francese, attraverso la figura del *déni de justice*¹², e in quello lussemburghese¹³; così come nell'ordinamento tedesco¹⁴ e in quello spagnolo¹⁵. Nell'ordinamento italiano, pur in mancanza di disposizioni espresse, la dottrina sembra orientata nel medesimo senso¹⁶. Quanto alla giurisprudenza, la Corte di cassazione, in una recente sentenza¹⁷, ha considerato la possibilità di fondare la giurisdizione del giudice italiano a titolo di *forum necessitatis* come una clausola di chiusura del sistema. Secondo la Corte, in particolare, le norme italiane in materia di giurisdizione dovrebbero essere lette alla luce dell'articolo 6 della Convenzione europea, affinché non ricorra l'ipotesi in cui, non sussistendo la giurisdizione del giudice italiano, non risulti neppure la giurisdizione di alcun giudice straniero e al singolo venga dunque negata la tutela giurisdizionale.

3. La possibilità di fondare la giurisdizione dei tribunali del foro sull'esigenza di garantire al singolo, in mancanza di altri tribunali competenti, una tutela giurisdizionale effettiva viene concepita nei paesi di *civil law* come eccezionale. Si tratta infatti di uno strumento correttivo di sistemi fondati su criteri di giurisdizione predeterminati e non flessibili, e che tende pertanto ad intervenire solamente in situazioni patologiche caratterizzate dal sorgere di conflitti negativi di giurisdizione.

Un discorso differente va invece fatto in relazione agli ordinamenti di *common law*, nei quali è tradizionalmente lasciato più spazio alla discrezionalità del giudice. Per rimanere in ambito europeo, nell'ordinamento inglese le norme in materia di giurisdizione rispondono essenzialmente a due meccanismi che dipendono dalla presenza o meno del convenuto sul territorio dello Stato. Nella prima ipotesi, la giurisdizione dei tribunali inglesi sorge automaticamente; nella seconda, detti tribunali sono competenti a conoscere di controversie che coinvolgano un convenuto non presente sul territorio dello Stato solo se l'attore ha ottenuto un'autorizzazione a notificare il *writ* al di fuori del territorio nazionale.

Ora, in entrambe le ipotesi, si attribuisce al giudice un certo margine di discrezionalità relativamente all'esercizio della propria giurisdizione. Nell'ipotesi in cui la giurisdizione sorga automaticamente, infatti, attraverso la dottrina del *forum non conveniens* il giudice avrà la facoltà di non esercitare la propria competenza nelle ipotesi nelle quali non lo ritenga opportuno. Quanto ai criteri di giurisdizione "non automatici", ossia relativi alle ipotesi di mancata presenza del convenuto sul territorio dello Stato,

⁹ § 28 Gesetz vom 1.8.1895, RGBl 110, betreffend die Einführung des Gesetzes über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm – EGJN).

¹⁰ Art. 65. 1 lett. d del Código de Proceso Civil.

¹¹ A titolo di esempio si possono citare l'art. 3136 del Code civil del Québec e l'art. 565 de codice di procedura civile messicano. Sul *forum necessitatis* nell'ordinamento messicano e in convenzioni interamericane, nonché in Convenzioni concluse tra il Messico e Stati terzi v. M. RÁBAGO DORBECKER, "El acceso a la justicia en casos de litigio internacional: foro de necesidad, asistencia judicial gratuita y cautio iudicatum solvi", consultabile al sito: <http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/ponencias%20300104/mesa10/258s.pdf>.

¹² V. per tutti L. CORBION, *Le déni...*; A. MOURRE, "Diritto di accesso alla giustizia ed ordine pubblico internazionale: spunti di riflessione sul *forum necessitatis* in materia arbitrale", *Riv. arb.*, 2002, pp. 25-43, p. 32 ss.

¹³ In questo senso v. V. RÉTORNAZ/B. VOLDERS, "Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif", *RCDIP*, 2008, pp. 225-261, p. 229.

¹⁴ V. per tutti T. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, 1995, p. 451 ss.

¹⁵ V. per tutti A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., vol. I, Granada, 2009, p. 127 ss.

¹⁶ P. BIAVATI, "Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, pp. 523-550, p. 541 ss.; R. MARTINO, "Rinvio alla competenza territoriale e fori esorbitanti", in R. MARTINO (a cura di), *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Milano, 2008, pp. 43- 74, p. 65 ss.

¹⁷ Corte di cassazione, Sezioni Unite, 17.7.2008, n. 19595, *Diritto marittimo*, 2009, p. 144.

essi prevedono che il giudice possa (e quindi non sia obbligato a) concedere l'autorizzazione a notificare il *writ* se ritiene che sia necessario e opportuno esercitare la propria giurisdizione nel caso concreto (dottrina del *forum conveniens*)¹⁸.

In un sistema di questo genere, è evidente che le esigenze sottostanti il *forum necessitatis* sono già soddisfatte dalla possibilità per il giudice di decidere, sulla base di una valutazione discrezionale, l'opportunità dell'esercizio della propria giurisdizione. La figura del *forum conveniens*, in particolare, per alcuni aspetti risponde alla medesima logica sottostante il *forum necessitatis* dei paesi di *civil law*¹⁹.

2. Il *forum necessitatis* come strumento di tutela di interessi processuali.

4. La prima condizione richiesta affinché si possa fondare la giurisdizione dei tribunali del foro a titolo di *forum necessitatis* consiste nell'impossibilità di adire i tribunali di altri ordinamenti. La possibilità di rivolgersi alle autorità giurisdizionali di altri Stati impedisce infatti, in linea di principio, che si dia luogo a un diniego di giustizia.

La nozione di "impossibilità" va tuttavia precisata. Richiedere la prova dell'assoluta impossibilità di agire in giudizio davanti a qualsiasi tribunale significherebbe di fatto in molte ipotesi impedire il sorgere di un *forum necessitatis*, dal momento che la prova richiesta si rivelerebbe in concreto impossibile da fornire. Per legittimare l'esercizio della giurisdizione da parte delle autorità del foro sarà dunque in linea di principio sufficiente verificare che i tribunali che sulla base dei criteri di giurisdizione più comunemente utilizzati sarebbero competenti, in quanto appartenenti ad ordinamenti che presentano qualche legame con la fattispecie, sono invece privi di giurisdizione²⁰.

In secondo luogo, all'impossibilità derivante da motivi di diritto (si pensi all'ipotesi in cui il giudice adito si dichiara incompetente e non sussista la giurisdizione di altri tribunali) va equiparata l'impossibilità di fatto, che potrà a sua volta dipendere da eventi occasionali o dai caratteri dell'ordinamento nel quale il giudice competente secondo gli ordinari criteri di giurisdizione si colloca. Anche nella circostanza in cui sia possibile individuare un giudice competente, potrebbe in effetti in concreto rivelarsi impraticabile o troppo difficile rivolgersi a tale autorità. L'esempio tipico di impossibilità di fatto è rappresentato dalle situazioni di guerra e dalle relative conseguenze (si pensi all'ipotesi in cui, in conseguenza di una guerra, le vicende attinenti lo status di una persona non siano state iscritte nei registri di stato civile e dunque sia impossibile rivolgersi alle autorità giurisdizionali dello Stato nel quale i registri sono stati redatti²¹), ma tale condizione si potrà verificare anche quando siano richieste misure di urgenza e motivi di tempo non

¹⁸ Sul punto v. ampiamente C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Tome I, Aix-en-Provence, 2000, spec. p.129 ss., la quale mette in luce come, mentre la dottrina del *forum non conveniens*, essendo relativa all'attribuzione automatica di giurisdizione ai giudici inglesi, non metta in questione tale giurisdizione, bensì riguardi solo il suo esercizio, la dottrina del *forum conveniens*, proprio per il carattere eccezionale dell'esercizio della competenza in tali ipotesi, sia un meccanismo che mette in questione l'esistenza stessa della giurisdizione dei giudici del foro.

¹⁹ In questo senso v. P. BIAVATI, "Deroghe alla giurisdizione"..., p. 547; C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire...*, p. 376, la quale, pur mettendo in luce la differenza tra *forum necessitatis* e *forum conveniens* (consistente nel fatto che il primo interviene in ipotesi di conflitti negativi di giurisdizione, mentre il secondo garantisce l'individuazione del tribunale più appropriato nelle ipotesi di conflitti positivi di giurisdizione), fa riferimento a una sentenza della Court of Appeal nella quale una clausola attributiva di competenza ai tribunali spagnoli è stata dichiarata nulla in quanto la controversia presentava un legame di prossimità con l'Inghilterra e la legge spagnola non conteneva disposizioni che consentissero ai tribunali di detto Stato di pronunciare un'*injunction* (Tomo I, p. 176 s.). Sulla distinzione tra *forum conveniens* e *forum necessitatis* v. anche P. FRANZINA, "Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo", *RDI*, 2009, pp. 1121-1129, p. 1123, il quale sottolinea come il primo presupponga l'esistenza di un nesso spaziale tra il giudice e la lite e miri a correggere le implicazioni che ne discendono, mentre il secondo non interferisca con le norme sulla giurisdizione fondate su una logica localizzatrice, bensì si limiti ad affiancarle integrandone l'operare.

²⁰ Sul punto v. V. RÉTORNAZ/B. VOLDERS, "Le for de nécessité"..., p. 233.

²¹ Ipotesi di questo genere sono state oggetto, tra le altre, della sentenza del Tribunale di Nancy del 26 ottobre 1943 (in *RCDIP*, 1947, p. 97), relativa a una dichiarazione di morte di un soggetto deceduto durante la guerra civile spagnola e della cui morte non esisteva traccia nei registri di stato civile, e della sentenza della Cour d'appel di Montpellier del 26 ottobre 1955 (*RCDIP* 1956, p. 487), relativa a una minore nata in un campo di concentramento e la cui nascita non risultava da alcun registro.

consentano di rivolgersi al giudice che sarebbe competente secondo gli ordinari criteri di giurisdizione, o quando l'azione dinanzi ai tribunali competenti abbia un costo²² o una durata eccessivi.

A tali ipotesi la dottrina²³ equipara quella nella quale una sentenza straniera non sia riconoscibile nel foro in quanto priva dei requisiti essenziali per poter essere considerata un atto giurisdizionale (e dunque ad esempio non sia resa da un giudice imparziale) o perché priva di forza esecutiva nello Stato di origine²⁴. In circostanze di tal genere, l'impossibilità di riconoscere la sentenza fonderà la competenza dei tribunali dello Stato richiesto a pronunciarsi sulla fattispecie in questione.

5. Il foro di necessità così come finora descritto costituisce uno strumento di tutela degli interessi processuali del singolo, al quale viene garantito il diritto di rivolgersi a un giudice, indipendentemente da considerazioni relative all'esito che il procedimento potrà avere nei suoi confronti. Da un'analisi più approfondita dell'istituto, tuttavia, emerge con chiarezza come i profili processuali siano in realtà strettamente legati a profili di tutela di interessi sostanziali, e come i due aspetti ora citati siano difficilmente distinguibili in modo netto²⁵.

In effetti, nella misura in cui si consente che la competenza dei giudici del foro a titolo eccezionale sorga non solo nelle ipotesi nelle quali risulti impossibile adire i giudici di un altro ordinamento, ma anche quando un procedimento all'estero non possa essere ragionevolmente preteso, si insinuano nella valutazione dei presupposti per il sorgere di un *forum necessitatis* considerazioni attinenti gli interessi materiali che il foro intende tutelare. In tali circostanze, la valutazione dell'inesistenza di un foro competente tende a perdere peso rispetto al ruolo attribuito dal foro alla tutela di tali interessi.

A titolo di illustrazione di tale sovrapposizione dei due profili può essere preso in esame un esempio citato dalla dottrina spagnola²⁶ con riferimento all'istituto dell'assenza. In materia di assenza, la giurisdizione dei tribunali spagnoli sussiste se l'ultimo domicilio dello scomparso era situato in Spagna. Ora, nelle ipotesi in cui tale condizione non si verifichi, ma i parenti dello scomparso si trovino sul territorio spagnolo, la dottrina tende ad ammettere che si possa configurare un foro di necessità. È impensabile infatti che il legislatore spagnolo abbia voluto costringere dette persone ad adire i tribunali di uno Stato lontano nel quale risulti collocarsi l'ultimo domicilio dello scomparso o che li obblighi a ricercare all'infinito la collocazione del suo ultimo domicilio. In un'ipotesi di questo genere, è evidente che la volontà delle autorità spagnole di tutelare un interesse sostanziale (la possibilità di far dichiarare la scomparsa del soggetto, con tutte le conseguenze di ordine patrimoniale e personale che ne derivano) di soggetti presenti nel territorio del foro assume un peso preponderante rispetto alla valutazione dell'impossibilità di avere accesso a tribunali di altri ordinamenti.

²² Come nota L. CORBION, *Le déni...*, p. 199, nota 1, dalla sentenza *Pordéa* della Corte di cassazione francese (6 marzo 1999, *RCDIP*, 2000, p. 224) è possibile dedurre implicitamente il principio secondo il quale l'imposizione di una *cautio iudicatum solvi* eccessiva, rendendo troppo dispendioso il procedimento dinanzi al giudice competente, potrebbe fondare a titolo di *forum necessitatis* la giurisdizione dei tribunali di uno Stato che presenti un legame con la fattispecie.

²³ In questo senso v. L. CORBION, *Le déni...*, p. 206.

²⁴ Come nota L. CORBION, *Le déni...*, p. 209, tale circostanza va distinta da quella in cui la sentenza straniera, pur avendo forza esecutiva nello Stato di origine, non possa essere in concreto eseguita per ragioni di fatto o di diritto. La distinzione tra mancanza di forza esecutiva e impossibilità di fatto di dare esecuzione a una sentenza straniera è stata ribadita recentemente dalla Corte di giustizia (sentenza 28 aprile 2009, C-420/07, *Meletis Apostolides*, non ancora pubblicata) in una pronuncia relativa all'esecuzione di una sentenza nella zona della Repubblica di Cipro sulla quale il governo cipriota non esercita un controllo effettivo.

²⁵ In questo senso v. A. BURGSTALLER/M. NEUMAYR, "Beobachtungen zu Grenzfragen der internationalen Zuständigkeit: vom *forum non conveniens* bis Notzuständigkeit", in *Grenzüberschreitungen: Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2005, pp. 119-134, a p. 132; P. FRANZINA, "Sul *forum necessitatis*" ..., p. 1123 ss.

²⁶ Sul punto v. J. RODRÍGUEZ RODRIGO, "Crisis matrimoniales y foro de necesidad, en relación con la sentencia núm. 166/2003", in A. L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (coord.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, pp. 705-720, p. 713.

3. Il *forum necessitatis* come strumento di tutela di interessi sostanziali.

6. Le considerazioni ora svolte e la crescente importanza assunta dalla tutela dei diritti fondamentali anche nell'ambito della disciplina dei rapporti privati transnazionali fanno emergere l'eventualità che lo strumento del *forum necessitatis* possa trovare applicazione non solo nelle ipotesi nelle quali sia impossibile o non si possa ragionevolmente pretendere un procedimento all'estero, ma anche nella circostanza in cui detto procedimento, pur possibile, sia destinato a concludersi con un rigetto delle pretese dell'attore.

Tale eventualità è ammessa da una parte della dottrina²⁷, mentre l'orientamento della giurisprudenza degli ordinamenti europei è piuttosto oscillante.

Così, la giurisprudenza francese, dopo aver assunto un orientamento negativo nella sentenza *Massimo*, del 1959²⁸, in alcune pronunce meno risalenti ha accolto una lettura del *forum necessitatis* particolarmente ampia.

Nella sentenza *Massimo*, in effetti, la Cour d'appel di Parigi nega che la competenza dei tribunali francesi in materia di divorzio si possa fondare sull'irricevibilità della domanda in Italia, Stato la cui legislazione all'epoca non ammetteva il divorzio. L'impossibilità di vedersi riconosciuto il diritto sostanziale a riottenere lo stato libero non è dunque considerata rilevante, essendo al contrario essenziale affinché sorga la competenza dei tribunali francesi esclusivamente l'impossibilità (di fatto o di diritto) di rivolgersi ai giudici di un altro ordinamento.

Al contrario, l'importanza della tutela degli interessi sostanziali del singolo viene in rilievo, anche se indirettamente, nelle sentenze *Halphen*²⁹ e *Société la Boissière Beauchamp*³⁰, relative peraltro entrambe alla Convenzione di Bruxelles del 1968.

La prima concerneva la vicenda degli eredi di un soggetto al quale, durante la guerra, era stato requisito un quadro di Odilon Redon, i quali, dinanzi ai giudici francesi, chiedevano la restituzione del quadro a una cittadina olandese domiciliata in Olanda. Sulla base dell'articolo 2 della Convenzione di Bruxelles del 1968, quest'ultima eccepiva l'incompetenza dei giudici aditi a favore di quella dei giudici olandesi, in quanto autorità giurisdizionali del suo Stato di domicilio. Gli attori, tuttavia, sostenevano che la giurisdizione dei giudici francesi potesse fondarsi su un rischio di *déni de justice* dovuto al fatto che la legislazione olandese sulle spoliazioni si fondava su criteri molto più restrittivi di quelli previsti dal diritto francese. Ora, il Tribunal de grande instance di Parigi, nega che tale rischio sussista nel caso di specie, in quanto "malgré cette différence de législation, une protection sérieuse en faveur des spoliés existant en Hollande, les consorts Halphen ne peuvent se dire exposés à un déni de justice, au cas où la compétence du juge hollandais serait admise". Così argomentando, tuttavia, esso ammette implicitamente che, nell'ipotesi in cui la tutela di coloro che hanno subito uno spoglio non sia "sérieuse" nell'ordinamento competente secondo gli ordinari criteri di giurisdizione, si possa invocare la giurisdizione dei giudici francesi a titolo di *forum necessitatis*³¹.

Ancora più chiara nell'affermare tale principio è la sentenza *Société Boissière Beauchamp*, relativa anch'essa a un'ipotesi di spoglio avvenuto durante il secondo conflitto mondiale. La Cour de cassation, pur negando che si fosse in presenza di un rischio di diniego di giustizia, afferma infatti espressamente che tale eventualità si verifica allorché "la demande est vouée à un échec certain devant le juge étranger si elle heurte les conceptions les plus fondamentales de son ordre juridique".

Secondo l'orientamento della giurisprudenza da ultimo citata, la competenza delle autorità del foro a titolo di *forum necessitatis* potrebbe dunque sorgere non solo nel caso di conflitti negativi di giurisdizione, bensì anche quando un giudice competente sia identificabile, ma l'interesse sostanziale dell'attore non sia suscettibile di trovare soddisfazione in un procedimento dinanzi ad esso.

²⁷ In questo senso v. A. BURGSTALLER/M. NEUMAYR, "Beobachtungen zu Grenzfragen" ..., p. 132; L. CORBION, *Le déni* ..., p. 204.

²⁸ Cour d'appel de Paris, 10.11.1959, *RCDIP*, 1960, p. 218.

²⁹ Tribunal de grande instance de Paris, 16.12.1974, *RCDIP*, 1974, p. 696.

³⁰ Cour de cassation, 3.2.1987, *RCDIP*, 1987, p. 617.

³¹ In questo senso v. il commento di P.-Y. GAUTIER alla sentenza della Cour de cassation, 3.2.1987 (*RCDIP*, 1987, pp. 620-631, p. 628).

Ora, una simile eventualità si verificherà con una certa frequenza quando a venire in considerazione siano istituti non conosciuti da tutti gli ordinamenti, come - soprattutto in passato - il divorzio, e oggi le nuove forme di unione matrimoniale o non matrimoniale, quali le *partnerships* registrate e i matrimoni tra persone dello stesso sesso³². In tali ipotesi, qualsiasi pretesa attinente l'istituto in questione non potrà trovare accoglimento presso i tribunali degli Stati nei quali l'istituto non è previsto. Non è dunque un caso che i legislatori di alcuni degli ordinamenti che ammettono tali nuove forme di unione abbiano previsto che, qualora l'azione per lo scioglimento dell'unione in questione non si possa proporre dinanzi ai tribunali di altri Stati, la giurisdizione spetti ai tribunali del foro a titolo di *forum necessitatis*³³.

Quanto alla giurisprudenza, una vicenda relativa a un'istituzione sconosciuta all'ordinamento i cui giudici sarebbero stati competenti a conoscere della fattispecie è stata oggetto di una sentenza dell'*Obergericht* del Cantone di *Aargau* (Svizzera)³⁴. Il caso riguardava una cittadina della Repubblica ceca, non domiciliata in Svizzera, che intendeva sposare un cittadino svizzero ivi domiciliato. Dal momento che la donna aveva pochi mesi prima ottenuto il divorzio dal precedente marito, per poter contrarre nuovo matrimonio in Svizzera si rendeva necessaria un'autorizzazione ad abbreviare il periodo di 300 giorni che, secondo il diritto svizzero, doveva intercorrere tra il divorzio e il nuovo matrimonio (*Frauenwartefrist*). Poiché, tuttavia, tale istituto era sconosciuto al diritto ceco, il riconoscimento di una simile pretesa da parte dei giudici di tale Stato si rivelava impossibile. Nonostante dunque la competenza di tali ultimi giudici in materia matrimoniale sussistesse, alla donna veniva concesso di radicare il procedimento dinanzi ai giudici svizzeri per consentirle di vedersi riconosciuto un diritto che, in caso di applicazione degli ordinari criteri di giurisdizione, le sarebbe stato sicuramente negato.

4. Il legame con l'ordinamento del foro

7. Accanto alle condizioni sopra enunciate, perché sia possibile affermare la giurisdizione delle autorità del foro a titolo di foro di necessità è necessario che tra la fattispecie in oggetto e l'ordinamento del foro sussista un certo legame.

Anche tale presupposto costituisce una manifestazione, sotto certi aspetti, dell'intrecciarsi, nel foro di necessità, di considerazioni di carattere processuale e di preoccupazioni di carattere sostanziale.

In effetti, l'interesse del foro ad affermare la competenza dei propri giudici al fine di scongiurare il rischio di un diniego di giustizia è direttamente proporzionale alla vicinanza della fattispecie rispetto all'ordinamento del foro stesso: quanto più essa interessi soggetti, prestazioni, beni che si collocano all'interno dello Stato, tanto più per lo Stato sarà intollerabile che rimanga sprovvista di tutela giurisdizionale. Il *forum necessitatis* non prescinde dunque totalmente da considerazioni attinenti la localizzazione della fattispecie³⁵, ma - a differenza dei criteri di giurisdizione ordinari, che su tale localizzazione si fondano - utilizza il collegamento spaziale come parametro di valutazione dell'interesse di un ordinamento ad affermare in via eccezionale la propria giurisdizione.

³² Un problema simile si pone in relazione al transessualismo e al mancato riconoscimento, da parte di alcuni ordinamenti, del diritto al cambiamento di sesso e alla conseguente rettificazione dei registri di stato civile. Sul punto v. G. ROSSOLILLO, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009, p. 73 ss., 89 ss e 92 ss.

³³ Disposizioni di tal genere sono previste ad esempio dalla legge svizzera di diritto internazionale privato in materia di scioglimento delle *partnerships* registrate (art. 65b: "se i partner non sono domiciliati in Svizzera e nessuno dei due è cittadino svizzero, per le azioni o le istanze concernenti lo scioglimento dell'unione domestica registrata sono competenti i tribunali svizzeri del luogo di registrazione, sempreché sia impossibile proporre l'azione o l'istanza nel domicilio di uno dei partner o non lo si possa ragionevolmente pretendere"), e nei Civil Partnerships Acts inglese (Sec. 221 e 222), scozzese del 2004 (Sec. 225) e dell'Irlanda del Nord (Sec. 229 e 230). Una disposizione differente è invece contenuta nel codice di procedura civile olandese, che all'art. 4(4) estende la giurisdizione dei giudici olandesi allo scioglimento di tutte le *partnerships* registrate in Olanda. Sul punto v. I. CURRY-SUMMER, "Private International Law Aspects of Homosexual Couples: The Netherlands Report", *Electronic Journal of Comparative Law*, consultabile all'indirizzo: <http://www.ejcl.org>.

³⁴ Zivkammer des Obergerichts des Kantons Aargau, 27.9.1995, *Revue de l'état civil*, 1996, p. 393.

³⁵ Sul punto v. P. FRANZINA, "Sul *forum necessitatis*"..., p. 1124.

Quanto al tipo di legame richiesto, la generalità delle legislazioni nazionali che prevedono l'istituto del *forum necessitatis*, così come il regolamento 4/2009 in materia alimentare e il Libro verde sulla revisione del regolamento 44/2001, si limita a richiedere la sussistenza di uno stretto legame³⁶.

8. Così, la giurisprudenza ha considerato legami sufficienti a fondare un foro di necessità la cittadinanza o il domicilio o la residenza di una delle parti³⁷, o addirittura legami molto più labili.

In quest'ultima direzione si è orientata la Cour de Cassation francese in una sentenza del febbraio del 2005³⁸. La vicenda riguardava un accordo di partecipazione per la costruzione e la manutenzione di un acquedotto tra la Compagnia petrolifera nazionale iraniana (NIOC) e lo Stato di Israele, accordo nel quale si prevedeva espressamente che qualunque controversia fosse insorta tra le parti relativamente all'interpretazione o all'esecuzione dell'accordo medesimo sarebbe stata sottoposta ad arbitrato, e che gli arbitri sarebbero stati nominati di comune accordo tra le parti. In mancanza di accordo, il terzo arbitro sarebbe stato nominato dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi.

Quando, tuttavia, la Nioc notificava allo Stato di Israele la propria intenzione di ricorrere alla procedura arbitrale, Israele si rifiutava di nominare il proprio arbitro: secondo una normativa israeliana del 1977, infatti, era fatto divieto chiunque di avere contatti con organizzazioni o Stati nemici, tra i quali rientrava l'Iran.

Ora, nonostante la competenza dei tribunali francesi sussista normalmente solo per gli arbitrati localizzati in Francia o sottoposti alla legge francese, la Cour de cassation ritiene che detta giurisdizione possa fondarsi sul fatto che vi era il rischio di un diniego di giustizia (i tribunali iraniani si sarebbero infatti rifiutati di nominare l'arbitro in questione e i tribunali iraniani avevano già dichiarato la propria incompetenza) e sussisteva un legame tra la fattispecie e l'ordinamento francese dato dalla circostanza che, in mancanza di accordo tra le parti, il terzo arbitro sarebbe stato nominato dal rappresentante legale della Camera di commercio internazionale di Parigi.

Come è stato messo in luce³⁹, si trattava tuttavia di un nesso molto tenue, dato che la sede dell'arbitrato non era localizzata in Francia, che alla fattispecie non era applicabile la legge francese, che nessuna delle parti aveva collegamenti con la Francia e in tale Paese il contratto non era stato sottoscritto, né doveva essere eseguito⁴⁰.

Va peraltro notato, che la difficoltà di individuare i legami con il foro che rendano legittimo il sorgere di un foro di necessità è strettamente dipendente da un lato dal fatto che la valutazione della rilevanza di tale legame è connessa a considerazioni attinenti il caso concreto, dall'altro dalla circostanza che detta valutazione sarà influenzata anche dalla sensibilità dell'ordinamento del foro alla violazione di un diritto fondamentale quale quello di accesso alla giustizia. Da questo punto di vista, come ha messo in luce la dottrina⁴¹, la sensibilità sviluppatasi all'interno degli ordinamenti dei Paesi europei per quanto concerne la violazione dei diritti fondamentali, dovuta anche alla sempre maggiore attenzione nei confronti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, potrebbe portare, nelle ipotesi in

³⁶ Il codice di procedura civile olandese costituisce a questo proposito un'eccezione: un legame con i Paesi Bassi è infatti richiesto solo in caso di "irragionevolezza" della domanda all'estero. Sul punto v. V. RÉTORNAZ/B. VOLDERS, "Le for de nécessité"..., p. 236.

³⁷ Per un esame della giurisprudenza dei vari Paesi sul punto v. V. RÉTORNAZ/B. VOLDERS, "Le for de nécessité"..., p. 235 ss.

³⁸ Cour de cassation, 1.2.2005, *Etat d'Israël/National Iranian Oil Company*, RCDIP, 2006, p. 140. Per un commento alla sentenza della Cour d'appel di Parigi dell'8.11.2001, confermata poi dalla Cour de cassation, v. A. MOURRE, "Diritto di accesso alla giustizia"..., p. 25 ss.

³⁹ A. MOURRE, "Diritto di accesso alla giustizia"..., p. 38. L'andamento della giurisprudenza francese sul punto non è peraltro univoco. Nel 2003, infatti, la Cour d'appel di Parigi (Cour d'appel de Paris, 20.3.2003, *Jurisdata*, 2003-226721) riteneva che non vi fosse con la Francia un legame sufficiente a fondare un *forum necessitatis* in relazione a una controversia tra una società delle isole Cayman e un convenuto tunisino, nessuno dei quali domiciliato in Francia, relativa a uno spoglio avvenuto in Tunisia. Il solo legame con l'ordinamento francese era infatti costituito dal fatto che la sede dell'arbitrato che aveva deciso in un primo momento sulla controversia era in Francia. Sul punto v. V. RÉTORNAZ/B. VOLDERS, "Le for de nécessité"..., p. 239 s.

⁴⁰ Nel senso di ritenere sufficiente l'esistenza nel foro degli interessi di una delle parti o della residenza di una delle parti o la necessità di eseguire nel foro una certa prestazione v. L. CORBION, *Le déni*..., p. 199.

⁴¹ In questo senso v. A. MOURRE, "Diritto di accesso alla giustizia"..., p. 36 ss.

cui la violazione dei diritti fondamentali si prospetti come particolarmente grave, a ritenere sufficienti, ai fini del sorgere della giurisdizione dei tribunali del foro, anche legami che per regola sarebbero assolutamente inidonei a fondare tale giurisdizione⁴².

II. Esigenze di tutela del singolo ed interpretazione estensiva dei criteri di giurisdizione del foro.

9. Se la necessità di garantire il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva può condurre le autorità giurisdizionali di uno Stato ad affermare la propria competenza in relazione a una controversia che abbia qualche legame con il foro nelle ipotesi in cui detta competenza, secondo i criteri di giurisdizione normalmente applicabili, non sussisterebbe, a maggior ragione essa può portare ad affermare la giurisdizione di detti tribunali allorché un collegamento con il foro atto a fondare un criterio di giurisdizione sussista, ma esso, sulla base dei canoni interpretativi ordinariamente applicati, non sia utilizzabile.

In dette ipotesi, le medesime esigenze che possono fondare la giurisdizione dei tribunali del foro a titolo di *forum necessitatis* consentono di interpretare in modo estensivo i criteri di giurisdizione del foro, al fine di farvi rientrare una fattispecie in relazione alla quale sussista il rischio di un diniego di giustizia. In altre parole, la volontà di evitare che si dia luogo a una violazione del diritto a un equo processo conduce non all'elaborazione di un criterio di giurisdizione di carattere eccezionale, bensì a un'interpretazione estensiva di criteri di giurisdizione già esistenti.

La tecnica ora illustrata è stata utilizzata dalla giurisprudenza svizzera nell'interpretazione del criterio di giurisdizione del domicilio. Detta giurisprudenza ha teso infatti ad accogliere un'interpretazione quanto mai ampia della nozione di domicilio - atta ad includere anche i casi in cui sussisteva semplicemente la volontà dei soggetti del rapporto, domiciliati all'estero, di trasferire il proprio domicilio in Svizzera - nelle ipotesi nelle quali la mancanza di un domicilio sul territorio elvetico avrebbe rischiato di tradursi nell'impossibilità di far valere le proprie pretese davanti agli organi giurisdizionali di uno Stato.

La sentenza del *Bezirksgericht* di Muri dell'11 settembre 2001⁴³ rappresenta un'illustrazione molto chiara di questo modo di procedere. La vicenda riguardava un soggetto di cittadinanza thailandese, che aveva subito un'operazione di cambiamento di sesso in Thailandia e che intendeva sposare un cittadino elvetico e vivere con quest'ultimo in Svizzera. Ai fini della celebrazione del matrimonio, era necessario che il cambiamento di sesso fosse trascritto nei registri di stato civile, trascrizione che l'ordinamento thailandese non ammetteva. Secondo gli ordinari criteri di competenza giurisdizionale, tuttavia, le autorità svizzere non potevano intervenire, essendo loro attribuita giurisdizione in materia di "rapporti di diritto delle persone" solo in relazione ai soggetti domiciliati in Svizzera.

Ora, dal momento che la giurisdizione dei tribunali thailandesi sussisteva, ma essi avrebbero respinto la richiesta di trascrizione del cambiamento di sesso del soggetto in questione, il *Bezirksgericht* di Muri ritiene che si sia in presenza di un rischio di diniego di giustizia e di violazione degli artt. 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e che dunque la giurisdizione dei tribunali elvetici si possa fondare sull'art. 3 LDIP (*forum necessitatis*). La competenza dei tribunali elvetici, in particolare, poteva trovare fondamento, secondo il tribunale, nella circostanza che il soggetto del cui cambiamento di sesso si trattava aveva espressamente manifestato la propria volontà di trasferire il proprio domicilio in Svizzera e che dunque, come affermato dal Tribunale federale in una vicenda relativa al cognome coniugale⁴⁴, egli poteva essere considerato ivi domiciliato.

10. Ipotesi quali quelle ora descritte presentano molti elementi in comune con figura del *forum conveniens*. Un vero e proprio conflitto negativo di giurisdizione, infatti non sussiste, e si è in presenza piuttosto di una fattispecie che presenta legami atti a fondare un titolo di giurisdizione sia con un ordina-

⁴² Tale affermazione è peraltro smentita dall'atteggiamento tenuto da alcune corti. Per un esempio relativo a un'ipotesi di atti di tortura, e dunque di violazione particolarmente grave dei diritti fondamentali, in relazione alla quale il Tribunale federale svizzero ha ritenuto che la controversia non presentasse un legame sufficiente con l'ordinamento elvetico e dunque la giurisdizione dei tribunali svizzeri non potesse essere affermata v. Tribunal fédéral, 22.5.2007, 4C 379/2006, non pubblicata.

⁴³ Bezirksgericht Muri, 11.9.2001, *Revue de l'état civil*, 2003, p. 39.

⁴⁴ Tribunal fédéral, 26.4.1990, ATF 116 II, p. 202.

mento straniero che con il foro, ma in relazione alla quale il prevalere della giurisdizione delle autorità straniere rischierebbe di condurre all'impossibilità per l'attore di soddisfare la propria esigenza di tutela.

La prossimità tra le due figure può essere illustrata facendo riferimento a una pronuncia della Court of Appeal inglese⁴⁵ concernente la materia matrimoniale, e in particolare i criteri di giurisdizione previsti dal regolamento 1347/2000 (oggi sostituito dal regolamento 2201/2003). La pronuncia era relativa alla vicenda di una donna, di nazionalità nigeriana, sposata (*customary marriage*) con un cittadino nigeriano e che risiedeva illegalmente nel Regno Unito. Nel 2000 la donna presentava domanda di divorzio dinanzi ai tribunali inglesi, in quanto giudici dello Stato della propria residenza abituale, come disposto dal regolamento 1347/2000. Secondo un orientamento costante dei tribunali inglesi, tuttavia, la presenza illegale di un soggetto sul territorio dello Stato non può fondare la residenza abituale di questo nel medesimo territorio. In linea teorica, dunque, la giurisdizione dei tribunali inglesi relativamente al procedimento di divorzio della donna non sussisteva.

Poiché tuttavia un procedimento di divorzio dinanzi ai tribunali nigeriani, competenti nel caso di specie, avrebbe impedito con certezza alla donna di godere in futuro di una certa indipendenza economica, la Court of Appeal ritiene che l'Inghilterra costituisca l'*appropriate forum* per la controversia in questione.

La pronuncia ora citata presenta un certo interesse ai nostri fini non solo perché mette in luce come in ipotesi di questo genere le esigenze sottostanti il *forum necessitatis* e il *forum conveniens* siano sostanzialmente coincidenti, ma anche perché concerne un'ipotesi rientrante nell'ambito di applicazione del regolamento 1347/2000 in materia matrimoniale. Essa pone in rilievo dunque il problema - del quale tratteremo nei paragrafi successivi - del rapporto tra flessibilità dei criteri di giurisdizione implicita negli istituti del *forum necessitatis* e del *forum conveniens* e regolamenti dell'Unione europea relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile.

III. *Forum necessitatis* e regolamenti in materia di diritto processuale civile internazionale.

1. Il *forum necessitatis* nei rapporti tra Stati membri e Stati terzi.

11. La Corte di giustizia dell'Unione europea non si è mai pronunciata sulla possibilità di utilizzare la figura del *forum necessitatis* nell'ambito dei regolamenti dell'Unione europea relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile. Essa si è però espressa in senso negativo quanto alla possibilità per i giudici degli Stati membri di utilizzare l'istituto del *forum non conveniens* a favore di giurisdizioni di Stati terzi. Il riferimento è alla celebre sentenza *Owusu*⁴⁶, relativa alla vicenda di un cittadino britannico che aveva subito un grave incidente durante una vacanza in Giamaica e alla controversia in materia di responsabilità che ne conseguiva. Di fronte alla possibilità, prospettata dai giudici inglesi, di declinare la propria giurisdizione a favore dei tribunali giamaicani, ritenuti foro più "vicino" alla controversia e dunque più idoneo a decidere, la Corte ha affermato in modo netto l'impossibilità di utilizzare un simile strumento nei rapporti tra Stati membri e Stati terzi, in quanto "l'art. 2 della Convenzione di Bruxelles ha carattere imperativo e ... la norma di principio che esso prevede è derogabile solo in casi espressamente previsti dalla Convenzione medesima". Inoltre, "l'applicazione della teoria del *forum non conveniens*, che lascia un ampio margine di discrezionalità al giudice adito quanto alla questione se un foro straniero sia maggiormente idoneo a pronunciarsi sul merito di una controversia è tale da pregiudicare la prevedibilità delle norme sulla competenza previste dalla Convenzione di Bruxelles, in particolare di quella di cui all'art. 2 e, conseguentemente, il principio di certezza del diritto, quale fondamento della Convenzione medesima".

12. Le argomentazioni fondate sulla necessità di garantire la prevedibilità dei criteri di giurisdizione utilizzate dalla Corte per escludere l'applicabilità del *forum non conveniens* nell'ambito della Convenzione di Bruxelles (e oggi del regolamento 44/2001) possono ritenersi valide anche quando si discuta dell'applicabilità, nell'ambito dei medesimi strumenti, della figura del *forum necessitatis*. An-

⁴⁵ England & Waes Court of Appeal (Civil Division), *Mark v. Mark* [2004] EWCA Civ 168 (19.2.2004).

⁴⁶ Sentenza 1.3.2005, C-281/02, *Owusu*, *Raccolta*, 2005, p. I-1383.

che tale criterio di giurisdizione di carattere eccezionale introdurrebbe infatti nei regolamenti relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile un elemento di flessibilità e dunque di incertezza quanto all'individuazione del giudice competente⁴⁷.

Non va tuttavia dimenticato che, mentre la possibilità di dichiarare il giudice di uno Stato membro *forum non conveniens* a favore del giudice di uno Stato terzo in una controversia rientrante nell'ambito di applicazione di uno dei regolamenti dell'Unione relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile comporterebbe l'esclusione dall'ambito di operatività delle norme di diritto processuale civile internazionale dell'Unione europea di una situazione che con il territorio dell'Unione ha un legame e che, in ragione di tale legame, si ritenuto opportuno sottoporre alla giurisdizione dei giudici di uno Stato membro, l'applicazione dell'istituto del *forum necessitatis* produrrebbe il risultato esattamente opposto. Una fattispecie che secondo quanto dispongono detti regolamenti sarebbe sottratta all'imperio delle disposizioni di diritto processuale civile internazionale dell'Unione europea perché inclusa nell'ambito della giurisdizione dei giudici di uno Stato terzo viene infatti assorbita nella sfera di competenza dei giudici di uno Stato membro per evitare che si dia luogo a un diniego di giustizia.

Nella prima ipotesi, dunque, agli svantaggi in termini di prevedibilità dei criteri di giurisdizione si aggiungono quelli derivanti dal trasferimento della controversia dallo spazio giudiziario europeo, nell'ambito del quale sono previste determinate garanzie processuali e sostanziali e un regime di libera circolazione delle decisioni, a un ambito esterno nel quale tali garanzie potrebbero non sussistere. Nella seconda, al contrario, l'elemento di incertezza citato viene compensato dalla necessità di garantire il diritto di accesso alla giustizia e dall'attrazione della controversia in questione in un ambito nel quale le suddette garanzie trovano pieno rispetto.

13. Le argomentazioni ora esposte sono oggi confermate dal fatto che disposizioni sul *forum necessitatis*, che consentono di attrarre nell'ambito di competenza dei giudici di uno Stato dell'Unione una fattispecie riconducibile alla giurisdizione di giudici di Stati terzi secondo gli ordinari criteri di giurisdizione, sono contenute sia nel regolamento 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari, sia nel Libro verde sulla revisione del regolamento 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Prima di esaminarne il contenuto, va peraltro sottolineato che dette disposizioni, benché modellate sulle corrispondenti disposizioni nazionali che contemplano il foro di necessità, non sono perfettamente sovrapponibili a queste ultime. All'interno di un ordinamento nazionale, infatti, una volta accertata la necessità di intervenire per scongiurare il rischio di un diniego di giustizia, non avrà rilievo quale giudice sia in concreto competente a pronunciarsi sulla controversia, dal momento che per definizione tutti i giudici dello Stato applicheranno i medesimi principi e tuteleranno i medesimi diritti. Nell'ambito dell'Unione europea, invece, benché tra gli Stati membri vi sia una notevole coesione e convergenza di valori, la determinazione del legame che giustifica il sorgere della giurisdizione dei giudici di uno Stato membro e non di un altro a titolo di foro di necessità assumerà un rilievo maggiore, dal momento che tra i valori fatti propri dagli ordinamenti degli Stati membri non vi è una coincidenza assoluta.

Il regolamento 4/2009 è l'unico regolamento comunitario nel quale la possibilità di ricorrere al foro di necessità è prevista in modo espresso. Secondo quanto dispone l'art. 7 del regolamento 4/2009, infatti "qualora nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente ai sensi degli articoli 3, 4, 5 e 6, in casi eccezionali le autorità giurisdizionali di uno Stato membro possono conoscere della controversia se un procedimento non può ragionevolmente essere intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la controversia ha uno stretto collegamento. La controversia deve presentare un collegamento sufficiente con lo Stato membro dell'autorità giurisdizionale adita". Come chiarisce il considerando n. 16 del regolamento, ipotesi di questo genere si potrebbero verificare quando, a causa di una guerra civile, un procedimento si riveli impossibile nello Stato terzo interessato o quando non ci si possa ragionevolmente attendere che il richiedente introduca o prosegua un procedimento in tale Stato. Il regolamento sembra dunque concepire il *forum necessitatis* come strumento

⁴⁷ Come nota P.- Y. GAUTIER, Cour de cassation, 3.2.1987, *RCDIP*, 1987, p. 617 ss., p. 629, durante i lavori preparatori della Convenzione di Bruxelles un delegato tedesco aveva espressamente escluso che il *forum necessitatis* potesse trovare applicazione nell'ambito della Convenzione.

di tutela degli interessi processuali del singolo, che potrà proporre un'azione dinanzi ai giudici di uno Stato dell'Unione solo qualora sia impossibile proporre un'azione in uno Stato terzo, e non quando, pur essendo individuabile un'autorità giurisdizionale competente, il procedimento si concluderebbe con il rigetto delle pretese dell'attore.

Come già messo in luce, tuttavia, data la difficoltà di distinguere, nell'ambito dell'istituto in questione, i profili di diritto processuale da quelli di diritto sostanziale, è ipotizzabile che la competenza dei giudici dello Stato dell'Unione con il quale la controversia presenti un collegamento sorga anche nelle ipotesi nelle quali, pur essendo possibile, da un punto di vista formale, un'azione in uno Stato terzo, essa si riveli destinata a risolversi in un sostanziale diniego di giustizia⁴⁸.

Considerazioni simili possono essere svolte a proposito del Libro verde sulla revisione del regolamento 44/2001, nonché sulla proposta di modifica del medesimo regolamento del Gruppo europeo di diritto internazionale privato (GEDIP)⁴⁹.

Nell'ottica di garantire la parità di accesso alla giustizia sulla base di norme chiare e precise non solo ai convenuti, ma anche agli attori domiciliati negli Stati membri e dunque dell'introduzione di criteri di giurisdizione uniformi per quanto riguarda i procedimenti nei confronti di questi ultimi, il Libro verde e la proposta di modifica prevedono la possibilità di adire le autorità giurisdizionali degli Stati membri anche sulla base di elementi di localizzazione della fattispecie che non sarebbero in grado, in condizioni normali, di fondare la giurisdizione di dette autorità, nelle ipotesi nelle quali non sia possibile adire le autorità di Stati terzi e dunque si prospetti il rischio di un diniego di giustizia.

In particolare, mentre nel Libro verde si richiama la formulazione della norma sul *forum necessitatis* contenuta nel regolamento in materia di obbligazioni alimentari⁵⁰, la proposta del Gruppo europeo di diritto internazionale privato contempla una disposizione più articolata. Nella proposta di articolo 24 bis del regolamento si legge infatti che, allorché nessun giudice di uno Stato membro sia competente in virtù dei criteri di giurisdizione previsti dal regolamento 44/2001, la domanda può essere presentata dinanzi ai tribunali dello Stato membro con il quale essa presenta un legame sufficiente - ad esempio in ragione della presenza di beni sul suo territorio - se le esigenze attinenti l'equo processo lo richiedono. Si è in presenza di tali ultime esigenze quando il procedimento in uno Stato terzo si rivela impossibile, o non si può ragionevolmente esigere che la domanda sia presentata dinanzi a un giudice di uno Stato non membro, o se la decisione resa su tale domanda dal giudice di uno Stato non membro non può essere riconosciuta nello Stato del giudice adito e il riconoscimento è necessario al soddisfacimento effettivo dei diritti dell'attore.

Se le prime due ipotesi fanno riferimento ad esigenze di tutela di interessi di carattere processuale del singolo, la terza ipotesi sembra sottintendere l'utilizzabilità del *forum necessitatis* anche a fini di tutela di interessi di carattere sostanziale. Il riferimento al soddisfacimento effettivo dei diritti dell'attore potrebbe infatti far ritenere che la proposta faccia riferimento alla circostanza in cui la pretesa dell'attore, in mancanza di riconoscimento della sentenza, non possa essere soddisfatta.

14. Concepito in questi termini, e cioè come strumento in grado di attrarre nell'ambito della giurisdizione dei giudici di uno Stato membro fattispecie che sarebbero sottoposte alla giurisdizione di giudici di Stati terzi e volto a garantire l'effettività del diritto a un giudice, il *forum necessitatis* costituisce il riflesso processuale di un fenomeno già manifestatosi in atti dell'Unione europea relativi all'armonizzazione di norme di diritto sostanziale e di diritto internazionale privato. In effetti, esso è la manifestazione della medesima ottica unilaterale che emerge da alcune direttive in materia di tutela dei consumatori, e dall'art. 3.4⁵¹ del regolamento 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni con-

⁴⁸ In questo senso v. P. FRANZINA, "Sul *forum necessitatis*" ..., p. 1128.

⁴⁹ Groupe européen de droit international privé, Proposition de modification du règlement 44/2001 en vue de son application aux situations externes, Bergen 21.9.2008 (http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip_documents.html).

⁵⁰ Nota n. 4 del Libro verde.

⁵¹ "Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in uno o più Stati membri, la scelta di una legge applicabile diversa da quella di uno Stato membro ad opera delle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni di diritto comunitario, se del caso, come applicate nello Stato membro del foro, alle quali non è permesso derogare convenzionalmente".

trattuali (Roma I)⁵². Si tratta di disposizioni che, in caso di scelta da parte dei contraenti della legge di uno Stato terzo in ipotesi nelle quali la fattispecie abbia uno stretto legame con il territorio dell'Unione europea, fanno salva l'applicazione delle disposizioni a tutela del consumatore previste dalle direttive in questione⁵³ o delle disposizioni di diritto comunitario alle quali non è possibile derogare convenzionalmente, nel caso del regolamento Roma I.

Ora, le norme citate, così come le disposizioni sul *forum necessitatis* contenute nel regolamento 4/2009 e nel Libro verde sulla modifica del regolamento 44/2001, costituiscono la diretta conseguenza del principio della fiducia reciproca tra Stati membri e della sempre maggiore coesione tra gli ordinamenti degli stessi. Nella misura in cui, infatti, si ritenga che le garanzie fornite dalle loro legislazioni si equivalgano⁵⁴ – anche in ragione della comune appartenenza alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – gli ordinamenti degli Stati membri vengono concepiti come un tutt'uno nei confronti degli ordinamenti degli Stati terzi. I valori sostanziali e processuali comuni agli Stati membri, nella circostanza in cui vengano in considerazione fattispecie che a detti Stati sono collegate, non potranno pertanto essere intaccati né dalla scelta della legge di uno Stato terzo, né dall'attribuzione della giurisdizione alle autorità di uno Stato non membro dell'Unione europea⁵⁵.

2. Il *forum necessitatis* nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea.

15. Proprio per le ragioni ora illustrate, nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea il *forum necessitatis* assume una rilevanza senza dubbio minore, dal momento che, come sottolineato, si tratta di Stati i cui ordinamenti sono caratterizzati da una notevole coesione⁵⁶ e nell'ambito dei quali dunque, anche in virtù della comune appartenenza alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le garanzie dell'equo processo e i diritti fondamentali di carattere sostanziale sono in linea di principio rispettati.

Per valutare la rilevanza del criterio del *forum necessitatis* nei rapporti interni all'Unione europea non è possibile in effetti prescindere da un lato dalla *ratio* e dai caratteri delle norme sulla giurisdizione contenute nei regolamenti 44/2001, 2201/2003 e 4/2009 qui in esame; dall'altro, dal principio della fiducia reciproca sul quale i rapporti tra Stati membri devono essere fondati.

Quanto al primo aspetto, va messo in luce che la previsione di norme comuni di diritto processuale civile internazionale, prima tramite convenzioni internazionali quali la Convenzione di Bruxelles del 1968 e oggi tramite regolamenti dell'Unione europea, comporta, almeno in linea teorica, l'impossibilità che si verifichino conflitti negativi di giurisdizione tra gli Stati membri. Questi ultimi, per quanto riguarda le fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione dei suddetti regolamenti, perdono infatti il potere

⁵² Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), G.U.U.E. L 177 del 4.7.2008, p. 6.

⁵³ V. art. 9 direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili; art. 6, par. 2 direttiva 93/13/CE concernente le clausole abusive nei contratti con i consumatori; art. 12 direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza; art. 7 direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; art. 12 direttiva 2002/65/CE concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

⁵⁴ Come emerge dalla lettera delle disposizioni citate, e in particolare dall'art. 3.4 del Regolamento Roma I, equivalenza non è tuttavia sinonimo di coincidenza. Nell'articolo ora menzionato si contempla infatti espressamente l'ipotesi in cui le disposizioni di diritto comunitario alle quali non è consentito derogare convenzionalmente siano interpretate e applicate nei diversi Stati membri alla luce del diritto interno e dei criteri interpretativi dei singoli ordinamenti.

⁵⁵ Proprio per le ragioni ora illustrate, che mettono in luce, quanto ai rapporti tra Stati membri e Stati terzi, la compatibilità della *ratio* sottostante il foro di necessità con la logica dei regolamenti dell'Unione europea relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile, è ipotizzabile che l'esigenza di evitare un diniego di giustizia possa fin da ora giustificare un'interpretazione estensiva dei criteri di giurisdizione previsti dai regolamenti che ne consenta l'entrata in gioco anche in ipotesi che normalmente sarebbero sottratte al loro ambito di applicazione.

⁵⁶ In questo senso v. P. BIAVATI, "Deroghe alla giurisdizione"..., p. 538 ss., il quale nota come il *forum necessitatis* sia (inversamente) proporzionale alla fiducia tra Stati. Come nota P. FRANZINA, "Sul *forum necessitatis*"..., p. 1128 s., tuttavia, pur presupponendo una certa sfiducia nei confronti degli altri ordinamenti giuridici, il foro di necessità, proprio per il suo carattere eccezionale, non esprime un'idea di chiusura nei confronti di questi.

di determinare unilateralmente l'estensione della giurisdizione dei propri giudici a favore di un sistema di regole comuni che ha carattere "completo": per ogni fattispecie inclusa nel loro ambito di applicazione i regolamenti individuano un giudice competente⁵⁷, sicché non si potrà verificare la circostanza nella quale il giudice di nessuno Stato dell'Unione europea sia provvisto di giurisdizione.

16. Più complesso è invece determinare se, ai fini del sorgere della giurisdizione di uno Stato membro a titolo di foro di necessità, abbia rilevanza l'impossibilità *concreta* di adire i tribunali dello Stato membro che sarebbero competenti sulla base dei criteri di giurisdizione comuni; ossia se tale criterio di giurisdizione di carattere eccezionale sia utilizzabile anche nelle ipotesi in cui, pur sussistendo *in astratto* la giurisdizione di un'autorità, si riveli *in concreto* irragionevole che un soggetto si rivolga ad essa, o perché le circostanze lo impediscono (si pensi allo stato di guerra, ma anche dalla lontananza del tribunale competente) o per i caratteri del sistema giurisdizionale al quale il giudice in questione appartiene (costo eccessivo del procedimento, lunghezza dello stesso, e in generale mancato rispetto, nello Stato in questione, delle garanzie dell'equo processo)⁵⁸.

In assenza di pronunce della Corte di giustizia sul punto, è utile, al fine di individuare una possibile soluzione, richiamare due pronunce nelle quali la Corte si è soffermata sul rapporto tra diritti fondamentali e diritto processuale civile internazionale: la sentenza *Krombach*⁵⁹ e la sentenza *Gasser*⁶⁰.

Nella prima, la Corte ha considerato i principi dell'equo processo enunciati dall'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo come principi costitutivi di un ordine pubblico processuale invocabile per impedire il riconoscimento di una sentenza pronunciata dalle autorità di uno Stato membro, qualora nel procedimento conclusosi con la pronuncia in questione le garanzie summenzionate non siano state rispettate. Nella seconda, invece, essa ha negato che l'applicazione dell'articolo 21 della Convenzione di Bruxelles del 1968, secondo il quale, "qualora davanti ai giudici di Stati contraenti differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, il giudice successivamente adito deve sospendere il procedimento finché sia stata accertata la competenza del giudice successivamente adito" potesse essere esclusa nell'ipotesi in cui il giudice preventivamente adito appartenesse a uno Stato nel quale i tempi di trattazione delle cause sono eccessivamente lunghi. Secondo la Corte, infatti, la possibilità di escludere l'applicazione di tale disposizione nuocerebbe al principio della certezza del diritto sul quale la Convenzione si fonda e sarebbe in contrasto con la fiducia che gli Stati contraenti accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie.

Ora, è proprio dal principio della fiducia reciproca che è necessario partire per definire il ruolo giocato dall'impossibilità di fatto di adire il giudice di uno Stato membro al fine del sorgere della giurisdizione dei giudici di un altro Stato dell'Unione a titolo di foro di necessità. Tale principio impedisce infatti - come emerge indirettamente dalla sentenza *Gasser* - che assumano rilievo, ai fini della costituzione di un foro di necessità, i caratteri del sistema giurisdizionale straniero nel quale il giudice si colloca. Dal momento che i regolamenti in materia di cooperazione giudiziaria civile si fondano sull'assunto che i sistemi giurisdizionali degli Stati dell'Unione forniscano garanzie equivalenti, sarebbe infatti in contrasto con la *ratio* di detti atti di diritto derivato, nonché con il principio della fiducia reciproca, consentire che il foro di necessità si fondi unicamente sul timore

⁵⁷ In questo senso v. A. A. H. VAN HOEK, "Transnational corporate social responsibility – Some issues with regard to the liability of European corporations for labour law infringements in the Countries of establishment of their suppliers", consultabile all'indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=1113843>; A. MOURRE, *Droit judiciaire privé européen des affaires*, Bruxelles, 2003, p. 63.

⁵⁸ Tra le ipotesi di impossibilità "in concreto" di adire i tribunali competenti la dottrina annovera la circostanza in cui siano necessarie misure urgenti e l'esercizio della giurisdizione da parte degli organi giurisdizionali indicati dagli ordinari criteri di giurisdizione non consentirebbe di soddisfare l'esigenza di rapidità richiesta da tali misure. L'ipotesi non è tuttavia rilevante quando si discuta della rilevanza del foro di necessità nei regolamenti 2201/2003, 44/2001 e 4/2009, perché è lo stesso legislatore comunitario ad aver previsto, in tutti e tre gli atti citati, la possibilità per i giudici "vicini" alla controversia di adottare le misure in questione (v. art. 20 del regolamento 2201/2003, art. 10 del regolamento 44/2001 e art. 14 del regolamento 4/2009).

⁵⁹ Sentenza 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach*, *Raccolta*, 2000, p. I-1935.

⁶⁰ Sentenza 9 dicembre 2003, C-116/02, *Gasser*, *Raccolta*, 2003, p. I-14693.

che nel procedimento dinanzi ai giudici dello Stato membro ai quali il regolamento attribuisce giurisdizione siano violati, per motivi strutturali o occasionali, i principi dell'equo processo. Così, non sarebbe ammissibile fondare la giurisdizione dei giudici di uno Stato membro sul timore che i giudici competenti sulla base dei criteri di giurisdizione comuni appartengano all'ordinamento di uno Stato dell'Unione europea nel quale i procedimenti hanno tempi particolarmente lunghi o costi particolarmente elevati.

Ciò che sembra invece ammissibile, alla luce della sentenza *Krombach*, è che, nelle ipotesi in cui la sentenza proveniente da uno Stato membro non sia riconoscibile per motivi attinenti l'ordine pubblico processuale, e dunque nel procedimento svoltosi nello Stato di origine sia stato violato il diritto a un equo processo, ai giudici dello Stato membro che ha negato il riconoscimento sia attribuita giurisdizione a titolo di foro di necessità: l'impossibilità di radicare il procedimento dinanzi alle autorità dello Stato nel quale il riconoscimento è stato negato si concreterebbe infatti in tale ipotesi in un diniego di giustizia⁶¹. A una conclusione identica si può poi giungere in relazione alla circostanza in cui l'impossibilità o irragionevolezza dell'azione dinanzi al giudice competente secondo le norme sulla giurisdizione comuni agli Stati membri non dipenda dal modo di essere del sistema giurisdizionale nel quale tale giudice si colloca, ma da eventi fortuiti che impediscono in concreto al singolo di adire il tribunale in questione (forza maggiore)⁶². In dette ipotesi, infatti, l'attribuzione della giurisdizione al giudice di un altro Stato con il quale la fattispecie presenta un legame non implica alcun giudizio di valore sul sistema giurisdizionale dell'ordinamento al quale appartiene il giudice che sarebbe competente in via ordinaria.

17. Il principio della fiducia reciproca non consente infine che assuma rilevanza il cosiddetto *forum necessitatis* in senso sostanziale, ossia la circostanza in cui, pur essendo individuabile un giudice competente in relazione a una determinata controversia, vi sia la certezza che la pretesa dell'attore sia da detto giudice rigettata (o che la tutela offerta all'attore abbia un'intensità inferiore a quella che gli sarebbe offerta nel foro). Ammettere in tali ipotesi la possibilità di radicare la controversia dinanzi a un altro giudice a titolo di *forum necessitatis* significherebbe infatti in concreto scardinare il meccanismo sul quale i regolamenti in esame si fondano, meccanismo che dell'equivalenza tra le garanzie fornite dai vari Stati, della certezza del diritto e della circolazione delle decisioni in assenza di qualsiasi possibilità di controllo del merito e della legge applicata fa la sua ragion d'essere. Sembra pertanto da respingere l'orientamento della giurisprudenza francese illustrato nei paragrafi precedenti⁶³, secondo il quale la prospettiva di ottenere una tutela inferiore del diritto oggetto della pretesa da parte dei tribunali dello Stato membro competenti sulla base dei criteri di giurisdizione uniformi legittimerebbe la giurisdizione dei tribunali del foro a titolo di foro di necessità⁶⁴.

Se questo è vero in linea generale, non va tuttavia dimenticato che anche in ambito europeo, in particolare per quanto concerne il diritto di famiglia, esistono differenze piuttosto rilevanti tra le legislazioni dei vari Stati membri, e soprattutto non è infrequente che si sia in presenza di istituti previsti dalla normativa di alcuni Stati e sconosciuti invece agli ordinamenti di altri. In ipotesi di questo genere, come accennato, anche in assenza di conflitti negativi di giurisdizione, è possibile che la pretesa dell'attore rimanga insoddisfatta, qualora essa concerna un istituto sconosciuto all'ordinamento dello Stato i cui tribunali hanno giurisdizione nel caso di specie.

Questo spiega l'introduzione, nella Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di modifica del regolamento 2201/2003, di una disposizione secondo la quale, quando le autorità giurisdizionali competenti secondo il regolamento siano quelle di uno Stato membro la cui legge non prevede il divorzio o non riconosce l'esistenza o la validità del matrimonio in questione, la giurisdizione è attribuita alle autorità dello Stato membro di cui uno dei coniugi è cittadino o nel quale il matrimonio è

⁶¹ V. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement n. 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3^a ed., Paris, 2002, p. 56.

⁶² H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, p. 56.

⁶³ V. par. 6.

⁶⁴ Nel senso che tale orientamento sia da respingere v. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, p. 56.

stato celebrato⁶⁵. Il riferimento, in particolare, è alle ipotesi nelle quali, secondo i criteri di giurisdizione previsti dal regolamento, siano competenti i tribunali di Malta, Stato la cui legislazione non prevede il divorzio, o i tribunali di uno Stato la cui legislazione non prevede la possibilità di matrimonio tra persone dello stesso sesso e la domanda riguardi lo scioglimento di una simile unione celebrata in uno Stato membro differente.

Contrariamente alla formulazione delle disposizioni nazionali che prevedono il foro di necessità, la Risoluzione predetermina dunque i legami rilevanti al fine del sorgere di tale criterio di giurisdizione: essi devono consistere nella circostanza che uno dei coniugi sia cittadino dello Stato o che in detto Stato sia avvenuta la celebrazione del matrimonio.

⁶⁵ Nelle ipotesi citate, la Risoluzione prevede (emendamento 25) che il giudice adito a titolo di *forum necessitatis* applichi la *lex fori*. Nel progetto si legge infatti che “se la legge designata a norma del paragrafo 1 non riconosce la separazione o il divorzio o lo fa in modo discriminatorio per uno dei coniugi, si applica la legge del foro”. Come notano A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 1-2009, p. 36 ss., a p. 67, si tratta dell’ipotesi in cui sono competenti, tramite il foro di necessità, i tribunali dello Stato di cittadinanza di uno dei coniugi perché il divorzio non esiste nella legislazione dello Stato i cui tribunali sarebbero competenti in virtù del regolamento e dell’ipotesi in cui, sempre tramite il foro di necessità, sono competenti i tribunali dello Stato di celebrazione del matrimonio perché nello Stato i cui tribunali sarebbero competenti sulla base dei criteri stabiliti dal regolamento il matrimonio in questione non è considerato un matrimonio (si pensi al matrimonio tra persone dello stesso sesso, ammesso solo da alcuni tra gli ordinamenti europei) e dunque non è possibile concedere il divorzio. Va peraltro notato che il regolamento 2201/2003 contempla già nella sua versione attuale una limitata forma di flessibilità dei criteri di giurisdizione data dalla previsione, all’art. 15, della possibilità per le autorità competenti a conoscere di una questione relativa alla responsabilità genitoriale di trasferire detta competenza alle autorità di un altro Stato membro qualora queste siano più adatte a trattare il caso.

A INCOMPATIBILIDADE DAS ANTI-SUIT INJUNCTIONS
COM O REGULAMENTO (CE) N.º 44/2001
– ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 10/2/2009
(C-185/07, ALLIANZ E GENERALI V. WEST TANKERS) –

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA
Professor Catedrático
Universidade de Lisboa

Recibido: 13.12.2009 / Aceptado: 22.12.2009

Resumo: “A prolação, por um tribunal de um Estado-Membro, de uma injunção destinada a proibir uma pessoa de intentar ou prosseguir uma acção judicial nos tribunais de outro Estado-Membro, com o fundamento de que essa acção é contrária a uma convenção de arbitragem, é incompatível com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial”¹.

Palavras-chave: Convenção de arbitragem, Regulamento (CE) n.º 44/2001.

Abstract: “It is incompatible with Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters for a court of a Member State to make an order to restrain a person from commencing or continuing proceedings before the courts of another Member State on the ground that such proceedings would be contrary to an arbitration agreement”².

Key words: Arbitration agreement, Council Regulation (EC) No 44/2001.

Sumário: I. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) 10 de Fevereiro de 2009. II. Anotação.

I. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) 10 de Fevereiro de 2009

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)
10 de Fevereiro de 2009 (3*)

«Reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras – Regulamento (CE) n.º 44/2001 – Âmbito de aplicação – Competência do tribunal de um Estado-Membro para proferir uma injunção proibindo uma parte de intentar ou prosseguir uma acção judicial num tribunal de outro Estado-Membro por essa acção ser contrária a uma convenção de arbitragem – Convenção de Nova Iorque»

No processo C-185/07,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos dos artigos 68.º CE e 234.º CE, apresentado pela House of Lords (Reino Unido), por decisão de 28 de Março de 2007, entrado no Tri-

¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 10/2/2009 (C-185/07, Allianz e Generali v. West Tankers).

² Judgment of the Court (Grand Chamber) of 10 February 2009 (C-185/07. Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v West Tankers Inc.).

³ * Língua do processo: inglês.

bunal de Justiça em 2 de Abril de 2007, no processo

Allianz SpA, anteriormente Riunione Adriatica di Sicurtà SpA,

Generali Assicurazioni Generali SpA

contra

West Tankers Inc.,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

composto por: V. Skouris, presidente, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts e A. Ó Caoimh, presidentes de secção, P. Kūris, E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet, J. Klučka (relator), E. Levits e L. Bay Larsen, juizes,

advogada-geral: J. Kokott,

secretário: K. Sztranc-Sławiczek, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 10 de Junho de 2008,

vistas as observações apresentadas:

– em representação da Allianz SpA, anteriormente Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, e da Generali Assicurazioni Generali SpA, por S. Males, QC, assistido por S. Masters, barrister,

– em representação da West Tankers Inc., por I. Chetwood, solicitor, assistido por T. Brenton e D. Bailey, barristers,

– em representação do Governo do Reino Unido, por V. Jackson e S. Behzadi-Spencer, na qualidade de agentes, assistidas por V. Veeder e A. Layton, QC,

– em representação do Governo francês, por G. de Bergues e A.-L. During, na qualidade de agentes,

– em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por A.-M. Rouchaud-Joët e M. Wilderspin, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 4 de Setembro de 2008,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 2001, L 12, p. 1).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Allianz SpA, anteriormente Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, e a Generali Assicurazioni Generali SpA (a seguir, conjuntamente, «Allianz e Generali») à West Tankers Inc. (a seguir «West Tankers»), a propósito da responsabilidade extracontratual desta.

Quadro jurídico

Direito internacional

3 A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque, em 10 de Junho de 1958 (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 330, p. 3, a seguir «Convenção de Nova Iorque»), dispõe, no seu artigo II, n.º 3:

«O tribunal de um Estado Contratante solicitado a resolver um litígio sobre uma questão relativamente à qual as Partes celebraram uma convenção ao abrigo do presente artigo remeterá as Partes para a arbitragem, a pedido de uma delas, salvo se constatar a caducidade da referida convenção, a sua inexecutabilidade ou insusceptibilidade de aplicação.»

Direito comunitário

4 Nos termos do vigésimo quinto considerando do Regulamento n.º 44/2001:

«O respeito dos compromissos internacionais subscritos pelos Estados-Membros implica que o presente regulamento não afecte as convenções em que são parte os Estados-Membros e que incidam sobre matérias especiais.»

5 O artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, deste regulamento prevê:

«1. O presente regulamento aplica-se em matéria civil e comercial e independentemente da natureza da jurisdição. O presente regulamento não abrange, nomeadamente, as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas.

2. São excluídos da sua aplicação:

[...]

d) A arbitragem.»

6 O artigo 5.º do referido regulamento dispõe:

«Uma pessoa com domicílio no território de um Estado-Membro pode ser demandada noutro Estado-Membro:

[...]

3) Em matéria extracontratual, perante o tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso;

[...]

Direito nacional

7 A Section 37(1) da Lei de 1981 sobre o Supremo Tribunal (Supreme Court Act 1981) dispõe:

«Em todos os casos em que considere justo e oportuno, a High Court pode proferir uma injunção por despacho interlocutório ou definitivo, [...]»

8 A Lei de 1996 sobre a arbitragem (Arbitration Act 1996) prevê, na Section 44, que tem por epígrafe «Poderes jurisdicionais que podem ser exercidos no âmbito de um processo de arbitragem»:

«(1) Salvo convenção em contrário das partes, o tribunal possui, para os fins e em relação com o processo de arbitragem, o mesmo poder de injunção, nas matérias a seguir enumeradas, de que dispõe para efeitos e em relação com o processo judicial.

(2) Essas matérias são as seguintes:

[...]

e) prolação de uma injunção provisória [...]»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

9 Em Agosto de 2000, o *Front Comor*, um navio pertencente à West Tankers e fretado pela Erg Petroli SpA (a seguir «Erg»), colidiu em Siracusa (Itália) com um cais de embarque pertencente à Erg, tendo causado danos. O contrato de fretamento estava sujeito ao direito inglês e continha uma cláusula que previa que a arbitragem se realizasse em Londres (Reino Unido).

10 A Erg dirigiu-se aos seus seguradores Allianz e Generali, no sentido de obter uma indemnização até ao limite do montante seguro e instaurou, em Londres, um processo de arbitragem contra a West Tankers em relação aos danos remanescentes. A West Tankers contestou a sua responsabilidade relativamente aos danos causados pela colisão.

11 Após ter pago à Erg, a título do seguro, a indemnização pelo prejuízo por ela sofrido, Allianz e Generali intentaram, em 30 de Julho de 2003, uma acção contra a West Tankers, no Tribunale di Siracusa (Itália), a fim de recuperarem os montantes que tinham pago à Erg. Invocaram o seu direito legal de sub-rogação nos direitos da Erg, nos termos do artigo 1916.º do Código Civil italiano. A West Tankers suscitou uma excepção de incompetência desse tribunal, baseada na existência de uma convenção de arbitragem.

12 Paralelamente, a West Tankers intentou, em 10 de Setembro de 2004, uma acção na High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) (Reino Unido), solicitando que fosse decidido que o litígio entre ela, por um lado, e Allianz e Generali, por outro, devia ser sujeito a arbitragem por força da dita convenção. A West Tankers pediu também que fosse proferida uma injunção proibindo Allianz e Generali de recorrerem a um processo diferente da arbitragem e de prosseguirem o processo no Tribunale di Siracusa (a seguir «anti-suit injunction»).

13 Por decisão de 21 de Março de 2005, a High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court), deferiu os pedidos da West Tankers e concedeu a «anti-suit injunction» solicitada contra Allianz e Generali. Estas interpuseram recurso desta decisão para a House of Lords. Alegaram que a prolação de tal injunção é contrária ao Regulamento n.º 44/2001.

14 A House of Lords referiu-se, antes de mais, aos acórdãos de 9 de Dezembro de 2003, Gasser (C-116/02, Colect., p. I-14693), e de 27 de Abril de 2004, Turner (C-159/02, Colect., p. I-3565), que, no essencial, declararam que uma injunção que proíba uma parte de intentar ou prosseguir uma acção num tribunal de um Estado-Membro não é compatível com o sistema instituído pelo Regulamento n.º 44/2001, ainda que seja proferida pelo tribunal competente segundo esse regulamento. É assim pelo facto de o referido regulamento apresentar um conjunto completo de regras uniformes sobre a repartição de competências entre os tribunais dos Estados-Membros, que devem depositar confiança mútua na aplicação correcta das ditas regras.

15 Contudo, este princípio não pode, de acordo com a House of Lords, abranger a arbitragem,

que está completamente excluída do âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, por força do seu artigo 1.º, n.º 2, alínea d). Neste domínio, não há um conjunto de regras comunitárias uniformes, condição necessária para que a confiança mútua entre os tribunais dos Estados-Membros se possa estabelecer e aplicar. Além disso, resulta do acórdão de 25 de Julho de 1991, Rich (C-190/89, Colect., p. I-3855), que a exclusão feita pelo artigo 1.º, n.º 2, alínea d), do Regulamento n.º 44/2001 se aplica não só aos processos de arbitragem, enquanto tais, mas também aos processos judiciais que tenham por objecto a arbitragem. O acórdão de 17 de Novembro de 1998, Van Uden (C-391/95, Colect., p. I-7091), esclareceu que a arbitragem é o objecto de um processo quando este visa salvaguardar o direito de regular o litígio por arbitragem, o que é o caso no processo principal.

16 A House of Lords prossegue afirmando que, uma vez que a matéria da arbitragem, no seu conjunto, se encontra fora do âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, a injunção dirigida a Allianz e Generali, proibindo-as de recorrerem a um processo diferente da arbitragem e de continuarem o processo no Tribunale di Siracusa, não pode violar o dito regulamento.

17 Por último, a House of Lords salienta que os tribunais do Reino Unido usam as «anti-suit injunctions», há muitos anos. Esta prática é, em seu entender, um instrumento eficaz para o tribunal da sede da arbitragem, que exerce a sua fiscalização sobre a arbitragem, na medida em que favorece a segurança jurídica ao reduzir as possibilidades de conflito entre a sentença arbitral e a decisão de um tribunal nacional. Além disso, se a referida prática fosse também adoptada pelos tribunais dos outros Estados-Membros, contribuiria para a competitividade da Comunidade Europeia face aos centros mundiais de arbitragem como Nova Iorque, as Bermudas e Singapura.

18 Foi nestas condições que a House of Lords decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«É compatível com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 que um tribunal de um Estado-Membro profira uma decisão que proíbe uma pessoa de intentar ou prosseguir uma acção judicial noutro Estado-Membro, com o fundamento de que esta acção viola uma convenção de arbitragem?»

Quanto à questão prejudicial

19 Com a sua questão, a House of Lords pergunta, no essencial, se a prolação, por um tribunal de um Estado-Membro, de uma injunção que proíbe uma pessoa de intentar ou prosseguir uma acção judicial noutro Estado-Membro, com o fundamento de que essa acção viola uma convenção de arbitragem, é incompatível com o Regulamento n.º 44/2001, embora o artigo 1.º, n.º 2, alínea d), deste exclua a arbitragem do seu âmbito de aplicação.

20 Uma «anti-suit injunction», como a ora em causa no processo principal, pode dirigir-se ao demandante efectivo ou potencial num processo no estrangeiro. Como realçou a advogada-geral no n.º 14 das suas conclusões, caso o destinatário de tal injunção não a cumpra, pode ser intentado contra ele um processo por desobediência ao tribunal, estando previstas sanções que podem incluir penas privativas da liberdade ou a apreensão judicial dos seus bens.

21 Quer a West Tankers quer o Governo do Reino Unido entendem que tal injunção não pode ser incompatível com o Regulamento n.º 44/2001, na medida em que o artigo 1.º, n.º 2, alínea d), deste regulamento exclui a arbitragem do seu âmbito de aplicação.

22 A este respeito, importa recordar que, para determinar se um litígio está abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, só o objecto do processo deve ser tomado em consideração (acórdão Rich, já referido, n.º 26). Mais precisamente, a inclusão no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001 determina-se pela natureza dos direitos cuja salvaguarda é garantida pelo processo em questão (acórdão Van Uden, já referido, n.º 33).

23 Um processo como o da causa principal, que leva à prolação de uma «anti-suit injunction», não pode, assim, ser abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001.

24 Todavia, embora um processo não esteja abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, pode, não obstante, ter consequências que prejudicam o efeito útil deste, a saber, impedir a realização dos objectivos de unificação das regras de conflito de jurisdição em matéria civil e comercial assim como de liberdade de circulação de decisões nessa mesma matéria. É o que se passa, designadamente, quando tal processo impede um tribunal de outro Estado-Membro de exercer as competências que lhe são atribuídas em virtude do Regulamento n.º 44/2001.

25 Há que examinar, portanto, se o processo intentado por Allianz e Generali contra a West

Tankers, no Tribunale di Siracusa, é ele próprio abrangido pelo Regulamento n.º 44/2001 e, seguidamente, quais os efeitos da «anti-suit injunction» neste processo.

26 A este propósito, é de considerar, como realçou a advogada-geral nos n.ºs 53 e 54 das suas conclusões, que se, pelo objecto do litígio, isto é, pela natureza dos direitos a tutelar num processo como um pedido de indemnização, esse processo está abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, está também abrangido pelo âmbito de aplicação deste regulamento uma questão prévia sobre a aplicabilidade de uma convenção de arbitragem, designadamente sobre a sua validade. Esta conclusão é corroborada pelo n.º 35 do Relatório relativo à adesão da República Helénica à Convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 1972, L 299, p. 32, a seguir «Convenção de Bruxelas»), apresentado por Evrigenis e Kerameus (JO 1986, C 298, p. 1). Este relatório indica que o controlo incidental da validade da cláusula de arbitragem, pedido por uma das partes, com vista a contestar a competência internacional do tribunal perante o qual é demandada nos termos da Convenção de Bruxelas, é regulado por esta convenção.

27 Daí resulta que a excepção de incompetência, suscitada pela West Tankers no Tribunale di Siracusa, com base na existência de uma convenção de arbitragem, incluindo a questão da validade desta convenção, está abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, e que cabe, assim, exclusivamente a este tribunal conhecer desta excepção, bem como da sua própria competência, por força dos artigos 1.º, n.º 2, alínea d), e 5.º, n.º 3, do mesmo regulamento.

28 Por conseguinte, o facto de impedir, mediante uma «anti-suit injunction», um tribunal de um Estado-Membro, normalmente competente para dirimir um litígio nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, de se pronunciar, nos termos do artigo 1.º, n.º 2, alínea d), deste regulamento, sobre a própria aplicabilidade do regulamento ao litígio que lhe é submetido equivale necessariamente a retirar-lhe o poder de conhecer da sua própria competência nos termos do Regulamento n.º 44/2001.

29 Daí que, antes de mais, uma «anti-suit injunction» como a do processo principal não respeita, tal como a advogada-geral realçou no n.º 57 das suas conclusões, o princípio geral que decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à Convenção de Bruxelas, segundo o qual cada tribunal demandado está habilitado, por força das disposições que lhe são aplicáveis, a pronunciar-se sobre a sua própria competência para decidir do litígio que lhe é submetido (v., neste sentido, acórdão Gasser, já referido, n.ºs 48 e 49). A este respeito, cabe recordar que o Regulamento n.º 44/2001, para além de algumas excepções limitadas, que não são pertinentes no processo principal, não permite a fiscalização da competência de um tribunal de um Estado-Membro pelo tribunal de outro Estado-Membro (acórdãos de 27 de Junho de 1991, Overseas Union Insurance e o., C-351/89, Colect., p. I-3317, n.º 24, bem como Turner, já referido, n.º 26). Esta competência é determinada directamente pelas regras fixadas pelo referido regulamento, entre as quais as respeitantes ao seu âmbito de aplicação. Um tribunal de um Estado-Membro nunca se encontra, portanto, mais bem colocado para se pronunciar sobre a competência de um tribunal de outro Estado-Membro (acórdãos, já referidos, Overseas Union Insurance e o., n.º 23, bem como Gasser, n.º 48).

30 Seguidamente, ao criar obstáculos ao exercício, pelo tribunal de outro Estado-Membro, dos poderes que lhe são atribuídos pelo Regulamento n.º 44/2001, a saber, decidir, com base nas disposições que definem o âmbito de aplicação material deste regulamento, entre as quais o seu artigo 1.º, n.º 2, alínea d), se o dito regulamento é aplicável, essa «anti-suit injunction» vai, ao mesmo tempo, abalar a confiança que os Estados-Membros concedem reciprocamente aos seus sistemas jurídicos e às respectivas instituições judiciárias, na qual assenta o sistema de competências do Regulamento n.º 44/2001 (v., neste sentido, acórdão Turner, já referido, n.º 24).

31 Por fim, se, mediante uma «anti-suit injunction», o próprio Tribunale di Siracusa estivesse impossibilitado de apreciar a questão prévia da validade ou da aplicabilidade da convenção de arbitragem, uma parte poder-se-ia subtrair ao processo, limitando-se a invocar a dita convenção, e o demandante que a considerasse caduca, inexequível ou insusceptível de aplicação seria privado do acesso ao tribunal estatal a quem submeteu o litígio nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, ficando, por conseguinte, privado de uma forma de protecção jurisdicional a que tem direito.

32 Por conseguinte, uma «anti-suit injunction» como a que está em causa no processo principal não é compatível com o Regulamento n.º 44/2001.

33 Esta conclusão encontra apoio no artigo II, n.º 3, da Convenção de Nova Iorque, segundo o

qual é o tribunal de um Estado Contratante, solicitado a resolver um litígio sobre uma questão a respeito da qual as partes celebraram uma convenção de arbitragem, que remeterá as partes para a arbitragem, a pedido de uma delas, salvo se constatasse a caducidade da referida convenção, a sua inexecutabilidade ou insusceptibilidade de aplicação.

34 Atentas as considerações que precedem, há que responder à questão submetida que a prolação, por um tribunal de um Estado-Membro, de uma injunção destinada a proibir uma pessoa de intentar ou prosseguir uma acção judicial nos tribunais de outro Estado-Membro, com o fundamento de que essa acção é contrária a uma convenção de arbitragem, é incompatível com o Regulamento n.º 44/2001.

Quanto às despesas

35 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o tribunal de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:

A prolação, por um tribunal de um Estado-Membro, de uma injunção destinada a proibir uma pessoa de intentar ou prosseguir uma acção judicial nos tribunais de outro Estado-Membro, com o fundamento de que essa acção é contrária a uma convenção de arbitragem, é incompatível com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

Assinaturas

II. Anotação

1. As *anti-suit injunctions* são um instrumento comum nas ordens jurídicas inglesa e norte-americana. Na base das *anti-suit injunctions* encontra-se um *legal right not to be sued abroad* e através delas o autor de uma acção obtém de um tribunal a proibição de o réu dessa mesma acção propor ou prosseguir uma acção no estrangeiro. No sistema romano-germânico não se encontra nada de semelhante às *anti-suit injunctions*, podendo um idêntico efeito ser obtido apenas através de algo tão raro como as promessas de não instaurar uma acção ou de desistir de uma acção pendente.

Não é a primeira vez que o Tribunal de Justiça se pronuncia, a título prejudicial, sobre o problema da compatibilidade das *anti-suit injunctions* com o direito comunitário. No acórdão de 27/4/2004 (C-159/02, *Turner v. Grovit e al.*)⁴, o Tribunal já tinha definido que a Convenção de Bruxelas se opõe a que um órgão jurisdicional de um Estado contratante profira uma injunção pela qual proíbe a uma parte, num processo que aí se encontra pendente, que intente ou prossiga uma acção judicial num órgão jurisdicional de outro Estado contratante, mesmo que essa parte tenha actuado de má-fé com o objectivo de entravar o processo já pendente, dado que tal proibição constitui uma ingerência na competência do órgão jurisdicional estrangeiro, incompatível, em si mesma, com o sistema da Convenção de Bruxelas. Para fundamentar esta orientação, o Tribunal de Justiça aduz que, quando o requerente se vê confrontado com uma decisão que o proíbe de intentar uma acção num outro Estado-Membro, existe uma ingerência na competência do órgão jurisdicional estrangeiro, incompatível, em si mesma, com o sistema da Convenção de Bruxelas (n.º 27), pois que essa ingerência é contrária ao princípio da confiança mútua que está na base da Convenção e obsta a que um órgão jurisdicional, salvo casos específicos, fiscalize a competência de um órgão jurisdicional de outro Estado contratante (n.º 31).

No acórdão em anotação, o Tribunal de Justiça pronuncia-se, mais uma vez, sobre o problema da articulação das *anti-suit injunctions* com os regimes instituídos na Convenção de Bruxelas e no Regulamento (CE) n.º 44/2001 (Regulamento Bruxelas I). Agora o Tribunal de Justiça entendeu que a *anti-suit injunction* é incompatível com o Regulamento n.º 44/2001, mesmo quando ela tenha por base uma convenção arbitral celebrada entre as partes, ou seja, mesmo quando o fundamento utilizado pelo requerente seja a violação de uma convenção de arbitragem⁵.

⁴ Colect. 2002, I-3565; cfr. A. DUTTA / C. A. HEINZE, “Prozessführungsverbote im englischen und europäischen Zivilverfahrensrecht”, *ZEuP* 2005, 431 ss.

⁵ De forma idêntica, em conclusão, J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozeßrecht*⁸ (Frankfurt am Main

2. Para melhor se compreender a problemática em análise no acórdão em anotação convém lembrar o regime da litispendência no Regulamento n.º 44/2001. Nos termos do art. 27.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 (equivalente ao art.º 21.º da Convenção de Bruxelas), quando se verifique uma situação de litispendência entre tribunais de diferentes Estados-membros, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar suspende oficiosamente a instância até que se encontre estabelecida a competência do tribunal a que a acção foi submetida em primeiro lugar. No acórdão de 9/12/2003 (C-116/02, *Gasser v. MISAT*)⁶, o Tribunal de justiça entendeu que, apesar de o pacto de jurisdição atribuir uma competência exclusiva ao tribunal designado, o tribunal, no qual a acção foi proposta em segundo lugar e cuja competência foi reivindicada por força de um pacto atributivo de jurisdição, deve suspender a instância até que o tribunal no qual a acção foi proposta em primeiro lugar se declare incompetente.

Conforme foi observado recentemente, a aplicação deste regime regulamentar, mesmo quando se possa duvidar da boa fé da parte, favorece as chamadas “*Torpedoklagen*”. Uma “acção torpedo” é uma acção que é instaurada na jurisdição, ainda que incompetente, de um Estado-membro caracterizada pela sua (maior) lentidão, de molde a atrasar, através da aplicação do disposto no art. 27.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, a possibilidade de a contraparte fazer valer os seus direitos nos tribunais de um outro Estado-membro⁷.

O acórdão em anotação é, num certo sentido, uma variação do referido acórdão de 9/12/2003: agora, em vez de a incompetência do tribunal no qual foi instaurada a acção resultar de um pacto de jurisdição, essa incompetência decorre de uma convenção arbitral. O que, no caso em análise, torna a solução duvidosa é a circunstância de o art. 1.º, n.º 2, al. d), do Regulamento n.º 44/2001 excluir a arbitragem do âmbito de aplicação material desse instrumento comunitário. Atendendo a essa exclusão, poder-se-ia afirmar que, como o Regulamento n.º 44/2001 não é aplicável à arbitragem, nada impediria que um tribunal de um Estado-membro emanasse uma *anti-suit injunction* com fundamento na violação de uma convenção de arbitragem.

Não foi esta a orientação seguida pelo Tribunal de Justiça no acórdão em apreciação. São vários os argumentos expendidos pelo Tribunal de Justiça em apoio da sua posição. Um deles é o de que, mesmo que uma questão não se inclua no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, ela não pode ser decidida de forma a obstar ao “efeito útil” deste instrumento, que é, nomeadamente, o de unificar as regras de conflito de jurisdição e de garantir a liberdade de circulação de decisões no espaço comunitário (n.º 24). Ou seja: é verdade que a arbitragem (e a competência convencional dela resultante) está excluída do âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001; mas essa exclusão não pode implicar qualquer solução que se traduza em frustrar as finalidades do Regulamento n.º 44/2001.

Esta conclusão conduz a um outro dos argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça no acórdão em apreciação: o de que cada tribunal de um Estado-membro tem o poder de se pronunciar sobre a sua própria competência para decidir o litígio que lhe é submetido (n.º 29). Com base neste argumento – que assenta na regra da *Kompetenz-Kompetenz* –, o Tribunal de Justiça entende que o tribunal onde foi instaurada a primeira acção (*in casu*, o Tribunale di Siracusa) mantém a faculdade de controlar a sua própria competência. Em apoio desta orientação do Tribunal de Justiça pode invocar-se o que se encontra estabelecido nos arts. 23.º, n.º 3, e 27.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001: ao tribunal no qual foi proposta a acção é sempre assegurada a faculdade de exercer a sua *Kompetenz-Kompetenz* antes de qualquer outro tribunal se poder declarar competente para apreciar a mesma acção.

A argumentação do Tribunal de Justiça merece acolhimento ainda pelo facto de a convenção de arbitragem, além de produzir um efeito positivo (que é o de atribuir a um tribunal arbitral competência para decidir um litígio), produzir um efeito negativo (que é o de retirar competência ao tribunal legalmente competente). Assim, se, num tribunal de um Estado-membro, competente segundo os critérios do Regulamento n.º 44/2001, for proposta uma acção em (eventual) violação de uma convenção de arbitragem, esse tribunal mantém poderes para apreciar a sua própria competência com base na validade e eficácia da convenção de arbitragem, pelo que, nesta situação, não pode valer a exclusão constante do art. 1.º, n.º 2, al. d), do Regulamento n.º 44/2001.

2005), Art. 1 EuGVO 45 e Art. 27 EuGVO 20; cfr. A. DUTTA / C. A. HEINZE, *ZEuP* 2005, 448 ss.

⁶ Colect. 2002. I-14693.

⁷ SANDER / BREBLER, “Das Dilemma mitgliedstaatlicher Rechtsgleichheit und unterschiedlicher Rechtsschutzstandards in der Europäischen Union”, *ZfP* 122 (2009), 157 ss.

Essencial é ainda a circunstância de uma decisão final que pronuncia uma *anti-suit injunction*, apesar de poder ser incluída no conceito de decisão do art. 32.º do Regulamento n.º 44/2001, não ser susceptível de ser reconhecida nem executada num outro Estado-membro. A tal se opõe a reserva de ordem pública que consta do art. 34.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, dado que esse reconhecimento e execução afectariam quer o direito de acesso aos tribunais do interessado, quer a soberania do Estado do reconhecimento⁸.

3. O exposto corresponde ao que é comum quanto ao controlo da competência do tribunal. No entanto, a orientação defendida pelo Tribunal de Justiça no acórdão em anotação – assim como no já referido acórdão de 27/4/2004 (C-159/02, *Turner v. Grovit e al.*) – não pode deixar de levantar uma interrogação. O problema é o seguinte: dado que as *anti-suit injunctions* se dirigem às partes, e não aos tribunais, cabe averiguar se elas são realmente incompatíveis com o Regulamento n.º 44/2001, que regula a competência dos tribunais e a sua apreciação por estes, e não o comportamento das partes em acção pendentes.

Admita-se que um tribunal inglês ou norte-americano, através de uma *anti-suit injunction*, proíbe um interessado de propor ou de prosseguir uma acção num tribunal competente segundo o Regulamento n.º 44/2001; qualquer que seja a conduta do interessado – que pode ser a de respeitar ou não respeitar essa proibição –, isso é completamente irrelevante para a competência do tribunal; nomeadamente, o tribunal não deixa de ser competente pela circunstância de a parte ter violado a *anti-suit injunction*. Nesta matéria, pode ser estabelecido um paralelismo com a situação em que a parte viola o compromisso de não instaurar uma acção num tribunal ou o de desistir de uma acção pendente. Qualquer dessas situações é irrelevante para a competência do tribunal (a menos que qualquer daqueles compromissos esteja ligado a uma convenção que atribui competência a um outro tribunal).

É assim verdade que as *anti-suit injunctions* não contendem com a competência dos tribunais resultante do Regulamento n.º 44/2001, pois que essa competência é legal e não pode ser retirada por uma decisão de outro tribunal. Mas, além disso, é ainda verdade que um tribunal não pode proibir, com base numa *anti-suit injunction* decretada com fundamento na violação de um pacto de jurisdição ou de uma convenção arbitral, uma parte de propor ou de prosseguir uma acção num outro tribunal, porque isso retiraria a este órgão a possibilidade de apreciar a sua própria competência através da análise da validade e eficácia daquele pacto ou daquela convenção⁹. É precisamente este o ponto fulcral: o Regulamento n.º 44/2001 assenta na regra da *Kompetenz-Komprtenz* dos tribunais dos Estados-membros e, portanto, na possibilidade de qualquer tribunal de qualquer Estado-membro analisar a sua própria competência, não podendo admitir que um tribunal possa impedir outro tribunal de aferir a sua competência. Se há algo que obsta à competência do tribunal no qual a acção foi proposta – nomeadamente, um acordo das partes –, tem de ser o próprio tribunal que deixa de ser competente a apreciar a validade e eficácia desse acordo. Em conclusão: o Regulamento n.º 44/2001 aceita que seja retirada competência (nomeadamente, através de um pacto de jurisdição ou de uma convenção arbitral) aos tribunais dos Estados-membros, mas não admite que seja retirada a esses tribunais a sua *Kompetenz-Komprtenz*, mesmo que com fundamento num pacto de jurisdição ou, como resulta do acórdão em anotação, numa convenção arbitral.

⁸ J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht* ⁸, Art. 34 15; cfr. também M. MAACK, *Englische antisuit injunctions im europäischen Zivilrechtsverkehr*, Berlin, 1999, 157 ss.

⁹ Cfr. HAU, “Durchsetzung von Zuständigkeits- und Schiedsvereinbarungen mittels Prozeßführungsverboten im EuGVÜ: Neuere Rechtsprechung des Court of Appeal zu obligation-based antisuit injunctions”, *IPRax* 1996, 48.

SOBRE CDT

NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA REVISTA *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL (CDT)*

1. Contenido y periodicidad

En *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, se publican trabajos de investigación sobre Derecho internacional privado, Derecho uniforme y Derecho privado comparado. Es una revista de publicación semestral (marzo y octubre).

2. Originalidad e idioma

Los trabajos han de ser inéditos y pueden estar escritos en cualquiera de los principales idiomas europeos.

3. Envío de originales

Los originales deben remitirse por correo electrónico a la Secretaría de Redacción (celiamaria.caamina@uc3m.es) hasta el 15 de enero para el número de marzo y hasta el 15 de julio para el número de octubre.

4. Publicación y secciones

La publicación de los trabajos será decidida por los Directores de la Revista, con la participación del Consejo de Redacción y siendo asesorados por el Comité Científico, con base en una evaluación externa, independiente y anónima. El trabajo podrá ser “aceptado”, “aceptado con modificaciones” o “rechazado”. Dependiendo de la naturaleza del trabajo, éste será incluido en la sección “Estudios” o en la sección “Varia”.

5. Aspectos formales

En la primera página de los originales ha de constar el título, nombre del autor y filiación académica. A continuación deberá incluirse un resumen en el idioma en que esté redactado el trabajo (máximo 120 palabras) y palabras clave en el idioma en que esté redactado el trabajo (de 3 a 5), así como dicho resumen y palabras clave en inglés. Tras los resúmenes y palabras clave en los dos idiomas, se incluirá un sumario del trabajo.

El texto principal del trabajo deberá estar escrito en Times New Roman, tamaño 12 para el texto principal, y tamaño 10 para las notas a pie de página y para el sumario. El texto principal ha de estructurarse en párrafos numerados consecutivamente.

El Consejo de Redacción dará prioridad a los trabajos que no excedan de 25.000 palabras. Sólo muy excepcionalmente se publicarán trabajos cuya extensión supere las 35.000 palabras.

La numeración de los epígrafes seguirá el siguiente esquema numerado:

- I. _____
 - 1. _____
 - A) _____
 - a) _____

Los párrafos irán numerados en números arábigos.

6. Normas para las citas

a) Bibliografía:

- A. L. CALVO CARAVACA, “El DIPr. de la Comunidad Europea”, *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, nº 2, diciembre 2003, pp. 277-300.
- F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge aplicabile al divorzio”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278.
- S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006.

b) Jurisprudencia:

- STJCE 20 febrero 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, *Rec.* 1979, p. 649.
- STS 22 marzo 2001 (*RJ* 2001/4756).

c) Legislación:

- Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, *BOE* de 29 diciembre 2007.

7. Responsabilidad de los autores

El contenido de los trabajos publicados en la Revista es responsabilidad exclusiva de los autores de los mismos.

8. Copyright

Se permite que los autores de los trabajos de investigación publicados en la Revista los reproduzcan en otros sitios siempre que se haga mención de que han sido previamente publicados en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT).